



PODER JUDICIAL MENDOZA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA
FUERO PENAL COLEGIADO

COMPENDIO 2020

RECOPIACIÓN DE FALLOS Y PRECEDENTES

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE MENDOZA

Dra. Marina Martín

Jueza Juzgado Penal Colegiado N° 1 - Primera Circunscripción Judicial

PRESENTACIÓN.

Se presenta hoy la tercera entrega diagramada por el “Proyecto Compendio. Recopilación de fallos y precedentes”. Sus objetivos basales pueden sintetizarse en ponerse al servicio de la comunidad, proporcionando una fuente de información accesible y actualizada.

El “Compendio 2020” contiene importantes y trascendentes resoluciones de la Corte Provincial, entre las cuales pueden mencionarse aquellas que abordaron temas eminentes, tales como los **Juicios por Jurados Populares** -Ley 9106-, la constitucionalidad de la **prisión perpetua**, la tentativa, el dolo, los estereotipos, la desigualdad, y las **violencias contra las mujeres** y personas menores de edad- **niños, niñas y adolescentes** (NNA)-

Siguiendo la línea de los volúmenes antecesores, la obra se encuentra organizada en núcleos temáticos, sirviendo como aspecto distintivo el bien jurídico protegido, dividiéndose en capítulos, siguiendo el orden de los títulos del libro II del Código Penal Argentino, realizando un breve análisis de cada fallo.

En el presente volumen, se suman al **apéndice normativo** antes publicado -Código Penal, Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza y Ley 9106-, las leyes 24417, 26485, 27372, 27499, la Convención Belem Do Pará, la CEDAW, 100 Reglas de Brasilia y la Convención de derechos del niño.

Esperando sea esta obra, una herramienta de utilidad, se pone a su disposición.

Marina Martín

Mendoza, septiembre de 2023

ÍNDICE TEMÁTICO

PRESENTACIÓN..... 1

ÍNDICE TEMÁTICO 2

ABREVIATURAS y SIGLAS UTILIZADAS..... 73

CAPÍTULO I. DELITOS CONTRA LAS PERSONAS. Delitos contra la vida. Homicidios. 76

1- PETEAN POCOVI. 07-02-20. (JJ)..... 76

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=276>..... 76

Lex: Arts. 80 inc. 7° y 8°, 42, 54, 184 inc. 1°, 55, y 80 inc. 1° y 11°, 54, 42 del CP. Art. 32, 33 de la **Ley 9106.** 76

Vox: VG. Homicidio agravado. Vínculo. Condición de sujeto pasivo. Tentativa. Homicidio criminis causa. Daño agravado. Femicidio. Dolo. Juicio por Jurado. Instrucciones iniciales. Instrucciones finales. Alegato de apertura. Alegato de cierre. Veredicto de culpabilidad. Revisión integral. Doble conforme. Motivación y expresión de fundamentos..... 76

Summa:..... 76

SCJM. Dres.: **Valerio.** Adaro. Palermo 77

Fallo:..... 78

1.- Sentencia recurrida..... 78

2.- Recurso de casación..... 80

3.- Dictamen del señor Procurador General 83

4.- Audiencia de informe oral 84

5.- La solución del caso 84

SENTENCIA: 117

2- DIFABIO. 19-02-20. 119

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=279>..... 119

Lex: Art. 84, 1° párrafo, 94, 2° párrafo, 26 del CP. Art. 48 inc. b) y 50 inc. b) apartado 7 b) de la Ley de tránsito. Ley 3641. Ley 9131. 119

Vox: Homicidio culposo agravado. Lesiones leves culposas. Autopuesta en peligro de las víctimas. Omisión del deber objetivo de cuidado. Violación del deber de cuidado..... 119

Summa:..... 119

SCJM. Dres.: **Palermo.** Valerio. Adaro. 119

Fallo:..... 120

I.– La resolución recurrida..... 120

II.– El recurso de casación..... 121

III.– El dictamen del señor Procurador General 123

IV.– La solución del caso 123

SENTENCIA: 126

| | |
|---|-----|
| 3- SOTELO. 27-02-20. | 128 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200227_FcSotelo.pdf | 128 |
| Lex: Art. 79 y 41 Bis del CP..... | 128 |
| Vox: Homicidio simple agravado. Arma de fuego. Valoración de la prueba. | 128 |
| Summa: | 128 |
| SCJM. Dres.: Valerio . Palermo. Adaro. | 128 |
| Fallo: | 129 |
| 1.- La sentencia recurrida..... | 129 |
| II.- El recurso de casación..... | 130 |
| III.- Dictamen del señor Procurador General | 130 |
| IV.- La solución del caso | 131 |
| SENTENCIA: | 133 |
| 4- NARAMBUENA. 04-03-20. | 134 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200304_Narambuena.pdf | 134 |
| Lex: Art. 165 y 41 quater del CP. Art. 495 inc. 4° del CPP. Art. 144 inc. 9° de la Constitución de la Provincia..... | 134 |
| Vox: Homicidio en ocasión de robo. Intervención de menor. NNA. Recurso de revisión: interpretación restrictiva. | 134 |
| Summa: | 134 |
| SCJM. Dres.: Valerio . Llorente. Gómez..... | 134 |
| Fallo: | 135 |
| 1.- Resolución recurrida | 135 |
| 2.- Recurso de revisión..... | 136 |
| 3.- Dictamen del señor Procurador General | 137 |
| 4.- La solución del caso | 137 |
| SENTENCIA: | 139 |
| 5- GATTAS. 05-03-20. | 141 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=325 | 141 |
| Lex: Art. 84 Bis, 2° párrafo en función del 1° párrafo del CP. Arts. 42 inc. b) y 59 de la ley de tránsito | 141 |
| Vox: Homicidio culposo agravado. Fuga posterior. Riesgos propios de la circulación. Violación del deber de cuidado. | 141 |
| Summa: | 141 |
| SCJM. Dres.: Palermo . Valerio (Disidencia). Adaro..... | 141 |
| Fallo: | 142 |

| | |
|---|------------|
| I.- La resolución recurrida | 142 |
| II.- El recurso de casación de la defensa | 143 |
| III.- El dictamen del señor Procurador General..... | 145 |
| IV.- La solución del caso | 146 |
| SENTENCIA: | 151 |
| 6- LIOY BONGIOVANNI. 12-03-20..... | 152 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200312_FcLioy.pdf | 152 |
| Lex: Art. 84, 2° párrafo, 2° supuesto del CP. Ley 25189. | 152 |
| Vox: Homicidio culposo agravado. Concurrencia de riesgos. Curso causal lesivo. Competencia de la víctima..... | 152 |
| Summa: | 152 |
| SCJM. Dres.: Palermo. Adaro. Valerio. | 152 |
| Fallo: | 153 |
| I.- Sentencia recurrida..... | 153 |
| II.- Recurso de casación..... | 154 |
| III.- Dictamen del señor Procurador General | 154 |
| IV.- La solución del caso | 154 |
| SENTENCIA: | 156 |
| 7- ORTEGA RAGONESI. 19-03-20. (JJ)..... | 158 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200319_FcORD.pdf | 158 |
| Lex: Art. 80 inc. 1° y 11° del CP. Art. 2 del CP. Art. 1, 16, 22, 29, 36 de la CN. Ley 9106. Art. 4 del CPP. Ley 27499. Art. 8.2.h de la CADH y 14.5 del PIDCP. | 158 |
| Vox: VG. Homicidio agravado. Vínculo. Violencia de género. Concurso ideal. Femicidio. Juicio por Jurado. Instrucciones iniciales. Instrucciones finales. Alegato de apertura. Alegato de cierre. Veredicto de culpabilidad. Revisión integral. Modelo constitucional de enjuiciamiento. Soberanía Popular. Irretroactividad de la ley penal. Principio de inocencia. Debido proceso. Norma procesal. Norma de fondo. Capacitación sobre VG. Ley Micaela. Audiencia de Voir Dire. Prisión perpetua. . | 158 |
| Summa: | 158 |
| SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo (Licencia). | 159 |
| Fallo: | 160 |
| 1.- Sentencia recurrida..... | 160 |
| 2.- Recurso de casación..... | 161 |
| 3.- Contestación de vista por parte del querellante particular..... | 164 |
| 4.- Dictamen del señor Procurador General | 166 |
| 5.- Audiencia de informe oral del recurso | 168 |
| 6.- La solución del caso | 168 |

| | |
|--|-----|
| SENTENCIA: | 179 |
| 8- TONETTO MANZANO. 20-03-20. | 180 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200320_FcTonetto.pdf | 180 |
| Lex: Art. 84, 2° párrafo del CP. | 180 |
| Vox: Homicidio culposo agravado. Conducción antirreglamentaria. | 180 |
| Summa: | 180 |
| SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo (Licencia). | 180 |
| Fallo: | 181 |
| I.- La resolución recurrida | 181 |
| II.- El recurso de casación..... | 182 |
| III.- El dictamen del señor Procurador General..... | 183 |
| IV.- La solución del caso | 183 |
| SENTENCIA: | 186 |
| 9- MENDOZA. 06-04-20. (JJ) | 188 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200406_FcMJA.pdf | 188 |
| Lex: Art. 80 inc. 1° y 11° del CP. Art. 2 del CP. Art. 1, 16, 22, 29, 36 de la CN. Ley 9106. Art. 4 del CPP. Ley 27499. Art. 8.2.h de la CADH y 14.5 del PIDCP. | 188 |
| Vox: VG. Homicidio agravado. Vínculo. Violencia de género. Juicio por Jurado. Instrucciones iniciales. Instrucciones finales. Alegato de apertura. Alegato de cierre. Veredicto de culpabilidad. Revisión integral. Modelo constitucional de enjuiciamiento. Prisión perpetua. Capacitación en VG. | 188 |
| Summa: | 188 |
| SCJM. Dres.: Palermo. Valerio. Adaro. | 188 |
| Fallo: | 189 |
| 1.- Sentencia recurrida..... | 189 |
| 2.- Recurso de casación..... | 189 |
| 3.- Dictamen del señor Procurador General | 191 |
| 4.- La solución del caso | 191 |
| SENTENCIA: | 197 |
| 10- GUEVARA SALAS. 06-04-20. | 199 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200406_FcGuevara.pdf | 199 |
| Lex: Art. 70 y 41 Bis, 45, 47 del CP. | 199 |
| Vox: Homicidio simple agravado. Arma de fuego. Unidad de designio. Coautoría. Participación... 199 | 199 |
| Summa: | 199 |
| SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo | 199 |
| Fallo: | 200 |

| | |
|---|------------|
| 1.- Sentencia recurrida..... | 200 |
| 2.- Recurso de casación..... | 201 |
| 3.- Dictamen del Procurador General | 201 |
| 4.- La solución del caso | 201 |
| SENTENCIA: | 203 |
| 11- BERDEJO y ot.. 27-04-20..... | 205 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200427_FcBerdejo.pdf | 205 |
| Lex: Art. 80 inc. 7°, 41 bis, 55, 166 inc. 2°, 2° supuesto del CP | 205 |
| Vox: Homicidio criminis causa. Arma de fuego. Concurso real. Robo agravado. Arma de fuego. Prisión perpetua. Motivación. Unidad de la prueba..... | 205 |
| Summa: | 205 |
| SCJM. Dres.: Garay. Gómez. Llorente. | 205 |
| Fallo: | 206 |
| 1.- Resolución recurrida | 206 |
| 2.- Recurso de Casación | 206 |
| 3.- Dictamen del señor Procurador General | 208 |
| 4.- La solución del caso | 208 |
| SENTENCIA: | 211 |
| 12- ASPIAZU. 30-04-20. | 212 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200430_FcAspiazu.pdf | 212 |
| Lex: Art. 84, 1° párrafo, 94, 1° párrafo y 54 del CP. | 212 |
| Vox: Homicidio culposo. Lesiones culposas graves. Lesiones culposas leves. Concurso ideal. Acusación fiscal como límite de la jurisdicción. Imparcialidad. Legalidad. | 212 |
| Summa: | 212 |
| SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo. | 213 |
| Fallo: | 214 |
| I.- Sentencia recurrida..... | 214 |
| II.- Recurso de casación interpuesto en favor de Francisco José Aspiazu. | 215 |
| III.- Recurso de casación interpuesto en favor de Gabriel Omar Armendariz | 217 |
| IV.- Dictamen del señor Procurador General..... | 218 |
| V.- La solución del caso | 219 |
| SENTENCIA: | 222 |
| 13- MORALES NIEVAS. 22-05-20. (JJ) | 223 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200522_FyQcMorales.pdf | 223 |
| Lex: Art. 80, inc. 7°, 55, 166, inc. 2°, 1° párrafo, 1° supuesto del CP. Ley 9106..... | 223 |

| | |
|---|-----|
| Vox: Homicidio. Criminis causa. Concurso real. Robo agravado. Arma impropia. Juicio por Jurados. Instrucciones. Veredicto. Prisión perpetua..... | 223 |
| Summa: | 223 |
| SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro. | 223 |
| Fallo: | 224 |
| 1.- Sentencia recurrida..... | 224 |
| 2.- Recurso de casación..... | 225 |
| 3.- Dictamen del señor Procurador General | 225 |
| 4.- La solución del caso | 226 |
| SENTENCIA: | 232 |
| 14- MALDONADO. 29-05-20. | 233 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200529_FcMaldonado.pdf | 233 |
| Lex: Art. 84 1° y 2° párrafo del CP..... | 233 |
| Vox: Homicidio culposo. Conducción antirreglamentaria | 233 |
| Summa: | 233 |
| SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo..... | 233 |
| Fallo: | 234 |
| I.- La resolución recurrida | 234 |
| II.- El recurso de casación de la defensa | 235 |
| III.- El dictamen del Señor Procurador General | 236 |
| IV.- La solución del caso | 236 |
| SENTENCIA: | 238 |
| 15- MERCADO MORALES. 03-06-20. | 239 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200603_FcMercado.pdf | 239 |
| Lex: Art. 79, 41 bis, 42, 45 y 55 del CP. | 239 |
| Vox: Homicidio agravado. Arma de fuego. Concurso real. Tentativa. Prueba informativa. Prueba testimonial. Determinación de la pena..... | 239 |
| Summa: | 239 |
| SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo | 239 |
| Fallo: | 240 |
| 1.- La sentencia recurrida..... | 240 |
| 2.- El recurso de casación de la defensa de los imputados..... | 241 |
| 3.- Dictamen del Procurador General | 242 |
| 4.- La solución del caso | 243 |
| SENTENCIA: | 249 |

| | |
|---|------------|
| 16- BAIGORRIA y ot.. 05-06-20..... | 250 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200605_FcBaigorria.pdf | 250 |
| Lex: Art. 79 del CP. | 250 |
| Vox: Homicidio simple. Valoración de la prueba. Unidad de la prueba. | 250 |
| Summa: | 250 |
| SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro. | 250 |
| Fallo: | 251 |
| 1.- Sentencia recurrida..... | 251 |
| 2.- Recurso de casación..... | 252 |
| 3.- Dictamen del señor Procurador General | 255 |
| 4.- La solución del caso | 255 |
| SENTENCIA: | 259 |
| 17- ARSUZA. 16-06-20. | 261 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200616_FcArzuza.pdf | 261 |
| Lex: Art. 79, 84, 174 inc. 5° del CP. | 261 |
| Vox: Homicidio simple. Homicidio culposo. Calificación legal. Diferenciación entre dolo y culpa. Riesgo permitido. Riesgo no permitido. Escala de peligros. Teorías de la voluntad. Teorías de la representación. Imputación objetiva. Peligro de dolo. Presupuestos intelectuales y volitivos. Lex Artis. Culpa consciente. Voluntad de causación. Voluntad de evitación. Fraude en perjuicio de la administración pública en modalidad de estafas reiteradas | 261 |
| Summa: | 261 |
| SCJM. Dres.: Palermo. Valerio. Adaro. | 262 |
| Fallo: | 263 |
| I.- La resolución recurrida | 264 |
| II.- El recurso de casación del Ministerio Público Fiscal..... | 265 |
| III.- El recurso de casación de la defensa de Carlos Gustavo Arzuza | 267 |
| IV.- El recurso de casación del querellante particular | 268 |
| V.- El dictamen del señor Procurador General | 269 |
| VI.- La solución del caso | 269 |
| SENTENCIA: | 285 |
| 18- BERTANI. 24-06-20. | 287 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200624_FcBertani.pdf | 287 |
| Lex: Art. 84 y 45 del CP. | 287 |
| Vox: Homicidio culposo. Comportamiento de la víctima. Conducción antirreglamentaria. Riesgo permitido. Curso causal. | 287 |

| | |
|--|-----|
| Summa: | 287 |
| SCJM. Dres.: Adaro. Palermo. Valerio. | 287 |
| Fallo: | 288 |
| I.- La resolución recurrida | 288 |
| II.- El recurso de casación de la defensa | 289 |
| IV.- El dictamen del Procurador General | 290 |
| IV.- La solución del caso | 291 |
| SENTENCIA: | 294 |
| 19- BARROSO. 06-07-20. | 295 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200706_FcBarroso.pdf | 295 |
| Lex: Art. 79 en función con el art. 41 bis, 42, 54, 45 del CP..... | 295 |
| Vox: NNA. Homicidio simple agravado. Arma de fuego. Tentativa. Concurso ideal. Testigo de identidad reservada. Nulidad. Valoración de la prueba. Calificación legal. Determinación de la pena. Nueva prueba. Coautoría. Codominio del hecho. Participación secundaria. Dolo eventual..... | 295 |
| Summa: | 295 |
| SCJM. Dras.: Day. Orbelli. Isuani. | 295 |
| Fallo: | 296 |
| 1.- La resolución recurrida | 296 |
| 2.- Recurso de casación..... | 297 |
| 3.- Dictamen del señor Procurador General | 299 |
| 4.- La solución del caso | 299 |
| SENTENCIA: | 308 |
| 20- CASTILLO PALACIOS. 16-07-20. | 309 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200716_FcCPH.pdf | 309 |
| Lex: Art. 79 del CP. | 309 |
| Vox: Homicidio simple. Estado de emoción violenta. Capacidad de culpabilidad disminuida. Perturbación de consciencia. Frenos inhibitorios. Competencia del agente. Actio libera in causa. Causal de justificación. Requisito psicológico. Requisito normativo. | 309 |
| Summa: | 309 |
| SCJM. Dres.: Palermo. Adaro. Valerio. | 309 |
| Fallo: | 310 |
| I.- Sentencia recurrida..... | 310 |
| II.- Recurso de casación..... | 310 |
| III.- Dictamen del señor Procurador General | 311 |
| IV.- La solución del caso | 311 |

| | |
|---|-----|
| SENTENCIA: | 316 |
| 21- DARRE. 22-07-20. | 317 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200722_FcDPD.pdf | 317 |
| Lex: Art. 84, 55, 91 en función del art. 94 y 84, 2° párrafo, art. 59, inc. 6° del CP. Art. 19, 20, 21, 5, 26 inc. 2° del CPP. Ley 27147. | 317 |
| Vox: Homicidio culposo. Concurso real. Lesiones gravísimas culposas. Conducción imprudente. Sobreseimiento. Extinción de la acción penal. Conciliación. Reparación integral. Solución de conflicto. Armonía social. Nulidad de la sentencia. Excepción de previo y especial pronunciamiento. Justicia restaurativa. | 317 |
| Summa: | 317 |
| SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Gómez..... | 317 |
| Fallo: | 318 |
| 1.- La sentencia recurrida..... | 318 |
| 2.- El recurso de casación de la representante del Ministerio Público Fiscal | 320 |
| 3.- Dictamen del Procurador General | 321 |
| 4.- La intervención de la defensa del imputado Daniel Darré Pauloni en esta instancia | 321 |
| 5.- La solución del caso | 321 |
| SENTENCIA: | 324 |
| 22- MORALES NIEVAS. 23-07-20. (JJ) | 325 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200723_FcMorales.pdf | 325 |
| Lex: Art. 80, inc. 7°, 55, 166, inc. 2°, 2° párrafo, 42 y 45 del CP. Arts. 10, 11, 12, 13 y 14, 41 inc. a de la Ley 9106. Art. 72 del CPP. | 325 |
| Vox: Homicidio. Criminis causa. Concurso real. Robo agravado. Arma de fuego. Tentativa. Juicio por jurado. Veredicto de culpabilidad. Veredicto de no culpabilidad. Instrucciones. Recusación sin causa. Audiencia de voir dire. Premisa jurídica. Premisa fáctica. Prisión perpetua. | 325 |
| Summa: | 325 |
| SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo (Disidencia)..... | 326 |
| Fallo: | 327 |
| 1.– Sentencia recurrida | 327 |
| 2.– Recurso de casación | 328 |
| 3.– Dictamen del señor Procurador General | 330 |
| 4.– Audiencia de informe oral..... | 330 |
| 5.– La solución del caso..... | 330 |
| SENTENCIA: | 354 |
| 23- HERRERA. 27-07-20. | 356 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200727_FcHerrera.pdf | 356 |

| | |
|--|-----|
| Lex: Art. 79 y 42 del CP. | 356 |
| Vox: Homicidio simple agravado. Arma de fuego. Tentativa. Coautoría..... | 356 |
| Summa: | 356 |
| SCJM. Dres.: Palermo. Adaro. Valerio. | 356 |
| Fallo: | 357 |
| I.- Sentencia recurrida..... | 357 |
| II.- Recurso de casación..... | 358 |
| III.- Dictamen del señor Procurador General | 358 |
| IV.- La solución del caso | 358 |
| SENTENCIA: | 362 |
| 24- CALDERONE. 28-07-20. | 363 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200728_FcCalderone.pdf | 363 |
| Lex: Art. 79, 41 bis, 166, 167, 149 Bis, 277 del CP | 363 |
| Vox: Homicidio simple agravado. Robo agravado. Efracción. Poblado y banda. Arma de fuego. Amenazas. Coacciones. Abuso de arma. Encubrimiento. Concurso real. Valoración de la prueba. Perspectiva de género. | 363 |
| Summa: | 363 |
| SCJM. Dres.: Palermo. Valerio. Adaro. | 363 |
| Fallo: | 364 |
| I.- La resolución recurrida | 365 |
| II.- El recurso de casación de la defensa | 367 |
| III.- El dictamen del señor Procurador General..... | 367 |
| IV.- La solución del caso | 368 |
| SENTENCIA: | 371 |
| 25- ELMELAJ. 30-07-20. | 373 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200730_FcElmelaj.pdf | 373 |
| Lex: Art. 79 y 41 bis; 189 bis inc. 2°, 1° párrafo; y 189 bis inc. 2°, 2° párrafo del CP. | 373 |
| Vox: Homicidio simple agravado. Arma de fuego. Tenencia ilegítima de arma de fuego. Valoración de la prueba. Determinación de la pena. Escala de gravedad continua..... | 373 |
| Summa: | 373 |
| SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro. | 373 |
| Fallo: | 374 |
| 1.- La sentencia recurrida..... | 374 |
| II.- El recurso de casación..... | 375 |
| III.- Dictamen del señor Procurador General | 378 |

| | |
|---|-----|
| IV.- La solución del caso | 379 |
| SENTENCIA: | 385 |
| 26- BARRIENTOS REVELLO. 04-08-20. | 386 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200804_FcBarrientos.pdf | 386 |
| Lex: Art. 45, 84, 1° y 2° párrafo, 84 Bis del CP. | 386 |
| Vox: Homicidio culposo. Conducción antirreglamentaria. Conducción imprudente, negligente y antirreglamentaria de un vehículo automotor. Alcoholización. Velocidad. Informe técnico. Riesgo prohibido. Curso causal. Comportamiento de la víctima. Concurrencia de riesgos..... | 386 |
| Summa: | 386 |
| SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo. | 386 |
| Fallo: | 387 |
| 1.- Sentencia recurrida..... | 387 |
| 2.- Recurso de casación..... | 388 |
| 3.- Dictamen del señor Procurador General | 389 |
| 4.- La solución del caso | 389 |
| SENTENCIA: | 394 |
| 27- GUEVARA. 06-08-20. | 395 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200806_FyQcGuevara.pdf | 395 |
| Lex: Art. 84, 67, 76 bis, 76 ter del CP. | 395 |
| Vox: Homicidio culposo. Prescripción. Solicitud de SJP. Suspensión de plazos. Causales suspensivas. Causales interruptivas..... | 395 |
| Summa: | 395 |
| SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro. | 396 |
| Fallo: | 397 |
| 1.- Resolución recurrida | 397 |
| 2.- Recurso de casación..... | 398 |
| 3.- Dictamen del señor Procurador General | 398 |
| 4.- La solución del caso | 398 |
| SENTENCIA: | 401 |
| 28- GARCIA. 27-08-20. | 402 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200827_FyQcGarcia.pdf | 402 |
| Lex: Art. 79, 277 inc. 1°, apartado c y 55 del CP | 402 |
| Vox: Homicidio simple. Concurso real. Encubrimiento. Valoración de la prueba. Vicio iuris. Vicio in iudicando. Calificación legal. Determinación de la pena. | 402 |
| Summa: | 402 |

| | |
|---|-----|
| SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo | 402 |
| Fallo: | 403 |
| I.- Sentencia recurrida..... | 403 |
| II.- Recurso de casación..... | 403 |
| III.- Dictamen del señor Procurador General | 405 |
| IV.- La solución del caso | 405 |
| SENTENCIA: | 410 |
| 29- FABAS. 02-09-20. | 411 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200902_FcFabas.pdf | 411 |
| Lex: Arts. 79 y 42; 166 inc. 2°, 1° párrafo, 1° supuesto, 54 y 167 inc. 2° del CP | 411 |
| Vox: Homicidio simple. Tentativa. Robo agravado. Arma. Concurso ideal. Poblado y en banda. Valoración de la prueba. Acto jurisdiccional válido. Falso testimonio. | 411 |
| Summa: | 411 |
| SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo | 411 |
| Fallo: | 412 |
| 1.- Resolución recurrida | 412 |
| 2.- Recurso de casación..... | 413 |
| 3.- Dictamen del señor Procurador General | 414 |
| 4.- La solución del caso | 414 |
| SENTENCIA: | 418 |
| 30- LOPEZ CAMPOS. 03-09-20. | 419 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200903_FcLopez.pdf | 419 |
| Lex: Art. 79, 41 Bis del CP..... | 419 |
| Vox: Homicidio simple agravado. Arma de fuego. Reedición de la hipótesis de debate. Calificación legal. Valoración de la prueba..... | 419 |
| Summa: | 419 |
| SCJM. Dres.: Palermo. Valerio. Adaro. | 419 |
| Fallo: | 420 |
| I.- La resolución recurrida | 420 |
| II.- El recurso de casación de la defensa | 421 |
| III.- El dictamen del señor Procurador General..... | 421 |
| IV.- La solución del caso | 422 |
| SENTENCIA: | 424 |
| 31- GUTIERREZ FERNANDEZ. 24-09-20. | 425 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200924_FcGutierrez.pdf | 425 |

| | |
|---|-----|
| Lex: Art. 79, 55, 164 y 42 del CP. Art. 44, 45, 46, 155, 486 del CPP. Art. 38 letra b de la Ley 9106. Resolución de Presidencia N° 36.831 (17-09-19)..... | 425 |
| Vox: Homicidio simple. Robo simple en grado de tentativa. Constitución del Tribunal colegiado. Causas complejas. Modelo inquisitivo atenuado. Modelo acusatoria atenuado. Modelo acusatoria adversarial. Fundamentos escritos. Fundamentos orales. Lenguaje claro. Doble conforme. Determinación de la pena..... | 425 |
| Summa: | 425 |
| SCJM. Dres.: Palermo. Valerio. Adaro. | 426 |
| Fallo: | 427 |
| I.- Sentencia recurrida..... | 427 |
| II.- Recurso de casación..... | 428 |
| III.- Dictamen del señor Procurador General..... | 428 |
| IV.- La solución del caso..... | 428 |
| SENTENCIA: | 435 |
| 32- PONT LEZICA. 06-10-20. | 437 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201006_FyQcPont.pdf | 437 |
| Lex: Art. 84, 2° párrafo, 2° supuesto –Ley 25189–, 94, 2° párrafo –Ley 25189–, 90 y 54 del CP. Art. 76 Bis del CP. Ley 27147. | 437 |
| Vox: SJP. Homicidio imprudente. Concurso ideal. Lesiones graves imprudentes. Lesiones leves imprudentes. Consentimiento vinculante. Pena de Inhabilitación. Política criminal..... | 437 |
| Summa: | 437 |
| SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo (Licencia). | 438 |
| Fallo: | 439 |
| 1.- Resolución recurrida..... | 439 |
| 2.- Recurso de casación..... | 441 |
| 3.- Dictamen del Procurador General..... | 442 |
| 4.- Informe de la defensa..... | 442 |
| 5. La solución del caso..... | 442 |
| SENTENCIA: | 446 |
| 33- BARRIONUEVO y ot. 07-10-20. | 447 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201007_FcBarrionuevo.pdf | 447 |
| Lex: Art. 79, 41 bis, 54, 41 bis y 42 del CP..... | 447 |
| Vox: Homicidio simple agravado. Arma de fuego. Concurso real. Tentativa. Móvil delictivo como indicio. Teoría de la unidad de la prueba. Actos de la defensa. | 447 |
| Summa: | 447 |
| SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro. | 447 |

| | |
|---|-----|
| Fallo: | 448 |
| 1.- Resolución recurrida | 448 |
| 2.- Recurso de casación..... | 448 |
| 3.- Dictamen del señor Procurador General | 449 |
| 4.- La solución del caso | 449 |
| SENTENCIA: | 453 |
| 34- PIETROPAOLO. 25-11-20. | 454 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201125_FcPietropaolo.pdf | 454 |
| Lex: Art. 79, 41 bis, 34 inc. 6 y 35 del CP. | 454 |
| Vox: Homicidio simple agravado. Arma de fuego. Causa de justificación. Exceso en la legítima defensa. Fundamentos orales. Lenguaje claro. | 454 |
| Summa: | 454 |
| SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro. | 454 |
| Fallo: | 455 |
| 1.- La resolución recurrida | 455 |
| 2.- Recurso de casación..... | 456 |
| 3.- Dictamen del señor Procurador General | 458 |
| 4.- La solución del caso | 458 |
| SENTENCIA: | 469 |
| 35- CACERES. 02-12-20. | 470 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201202_FcCaceres.pdf | 470 |
| Lex: Art. 79, 41 bis del CP..... | 470 |
| Vox: Homicidio simple agravado. Arma de fuego. Valoración de la prueba. | 470 |
| Summa: | 470 |
| SCJM. Dres.: Palermo. Gómez. Llorente..... | 470 |
| Fallo: | 471 |
| 1.- La sentencia recurrida..... | 471 |
| 2.- El recurso de casación..... | 472 |
| 3.- Dictamen del Procurador General | 472 |
| 4.- La solución del caso | 473 |
| SENTENCIA: | 474 |
| 36- RIVERO ORTIZ. 03-12-20. | 476 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201203_FcRiveros.pdf | 476 |
| Lex: Art. 79, 41 Bis, 42, 55, 90, 92 del CP. Art. 7 y 233 del CPP. Art. 18 de la CN | 476 |

| | |
|---|-----|
| Vox: Homicidio simple agravado. Arma de fuego. Concurso real. Tentativa. Lesiones graves agravadas. Allanamiento. Derecho de abstención del testigo. Nulidad. Valoración de la prueba... | 476 |
| Summa: | 476 |
| SCJM. Dres.: Palermo. Adaro. Valerio. | 476 |
| Fallo: | 477 |
| I.- La resolución recurrida | 477 |
| II.- El recurso de casación de la defensa | 478 |
| III.- El dictamen del Señor Procurador General | 479 |
| IV.- La solución del caso | 479 |
| SENTENCIA: | 483 |
| 37- RUIZ GUZMAN. 04-12-20. | 484 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201204_FcRuiz.pdf | 484 |
| Lex: Art. 79, 55, 42 de CP. | 484 |
| Vox: Homicidio simple agravado. Arma de fuego. Tentativa. Coautoría. Dominio funcional del hecho. Dominio positivo. Dominio negativo. Plan común. División objetiva de trabajo. Codominio. Valoración de la prueba. Determinación de la pena..... | 484 |
| Summa: | 484 |
| SCJM. Dres.: Palermo. Adaro. Valerio. | 484 |
| Fallo: | 485 |
| I.- Sentencia recurrida..... | 485 |
| II.- Recursos de casación | 486 |
| III.- Dictamen del señor Procurador General | 486 |
| IV.- La solución del caso | 487 |
| SENTENCIA: | 492 |
| 38- MURUA y ots..30-12-20. | 493 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201230_FcMSM.pdf | 493 |
| Lex: Art. 80, inc. 7°; 55; 166, inc. 2°, 2° párrafo del CP. Art. 12, inc. 1° y 2, ss y cc de la ley 8928. ... | 493 |
| Vox: Homicidio criminis causa. Concurso real. Robo agravado. Arma de fuego. Notificación personal al condenado. In pauperis. Plazos. Presentación extemporánea. Derecho de defensa. Revisión amplia. Doble conforme. Nulidad. Valoración de la prueba. Filmaciones. Fotogramas. | 493 |
| Summa: | 493 |
| SCJM. Dres.: Day. Gómez. Llorente. | 494 |
| Fallo: | 495 |
| 1.- La sentencia recurrida..... | 495 |
| 2.- El recurso de casación de la defensa de D. S. G. S. | 496 |

| | |
|---|-----|
| 3.- El recurso de casación de la defensa de M. D. M. S. | 498 |
| 4.- Dictamen del señor Procurador General | 500 |
| 5.- La solución del caso | 500 |
| SENTENCIA: | 509 |
| 39- IBAÑEZ BENAVIDEZ y ot.. 30-12-20. (JJ) | 511 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201230_Plenario%20Ibanez.pdf | 511 |
| Lex: Art. 80 del CP. Art. 6, 31. 75 inc. 22, 116 de la CN. Art. 7, 148, 157 de la Constitución de Mendoza. | 511 |
| Vox: Homicidio agravado. Constitucionalidad de la pena de prisión perpetua. Plenario. Audiencia pública. Separación de poderes. Principio de legalidad. Principio de igualdad. Principio de progresividad. Mandato resocializador de la pena. Legitimidad de la pena. Teorías absolutas o relativas. Teorías retributivas. Teorías utilitarias. Teorías de la prevención general o especial. | 511 |
| Summa: | 511 |
| SCJM. Plenario. Orden de votación: primero Dr. GARAY CUELI; segundo, Dr. PALERMO; tercero, Dr. R. GÓMEZ; cuarto, Dr. VALERIO; quinto, Dr. LLORENTE; sexto, Dr. ADARO; y, séptima, Dra. DAY. . | 513 |
| Fallo: | 514 |
| SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, LOS DRES. DALMIRO GARAY CUELI , JOSÉ V. VALERIO , PEDRO J. LLORENTE Y MARÍA TERESA DAY DIJERON:..... | 514 |
| SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DOCTOR OMAR A. PALERMO DIJO:..... | 560 |
| SOBRE LA MISMA CUESTIÓN EL DOCTOR JULIO R. GÓMEZ ADHIERE, POR SUS FUNDAMENTOS, AL VOTO QUE ANTECEDE..... | 596 |
| SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DOCTOR MARIO D. ADARO , EN VOTO AMPLIATORIO, DIJO: | 596 |
| SENTENCIA PLENARIA: | 604 |
| CAPÍTULO II. DELITOS CONTRA LAS PERSONAS. Lesiones. Abuso de armas. | 611 |
| 1- LUZURIAGA SAN MARTINO. 19-02-20. | 611 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200219_FcLSP.pdf | 611 |
| Lex: Art. 92 en función del art. 89 y 80 inc. 1°, 55 y 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto del CP..... | 611 |
| Vox: VG. Lesiones leves dolosas agravadas. Vínculo. Violencia de género. Concurso real. Amenazas simples. Principio de imparcialidad del juzgador. Preguntas aclaratorias. Lesiones autoinfligidas. Nulidad del debate..... | 611 |
| Summa: | 611 |
| SCJM. Dres.: Palermo . Valerio. Adaro. | 612 |
| Fallo: | 613 |
| I.- Sentencia recurrida..... | 613 |
| II.- Recurso de casación..... | 613 |
| III.- Dictamen del señor Procurador General | 614 |

| | |
|---|-----|
| IV.- La solución del caso | 614 |
| SENTENCIA: | 617 |
| 2- CHIARA PAVON. 19-03-20. | 618 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200319_FcCP.pdf | 618 |
| Lex: Art. 92 en función del art. 89 y art. 80 inc. 1° y 11°, del CP; y art. 4 de la ley 26485. | 618 |
| Vox: VG. Lesiones leves dolosas agravadas. Relación de pareja. Violencia de género. Hecho aislado. Ciclo de la violencia. Contexto. | 618 |
| Summa: | 618 |
| SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo (Licencia). | 618 |
| Fallo: | 619 |
| I.- Resolución recurrida | 619 |
| II.- El recurso de casación de la defensa | 619 |
| III.- El dictamen del señor Procurador General..... | 620 |
| IV.- La solución del caso | 620 |
| SENTENCIA: | 622 |
| 3- CALDERON. 08-04-20. | 624 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200408_FcCAE.pdf | 624 |
| Lex: Art. 149 bis, 2° párrafo, art. 92 en función con el art. 89, 80 inc. 1° y 11°, arts. 54, 183, 55 y 45 del CP. Arts. 72 inc. 2° del CP; 3 inc. k, 7 inc. f, 16 inc. d de la Ley 26485; 2 y 19 inc. 2° del CPP; 18 de la CN; 8 DADH; y 14 PIDCyP. Art. 7 de la Convención de Belém do Pará. Art. 2 de la CEDAW. Reglas de Brasilia..... | 624 |
| Vox: VG. Lesiones leves dolosas agravadas. Relación de pareja. Violencia de género. Concurso ideal. Daño simple. Concurso real. Coacciones simples. Derecho a la intimidad. Instancia de la acción. Oficiosidad. Interés público. | 624 |
| Summa: | 624 |
| SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo | 625 |
| Fallo: | 626 |
| I.- Sentencia recurrida..... | 626 |
| II.- Recurso de casación..... | 626 |
| III.- Dictamen del señor Procurador General | 627 |
| IV.- La solución del caso | 628 |
| SENTENCIA: | 634 |
| 4- BAEZ MORALES. 08-04-20. | 635 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200408_FcBMM.pdf | 635 |
| Lex: Art. 89, 80 inc. 1° y 11°, 92, 150, 55, 72 del CP. CEDAW. Ley 26485..... | 635 |

| | |
|--|-----|
| Vox: VG. Lesiones leves dolosas. Vínculo. Violencia de género. Violación de domicilio. Concurso real. Falta de instancia de la acción penal. Retracción. | 635 |
| Summa: | 635 |
| SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo | 635 |
| Fallo: | 636 |
| 1.- La sentencia recurrida..... | 636 |
| II.- El recurso de la defensa | 636 |
| III.- Dictamen del señor Procurador General | 637 |
| IV.- La solución del caso | 638 |
| SENTENCIA: | 644 |
| 5- COLLOVATI FERRER. 22-05-20. | 646 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200522_FcCFA.pdf | 646 |
| Lex: Art. 92 en función del art. 89, 80 inc. 1° y 11° del CP. Ley 26485. Art. 155 del CPP. | 646 |
| Vox: VG. Lesiones dolosas agravadas. Vínculo. Violencia de género. Valoración de la prueba. Determinación de la pena. Atipicidad. Fundamentos escritos. Oralidad. | 646 |
| Summa: | 646 |
| SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro. | 646 |
| Fallo: | 647 |
| 1.- Sentencia recurrida..... | 647 |
| 2.- Recurso de casación..... | 647 |
| 3.- Dictamen del Procurador General | 649 |
| 4.- La solución del caso | 649 |
| SENTENCIA: | 656 |
| 6- ROS IBARRA. 29-05-20. | 657 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200529_FcRos.pdf | 657 |
| Lex: Art. 76 bis CP. Resolución 225/11. Arts. 30 y 155 del CPP. | 657 |
| Vox: SJP. Lesiones. Suspensión de juicio a prueba. Consentimiento vinculante. Pena de inhabilitación en forma principal, conjunta o alternativa. Nulidad. Fundamentos orales. Ausencia de registro de audio. | 657 |
| Summa: | 657 |
| SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo | 657 |
| Fallo: | 658 |
| 1.- Resolución recurrida | 658 |
| 2.- Recurso de casación..... | 658 |
| 3.- Dictamen del señor Procurador General | 659 |

| | |
|--|-----|
| 4.- La solución del caso | 659 |
| SENTENCIA: | 662 |
| 7- FLORES GODOY. 24-06-20. | 663 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200624_FcFGC.pdf | 663 |
| Lex: Art. 89 en función de los arts. 92 y 80 inc. 1° y 11°, 149 bis 1° párrafo, 1° supuesto del CP. Ley 26485. CEDAW. Convención Belem Do Pará. | 663 |
| Vox: VG. Lesiones leves calificadas. Vínculo. Violencia de género. Concurso real. Amenazas simples. Revisión ex novo. Valoración de la prueba. Perspectiva de género. Amplitud probatoria. | 663 |
| Summa: | 663 |
| SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro. | 663 |
| Fallo: | 664 |
| 1.- Sentencia Recurrída | 664 |
| 2.- Recurso de casación | 665 |
| 3.- Dictamen del Señor Procurador General | 667 |
| 4.- La solución | 667 |
| SENTENCIA: | 672 |
| 8- DONADEL TOBARES. 24-06-20. | 673 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200624_FcDonadel.pdf | 673 |
| Lex: Art. 94 en función con el art. 90, 84, 2° párrafo del CP. Art. 155, 416 inc. 4°, 198 del CPP. | 673 |
| Vox: Lesiones graves culposas. Nulidad del debate, sentencia y fundamentos | 673 |
| Summa: | 673 |
| SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo | 673 |
| Fallo: | 674 |
| 1.- Sentencia recurrida | 674 |
| 2.- Recurso de casación | 674 |
| 3.- Dictamen del Procurador General | 675 |
| 4.- La solución del caso | 675 |
| SENTENCIA: | 676 |
| 9- GOMEZ. 01-07-20. | 677 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200701_FcGAW.pdf | 677 |
| Lex: Art. 92 en función del art. 90 y 80 inc. 1° y 11°, art. 55 y art. 239 CP. Art. 206 del CPP. Ley 26485. CEDAW. Belem Do Pará. 100 Reglas de Brasilia. | 677 |
| Vox: VG. Lesiones graves dolosas doblemente agravadas. Vínculo. Violencia de género. Concurso real. Desobediencia a la autoridad. Amplitud probatoria. Dolo de lesión. Dolo homicida. | 677 |
| Summa: | 677 |

| | |
|---|-----|
| SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo | 677 |
| Fallo: | 678 |
| 1.- Sentencia recurrida..... | 678 |
| 2.- Recurso de casación..... | 678 |
| 3.- Dictamen del Procurador General | 679 |
| 4.- La solución del caso | 679 |
| SENTENCIA: | 688 |
| 10- BOERO. 07-07-20. | 689 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200707_FcBDL.pdf | 689 |
| Lex: Art. 89, 92 en función del art. 80 inc. 1° del CP..... | 689 |
| Vox: VG. Lesiones leves dolosas. Vínculo. | 689 |
| Summa: | 689 |
| SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo. | 689 |
| Fallo: | 690 |
| 1.- Sentencia recurrida..... | 690 |
| 2.- Recurso de casación..... | 690 |
| 3.- Dictamen del Procurador General | 691 |
| 4.- La solución del caso | 691 |
| SENTENCIA: | 697 |
| 11- ALCALDE JARA. 30-07-20. | 698 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200730_FcAJO.pdf | 698 |
| Lex: Art. 89 en función de los arts. 92 y 80 inc. 1° y 11 del CP | 698 |
| Vox: VG. Lesiones leves dolosas. Vínculo. Violencia de género. Valoración de la prueba. | 698 |
| Summa: | 698 |
| SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro. | 698 |
| Fallo: | 699 |
| 1.- Sentencia recurrida..... | 699 |
| 2.- Recurso de casación..... | 699 |
| 3.- Dictamen del Procurador General | 700 |
| 4.- La solución del caso | 701 |
| SENTENCIA: | 706 |
| 12- RUGGERI VELOCCE. 05-08-20. | 707 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200805_FcRVP.pdf | 707 |
| Lex: Art. 92 en función del art. 90 y 80 inc. 1° y 11° del CP. | 707 |

| | |
|---|-----|
| Vox: VG. Lesiones graves dolosas agravadas. Vínculo. Pareja. Violencia de género. Valoración de la prueba..... | 707 |
| Summa: | 707 |
| SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro. | 707 |
| Fallo: | 708 |
| 1.- Sentencia recurrida..... | 708 |
| 2.- Recurso de casación..... | 708 |
| 3.- Dictamen del Procurador General | 709 |
| 4.- La solución del caso | 710 |
| SENTENCIA: | 716 |
| 13- GIMENEZ HEREDIA. 10-09-20. | 717 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200910_FcGHE.pdf | 717 |
| Lex: Art. 92 en función con el 89 y 80 inc. 1° y 11°, 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto del CP. Art. 38 inc b de la ley 9106. Art. 416 incs. 4° y 5° del CPP..... | 717 |
| Vox: VG. Lesiones dolosas agravadas. Relación de pareja. Amenazas simples. Valoración de la prueba. Perspectiva de género. Imparcialidad. Imparcialidad. Nulidad de sentencia absolutoria. Determinación de la pena..... | 717 |
| Summa: | 717 |
| SCJM. Dres.: Adaro. Palermo. Valerio (Disidencia parcial)..... | 718 |
| Fallo: | 719 |
| I.-Sentencia recurrida..... | 719 |
| II.- Recurso de casación..... | 720 |
| III.- Dictamen Procurador General | 722 |
| IV.- La solución del caso | 723 |
| SENTENCIA: | 730 |
| 14- OLGUIN. 14-10-20. | 731 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201014_FcOME.pdf | 731 |
| Lex: Art. 92 en función del art. 89 y 80 inc. 1° y 11° del CP. Ley 26485..... | 731 |
| Vox: VG. Lesiones leves dolosas agravadas. Pareja. Violencia de género. Retracción. | 731 |
| Summa: | 731 |
| SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo | 731 |
| Fallo: | 732 |
| 1.- La sentencia recurrida..... | 732 |
| II.- El recurso de casación..... | 732 |
| III.- Dictamen del señor Procurador General | 734 |

| | |
|---|-----|
| IV.- La solución del caso | 734 |
| SENTENCIA: | 740 |
| 15- ORTEGA ESPECHE. 24-11-20. | 741 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201124_FcOER.pdf | 741 |
| Lex: Art. 466, 474, 417 quinquies del CPP. Ley 26485..... | 741 |
| Vox: VG. Lesiones. Falta de acción. Nulidad. Gravedad institucional. Perspectiva de género. Apelación. Casación. | 741 |
| Summa: | 741 |
| SCJM. Dres.: Palermo. Valerio. Adaro. | 742 |
| Fallo: | 743 |
| 1.- Sentencia recurrida..... | 743 |
| 2.- El recurso de casación..... | 744 |
| 3.- Dictamen del Procurador General | 745 |
| 4.- La solución del caso | 745 |
| SENTENCIA: | 748 |
| 16- YUCA JANDI. 01-12-20. | 749 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201201_FcYJC.pdf | 749 |
| Lex: Art. 89 en función con los arts. 92 y 80 incs. 1 y 11 del CP. Art. 412, 2° párrafo y 416 inc. 4° del CPP. | 749 |
| Vox: VG. Lesiones dolosas agravadas. Relación de pareja. Violencia de género. Nulidad del debate. Incorporación extemporánea de fundamentos..... | 749 |
| Summa: | 749 |
| SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo | 749 |
| Fallo: | 750 |
| I.- Sentencia recurrida..... | 750 |
| II.- Recurso de casación..... | 750 |
| III.- Dictamen del señor Procurador General | 751 |
| IV.- La solución del caso | 752 |
| SENTENCIA: | 753 |
| 17- MUÑOZ OLMEDO. 01-12-20. | 755 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201201_FcMOS.pdf | 755 |
| Lex: Art. 92 en función de los arts. 89 y 80 incs. 1° y 11°, arts. 149 bis, 2° párrafo y 55 del CP. | 755 |
| Vox: VG. Lesiones leves calificadas. Vínculo. Violencia de género. Coacción. Concurso real. | 755 |
| Summa: | 755 |
| SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo. | 755 |

| | |
|--|-----|
| Fallo: | 756 |
| 1.- Sentencia recurrida..... | 756 |
| 2.- Recurso de casación..... | 756 |
| 3.- Dictamen del Procurador General | 757 |
| 4.- La solución del caso | 757 |
| SENTENCIA: | 762 |
| 18- AGUILERA MALDONADO. 07-02-20. | 763 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200717_FcAguilera.pdf | 763 |
| Lex: Art. 104 del CP | 763 |
| Vox: Abuso de arma. Principio de congruencia. Valoración de la prueba..... | 763 |
| Summa: | 763 |
| SCJM. Dres.: Palermo. Adaro. Valerio. | 763 |
| Fallo: | 764 |
| I.- Sentencia recurrida..... | 764 |
| II.- Recurso de casación..... | 764 |
| III.- Dictamen del señor Procurador General | 765 |
| IV.- La solución del caso | 765 |
| SENTENCIA: | 770 |
| CAPÍTULO III. DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL. Abuso sexual. | 772 |
| 1- AGUIRRE. 07-02-20. | 772 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200207_Compulsa.pdf | 772 |
| Lex: Art. 119, 1° párrafo en función con el 5° y 4° párrafo inc. b; 119, 3° párrafo en función con el 4° párrafo inc. b; 42 y 55 del CP. Art. 282, 284, 293 del CPP. Arts. 8, 10, 26, 452 y 477 del CPP. | 772 |
| Vox: VG. Abuso sexual. Medida cautelar. Mantenimiento de libertad. Detención. Gravedad institucional. Nulidad. Impugnabilidad objetiva. Impugnabilidad subjetiva. | 772 |
| Summa: | 772 |
| SCJM. Dres.: Palermo. Adaro. Valerio. | 773 |
| Fallo | 774 |
| 1.- La sentencia recurrida..... | 774 |
| 2.- El recurso de casación de la parte querellante..... | 775 |
| 3.- El recurso de casación del Ministerio Público Fiscal..... | 776 |
| 4.- El dictamen del señor Procurador General..... | 776 |
| 5.- La contestación de vista por la defensa del acusado..... | 777 |
| 6.- La solución del caso | 777 |
| SENTENCIA: | 785 |

| | |
|--|-----|
| 2- RIVERO. 19-02-20. | 786 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200219_FcRGR.pdf | 786 |
| Lex: Art. 119, 3° y 4° párrafo, letra b, 55, 119, 1° y 4° párrafo, inc. b y 55 del CP. | 786 |
| Vox: VG. NNA. Abuso sexual. Acceso carnal agravado por la calidad de autor. Concurso real. Abuso sexual simple agravado por la calidad de autor. Testimonio de la víctima. Amplitud probatoria. Contexto Intrafamiliar..... | 786 |
| Summa: | 786 |
| SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo. | 787 |
| Fallo | 788 |
| 1.- Sentencia recurrida..... | 788 |
| 2.- Recurso de casación..... | 789 |
| 3.- Dictamen del señor Procurador General | 790 |
| 4.- La solución del caso | 790 |
| SENTENCIA: | 798 |
| 3- CASADO. 19-02-20. | 799 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200219_FcCCM.pdf | 799 |
| Lex: Art. 119 3° y 4° párrafo incs. b y f en función del art. 55 a contrario sensu del CP..... | 799 |
| Vox: VG. NNA. Abuso sexual. Acceso carnal. Convivencia. Encargado de la guarda. Delito continuado. | 799 |
| Summa: | 799 |
| SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo. | 800 |
| Fallo | 801 |
| I.- La sentencia recurrida..... | 801 |
| II.- El recurso de casación..... | 802 |
| III. Dictamen del señor Procurador General | 803 |
| IV.- La solución del caso | 804 |
| SENTENCIA: | 812 |
| 4- LUQUEZ. 20-02-20. | 813 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200220_FcLMD.pdf | 813 |
| Lex: Art. 119, 3° párrafo en función con el 4° párrafo inc. b del CP | 813 |
| Vox: VG . VS. NNA. Abuso sexual. Acceso carnal. Vínculo. Número indeterminado de hechos. | 813 |
| Summa: | 813 |
| SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo. | 813 |
| Fallo | 814 |
| I.- Sentencia Recurrida | 814 |

| | |
|--|-----|
| II.- Recurso de casación..... | 814 |
| III.- Dictamen del Procurador General | 815 |
| IV.- La solución del caso | 816 |
| SENTENCIA: | 822 |
| 5- CORTEZ. 28-02-20. | 823 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200228_FcCCL.pdf | 823 |
| Lex: Art. 119, 2° y 3° párrafo, 149 bis, 2° párrafo, 55 del CP | 823 |
| Vox: VG. Abuso sexual. Acceso carnal. Gravemente ultrajante. Amenazas coactivas. Concurso real. Video. Filmación. Pareja. Estado de inconsciencia del SP. Consentimiento..... | 823 |
| Summa: | 823 |
| SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. (Licencia) Palermo. | 823 |
| Fallo | 824 |
| 1.- La resolución recurrida | 824 |
| 2.- Recurso de Casación | 825 |
| 3.- Dictamen del señor Procurador General | 826 |
| 4.- La solución del caso | 827 |
| SENTENCIA: | 836 |
| 6- MARIANETTI. 28-02-20. | 837 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200228_FcMQN.pdf | 837 |
| Lex: Art. 119, 1° párrafo en función con el último párrafo, letra b del CP. Ley 26061. CDN. | 837 |
| Vox: NNA. A.S.I.. Abuso sexual agravado. Vínculo. Absolución. In dubio pro reo. Amplitud probatoria. Sana crítica. | 837 |
| Summa: | 837 |
| SCJM. Dres.: Palermo. Valerio. Adaro (Licencia). | 837 |
| Fallo | 838 |
| I.- La resolución recurrida | 838 |
| II.- El recurso de casación del querellante particular..... | 839 |
| III.- El dictamen del señor Procurador General..... | 839 |
| IV.- La solución del caso | 840 |
| SENTENCIA: | 842 |
| 7- ARANCIBIA. 05-03-20. | 843 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200305_FcASC.pdf | 843 |
| Lex: Art. 120, 2° párrafo en función con el art. 119, 3° y 4° párrafo, apartado f, y art. 55, todos del CP. CEDAW. Convención Belem Do Para. 100 Reglas de Brasilia..... | 843 |

| | |
|---|-----|
| Vox: VG. NNA. A.S.I. Abuso sexual. Inmadurez sexual de la víctima. Convivencia. Número indeterminado de hechos. Resignificación. | 843 |
| Summa: | 843 |
| SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo | 844 |
| Fallo | 845 |
| 1.- Sentencia recurrida..... | 845 |
| 2.- El recurso de casación de la defensa de C A..... | 846 |
| 3.- Dictamen del Procurador General | 846 |
| 4.- La solución del caso | 847 |
| SENTENCIA: | 854 |
| 8- BRANCELLO. 05-03-20. | 855 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200305_FcBUD.pdf | 855 |
| Lex: Art. 119, 3° párrafo, 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto, 92 en función de los arts. 89 y 80, inc. 1° y 11° y 54, 239, 55 del CP. Ley 26485 | 855 |
| Vox: VG. Abuso sexual. Acceso carnal. Amenazas simples. Concurso real. Lesiones leves dolosas doblemente calificadas. Relación de pareja preexistente. Violencia de género. Desobediencia. ... | 855 |
| Summa: | 855 |
| SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo | 856 |
| Fallo | 857 |
| 1.- La sentencia recurrida..... | 857 |
| 2.- El recurso de casación de la defensa de D. B..... | 858 |
| 3.- Dictamen del Procurador General | 860 |
| 4.- La solución del caso | 860 |
| SENTENCIA: | 870 |
| 9- RAMON. 09-03-20. | 871 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200309_FcRCJ.pdf | 871 |
| Lex: Art. 119, 2°, 3°, 4°, 128 del CP | 871 |
| Vox: VG. NNA. A.S.I. Abuso sexual. Gravemente ultrajante. Acceso carnal. Promoción a la corrupción de menores. Encargado de la educación. Encargado de la guarda. Monto de la pena..... | 871 |
| Summa: | 871 |
| SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo | 871 |
| Fallo | 872 |
| 1.- La sentencia recurrida..... | 872 |
| 2.- El recurso de casación de la defensa de R. C..... | 873 |
| 3.- Dictamen del señor Procurador General | 874 |

| | |
|--|-----|
| 4.- La solución del caso | 874 |
| SENTENCIA: | 875 |
| 10- VARGAS. 12-03-20. | 876 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200312_FcVOA.pdf | 876 |
| Lex: Art. 119, 1° párrafo del CP..... | 876 |
| Vox: VG. Abuso sexual simple. Consentimiento. Valoración de la prueba..... | 876 |
| Summa: | 876 |
| SCJM. Dres.: Palermo. Valerio. Adaro. | 876 |
| Fallo | 877 |
| I.- Sentencia recurrida..... | 877 |
| II.- Recurso de casación..... | 877 |
| III.- Dictamen del señor Procurador General | 878 |
| IV.- La solución del caso | 878 |
| SENTENCIA: | 881 |
| 11- GUZMAN. 19-03-20. | 882 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200319_FcGSJ.pdf | 882 |
| Lex: Art. 239, 142 inc. 1°, 1° y 2° supuesto, 89, 119, 3° párrafo en función con el 4° párrafo inc. b y f, y 55 del CP. 100 Reglas de Brasilia..... | 882 |
| Vox: NNA. A.S.I. Abuso sexual. Desobediencia. Privación ilegítima de la libertad agravada por violencia y amenazas. Abuso sexual. Acceso carnal. Encargado de la guarda. Convivencia. Concurso real. Contexto intrafamiliar. Absolución. Nulidad parcial de la sentencia. Nuevo pronunciamiento. | 882 |
| Summa: | 882 |
| SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo. (Licencia) | 883 |
| Fallo | 884 |
| 1.- Sentencia recurrida..... | 884 |
| 2.- Recurso de casación..... | 884 |
| 3.- Dictamen del señor Procurador General | 885 |
| 4.- La solución del caso | 885 |
| SENTENCIA: | 889 |
| 12- CONTRERAS. 19-03-20. | 891 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200319_FcCCD.pdf | 891 |
| Lex: Art. 119, 3° párrafo y 55; 119, 1° párrafo, 55 y 89 y 92 en función el art. 80 inc. 1° del CP. Convención Belem Do Pará..... | 891 |
| Vox: VG. Abuso sexual simple. Acceso carnal. Lesiones leves dolosas calificadas. Vínculo. Amplitud probatoria. | 891 |

| | |
|---|-----|
| Summa: | 891 |
| SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo. (Licencia) | 891 |
| Fallo | 892 |
| 1.- Resolución recurrida | 892 |
| 2.- Recurso de casación..... | 893 |
| 3.- Dictamen del señor Procurador General | 893 |
| 4.- La solución del caso | 893 |
| SENTENCIA: | 897 |
| 13- OLAYA. 06-04-20. | 899 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200406_FcOE.pdf | 899 |
| Lex: Art. 119, 1° párrafo del CP. Art. 4 y 414 del CPP. | 899 |
| Vox: Abuso sexual simple. Absolución. In dubio pro reo..... | 899 |
| Summa: | 899 |
| SCJM. Dres.: Palermo. Valerio. Adaro. | 899 |
| Fallo | 900 |
| I.- Sentencia recurrida..... | 900 |
| II.- Recurso de casación..... | 900 |
| III.- Dictamen del Fiscal Adjunto en lo Penal..... | 901 |
| IV.- La solución del caso | 901 |
| SENTENCIA: | 903 |
| 14- VERGARA. 08-04-20. | 904 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200408_FcVMM.pdf | 904 |
| Lex: Art. 119, 3° párrafo del CP | 904 |
| Vox: VG. VS. Abuso sexual. Acceso carnal. Valoración de la prueba. Amplitud probatoria. | 904 |
| Summa: | 904 |
| SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo | 904 |
| Fallo | 905 |
| 1.- Sentencia recurrida..... | 905 |
| 2.- Recurso de casación..... | 905 |
| 3.- Dictamen del Procurador General | 906 |
| 4.- La solución del caso | 906 |
| SENTENCIA: | 916 |
| 15- CAZORLA. 08-04-20. | 917 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200408_FcVMM.pdf | 917 |

| | |
|---|-----|
| Lex: Art. 119, 2° párrafo del CP. Ley 8226. Ley 26485. Decreto Reglamentario N° 1011/2010. Ley 26529. Ley 27499. | 917 |
| Vox: VG. Abuso sexual. Gravemente ultrajante. Violencia obstétrica. Violencia ginecológica. | 917 |
| Summa: | 917 |
| SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo | 918 |
| Fallo | 919 |
| 1.- Resolución recurrida | 919 |
| 2.- Recurso de casación..... | 919 |
| 3.- Dictamen del señor Procurador General | 920 |
| 4.- La solución del caso | 920 |
| SENTENCIA: | 925 |
| 16- SAINVENA. 24-04-20. | 926 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200424_FcSVA.pdf | 926 |
| Lex: Art. 119, 3° párrafo del CP | 926 |
| Vox: VG. Abuso sexual. Acceso carnal. Consentimiento. Estado de inconsciencia. | 926 |
| Summa: | 926 |
| SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro. | 926 |
| Fallo | 927 |
| 1.- Sentencia recurrida..... | 927 |
| 2.- Recurso de casación..... | 928 |
| 3.- Dictamen del Señor Procurador General..... | 930 |
| 4.- La solución | 931 |
| SENTENCIA: | 936 |
| 17- QUIROGA. 30-04-20. | 938 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200430_FcQRD.pdf | 938 |
| Lex: Art. 119, 2° párrafo inc. f, y 55 del CP | 938 |
| Vox: VG. NNA. A.S.I.. Abuso sexual. Gravemente ultrajante. Convivencia. Número indeterminado. Concurso real. Valoración de la prueba. Testimonio de la víctima. | 938 |
| Summa: | 938 |
| SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro. | 938 |
| Fallo | 939 |
| 1.- Sentencia recurrida..... | 939 |
| 2.- Recurso de casación..... | 939 |
| 3.- Dictamen del Señor Procurador General..... | 941 |
| 4.- La solución del caso | 941 |

| | |
|---|-----|
| SENTENCIA: | 947 |
| 18- VICO. 15-05-20 | 948 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200515_FcVJD.pdf | 948 |
| Lex: Art. 149 bis, 2° párrafo; 55, 89 y 92 en función del 80 inc. 1°; 119, 3° párrafo, art. 55, 54 y 119, 1° párrafo del CP. Art. 392 del CPP. | 948 |
| Vox: Abuso sexual simple. Acceso carnal. Amenazas coactivas. Concurso real. Lesiones leves dolosas calificadas. Número indeterminado de hechos. Derecho de defensa. Ampliación de la acusación. Hecho diverso. Principio de congruencia..... | 948 |
| Summa: | 948 |
| SCJM. Dres.: Palermo. Valerio. Adaro. | 948 |
| Fallo | 949 |
| I.- Sentencia recurrida..... | 949 |
| II.- Recurso de casación..... | 950 |
| III.- Dictamen del señor Procurador General | 950 |
| IV.- La solución del caso | 951 |
| SENTENCIA: | 957 |
| 19- VEGA. 04-06-20 | 958 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200604_FcVHD.pdf | 958 |
| Lex: Art. 119, 1°, 5°, 2°, 3°, 4° párrafo inc. b, 42, 55 del CP. Ley 26485. Ley 26061..... | 958 |
| Vox: VG. NNA. A.S.I.. Abuso sexual simple agravado. Vínculo. Acceso carnal. Tentativa. Gravemente ultrajante. Concurso real. Calificación legal..... | 958 |
| Summa: | 958 |
| SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro. | 958 |
| Fallo | 959 |
| 1.- La resolución recurrida | 959 |
| 2.- Recurso de casación..... | 960 |
| 3.- Dictamen del señor Procurador General | 962 |
| 4.- La solución del caso | 963 |
| SENTENCIA: | 971 |
| 20- VALDEZ. 08-06-20. | 972 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200608_FcVFD.pdf | 972 |
| Lex: Art. 119, 2° párrafo en función del 4° párrafo inciso b), f) del CP | 972 |
| Vox: NNA. A.S.I. Abuso sexual. Gravemente ultrajante. Encargado de la guarda. Convivencia. Número indeterminado de hechos | 972 |
| Summa: | 972 |

| | |
|--|------|
| SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo. (Licencia). | 972 |
| Fallo | 973 |
| 1.- Resolución recurrida | 973 |
| 2.- Recurso de casación..... | 973 |
| 3.- Dictamen del señor Procurador General | 973 |
| 4.- La solución del caso | 974 |
| SENTENCIA | 977 |
| 21- SANTILLAN. 08-06-20 | 978 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200608_FcSRA.pdf | 978 |
| Lex: Art. 119, 2° y 3° párrafo, en función del 4° párrafo inc. b y 55 del CP | 978 |
| Vox: VG. NNA. A.S.I. Abuso sexual. Acceso carnal agravado. Encargado de la guarda. Número indeterminado de hechos. Calificación legal. Normativa vigente. | 978 |
| Summa: | 978 |
| SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo. (Licencia). | 979 |
| Fallo | 980 |
| 1.- Sentencia recurrida..... | 980 |
| 2.- Recurso de casación..... | 981 |
| 3.- Dictamen del señor Procurador General | 981 |
| 4.- La solución del caso | 982 |
| SENTENCIA: | 988 |
| 22- MAZA. 10-06-20 | 990 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200610_FcMJO.pdf | 990 |
| Lex: Art. 119, 3° y 4° párrafo incs. b y f, 55, 125 y 54 del CP. Ley 26705 (B.O. 05-10-2011). Ley 27206 (B.O. 09-11-2015)..... | 990 |
| Vox: NNA. A.S.I.. Abuso sexual. Excepción de falta de acción. Nulidad. Actos interruptivos. Acceso carnal agravado. Ascendiente. Convivencia. Concurso real. Corrupción de menores agravada. Ascendiente. Menor de 13 años de edad. Concurso ideal. Prescripción..... | 990 |
| Summa: | 990 |
| SCJM. Dres.: Adaro. Palermo. Valerio | 991 |
| Fallo | 992 |
| I.- La sentencia recurrida..... | 992 |
| II.- El recurso de casación de la defensa | 995 |
| III.- Dictamen del señor Procurador General | 999 |
| IV.- La solución del caso | 1000 |
| SENTENCIA | 1011 |

| | |
|--|------|
| 23- GUERRA. 17-06-20. | 1012 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200617_FcGuerra.pdf | 1012 |
| Lex: Art. 119, 3°, 4° inc. a y d, 10, 41 del CP. Art. 2, 8.1, 8.2.h de la CADH. Res. 1/08 CIDH. Arts. 10 y 41 del CP. Ley 24660. Ley 8465..... | 1012 |
| Vox: VG. Abuso sexual agravado. Acceso carnal. Arma impropia. Grave daño en la salud mental. Casación in pauperis. Determinación de la pena. Sentencia firme. Presentación extemporánea. Cómputo firme. Habeas corpus. Impugnabilidad objetiva. Impugnabilidad subjetiva. Defensa eficaz. Tutela judicial efectiva. Garantía de doble instancia o doble conforme. Prisión domiciliaria. HIV. COVID- 19. Acuerdo Interinstitucional..... | 1012 |
| Summa: | 1012 |
| SCJM. Dres.: Palermo. Adaro. Valerio. (Discrepancia parcial) | 1013 |
| Fallo | 1014 |
| 1.- Sentencia recurrida..... | 1014 |
| 2.- Recurso de casación..... | 1014 |
| 3.- Dictamen del señor Procurador General | 1015 |
| 4.- La solución del caso | 1016 |
| SENTENCIA: | 1030 |
| 24- ARENAS. 20-06-20. | 1031 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200624_FcAMA.pdf | 1031 |
| Lex: Art. 119, 1°, 4° -inc. b- y 5° párrafo del CP..... | 1031 |
| Vox: NNA. A.S.I.. Abuso sexual simple. Encargado de la guarda y la educación. Ley 26061. CDN. 1031 | |
| Summa: | 1031 |
| SCJM. Dres.: Palermo. Adaro. Valerio. | 1031 |
| Fallo | 1032 |
| I.- La resolución recurrida | 1032 |
| II.- El recurso de casación de la defensa | 1032 |
| III.- El dictamen del señor Procurador General..... | 1033 |
| IV.- La solución del caso | 1033 |
| SENTENCIA | 1035 |
| 25- F. A. R. A. 01-07-20. | 1036 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200701_FcRAF.pdf | 1036 |
| Lex: Art. 119, 2° párrafo en función con el 4° párrafo incs. b) y f) y 55 del CP. Ley 26485..... | 1036 |
| Vox: VG. NNA. A.S.I.. Abuso sexual. Gravemente ultrajante. Vínculo. Convivencia. Encargado de la guarda. Concurso real. Valoración de la prueba. Calificación legal. Monto de la pena. | 1036 |
| Summa: | 1036 |
| SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro. | 1037 |

| | |
|--|------|
| Fallo | 1038 |
| 1.- Sentencia recurrida..... | 1038 |
| 2.- Recurso de casación..... | 1039 |
| 3.- Dictamen del señor Procurador General..... | 1040 |
| 4.- La solución del caso..... | 1041 |
| SENTENCIA:..... | 1048 |
| 26- NUÑEZ. 02-07-20. | 1050 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200702_FcNJC.pdf | 1050 |
| Lex: Art. 119, 1°, 2°, 3° en función con el 4° párrafo incs. b y f y 55 del CP..... | 1050 |
| Vox: VG. NNA. A.S.I. Abuso sexual simple. Acceso carnal. Gravemente ultrajante. Encargado de la guarda. Convivencia. Número indeterminado de hechos. Concurso real..... | 1050 |
| Summa: | 1050 |
| SCJM. Dres.: Adaro. Palermo. Valerio..... | 1051 |
| Fallo | 1052 |
| 1.- Sentencia recurrida..... | 1052 |
| 2.- Recurso de casación..... | 1052 |
| 3.- Dictamen del señor Procurador General..... | 1053 |
| 4.- La solución del caso..... | 1054 |
| SENTENCIA:..... | 1059 |
| 27- CABRILLANA. 07-07-20. | 1061 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200707_FcCRR.pdf | 1061 |
| Lex: Art. 119, 1° párrafo del CP. Ley 26485. | 1061 |
| Vox: VG. Abuso sexual simple. Entrevista laboral. | 1061 |
| Summa: | 1061 |
| SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo..... | 1061 |
| Fallo | 1062 |
| 1.- La resolución recurrida..... | 1062 |
| 2.- Recurso de Casación..... | 1063 |
| 3.- Dictamen del Señor Fiscal Adjunto en lo Penal..... | 1064 |
| 4.- La solución del caso..... | 1064 |
| SENTENCIA:..... | 1072 |
| 28- R. G. M. D.. 14-07-20. | 1074 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200714_FcRGM.pdf | 1074 |
| Lex: Art. 119, 1°, 3°, 4°, inc. b, 55 del CP..... | 1074 |

| | |
|---|------|
| Vox: VG. NNA. A.S.I.. Abuso sexual. Acceso carnal. Vínculo. Abuso sexual simple agravado. Concurso real. Intrafamiliar. Valoración de la prueba. Testimonio de la víctima..... | 1074 |
| Summa: | 1074 |
| SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo | 1074 |
| Fallo | 1075 |
| I.- Sentencia recurrida..... | 1075 |
| II.- Recurso de casación..... | 1076 |
| III.- Dictamen del señor Procurador General | 1076 |
| IV.- La solución del caso | 1077 |
| SENTENCIA: | 1079 |
| 29- AHUMADA. 17-07-20. | 1081 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200717_FcANS.pdf | 1081 |
| Lex: Art. 119, 1° párrafo del CP..... | 1081 |
| Vox: Abuso sexual simple. Nulidad. JAI cuestionado. Nuevo debate..... | 1081 |
| Summa: | 1081 |
| SCJM. Dres.: Palermo. Valerio. Adaro. | 1081 |
| Fallo | 1082 |
| I.- Sentencia recurrida..... | 1082 |
| II.- Recurso de revisión..... | 1082 |
| III.- Dictamen del señor Procurador General | 1083 |
| IV.- La solución del caso | 1083 |
| SENTENCIA: | 1085 |
| 30- GARCIA. 17-07-20. | 1086 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200717_FcGGE.pdf | 1086 |
| Lex: Art. 119, 3° párrafo, 55 del CP. Ley 26485. | 1086 |
| Vox: VG. Abuso sexual. Acceso carnal. Concurso real. Valoración de la prueba. Testimonio de la víctima..... | 1086 |
| Summa: | 1086 |
| SCJM. Dres.: Palermo. Valerio. Adaro. | 1086 |
| Fallo | 1087 |
| I.- Sentencia recurrida..... | 1087 |
| II.- Recurso de casación..... | 1087 |
| III.- Dictamen del señor Procurador General | 1088 |
| IV.- La solución del caso | 1088 |
| SENTENCIA: | 1093 |

| | |
|---|-------------|
| 31- FIGUEROA. 22-07-20..... | 1095 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200722_FcFPD.pdf | 1095 |
| Lex: Art. 119, 3° párrafo, en función del 4° párrafo incs. b y f del CP. Ley 26485. | 1095 |
| Vox: VG. NNA. Abuso sexual. Acceso carnal. Vínculo. Convivencia. Amplitud probatoria..... | 1095 |
| Summa: | 1095 |
| SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo | 1095 |
| Fallo | 1096 |
| 1.- Sentencia recurrida..... | 1096 |
| 2.- Recurso de casación..... | 1096 |
| 3.- Dictamen del señor Procurador General | 1097 |
| 4.- La solución del caso | 1097 |
| SENTENCIA: | 1106 |
| 32- GARRIDO. 29-07-20. | 1107 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200729_FcGOJ.pdf | 1107 |
| Lex: Art. 119, 1° párrafo, 26 del CP..... | 1107 |
| Vox: VG. NNA. A.S.I. Abuso sexual simple. | 1107 |
| Summa: | 1107 |
| SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo. (Licencia). | 1107 |
| Fallo | 1108 |
| 1.- La resolución recurrida | 1108 |
| 2.- El recurso de casación..... | 1108 |
| 3.- El dictamen del Procurador General..... | 1109 |
| 4.- La solución del caso | 1110 |
| SENTENCIA: | 1121 |
| 33- OLMOS. 30-07-20. | 1122 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200730_FcOGJ.pdf | 1122 |
| Lex: Art. 119, 2° párrafo en función del 4° párrafo inc. f del CP. Ley 26485. CEDAS. CEDAW..... | 1122 |
| Vox: VG. NNA. A.S.I. Abuso sexual. Gravemente ultrajante. Convivencia..... | 1122 |
| Summa: | 1122 |
| SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo | 1122 |
| Fallo | 1123 |
| 1.- Resolución recurrida | 1123 |
| 2.- Recurso de casación..... | 1123 |
| 3.- Dictamen del señor Procurador General | 1124 |

| | |
|--|------|
| 4.- La solución del caso | 1124 |
| SENTENCIA: | 1129 |
| 34- MARTINEZ. 02-09-20. | 1130 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200902_FcMMR.pdf | 1130 |
| Lex: Art. 119, 1°, 2°, 5° en función del inc. b del 4° párrafo, 55 del CP..... | 1130 |
| Vox: Abuso sexual simple. Gravemente ultrajante. Vínculo. Delito continuado. Concurso real. Amplitud probatoria. Defensa eficaz. Determinación de la pena. | 1130 |
| Summa: | 1130 |
| SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo | 1131 |
| Fallo | 1132 |
| I.- Sentencia recurrida..... | 1132 |
| II.- Recurso de casación..... | 1133 |
| III.- Dictamen del Procurador General | 1134 |
| IV.- La solución del caso | 1134 |
| SENTENCIA: | 1140 |
| 35- PAZ. 03-09-20. | 1143 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200903_FcPPJ.pdf | 1143 |
| Lex: Art. 119, 2° párrafo del CP..... | 1143 |
| Vox: VG. NNA. A.S.I. Abuso sexual. Gravemente ultrajante. Testimonio de la menor. Valoración de la prueba. Principio de congruencia. Determinación de la pena. | 1143 |
| Summa: | 1143 |
| SCJM. Dres.: Adaro. Palermo. Valerio. | 1143 |
| Fallo | 1144 |
| 1.- Sentencia recurrida..... | 1144 |
| 2.- Recurso de casación..... | 1144 |
| 3.- Dictamen del señor Procurador General | 1145 |
| 4.- La solución del caso | 1145 |
| SENTENCIA: | 1150 |
| 36- ZURITA. 11-09-20. | 1151 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200911_FcZAJ.pdf | 1151 |
| Lex: Art. 119, 1° párrafo en función con el 5° párrafo letra b y f, 54, 125 3° párrafo, 45, 2° supuesto, 12 y 29 inc. 3° del CP. Ley 26485. Ley 27499. Ley 26061. CEDAW. Convención Belem Do Pará. CDN. CADH. Ley 8869, 8896, 8929, 9040 y 9106. Art. 403 del CPP. | 1151 |
| Vox: VG. NNA. A.S.I.. Abuso sexual simple agravado. Convivencia. Encargada de la guarda. Concurso real. Corrupción de menores agravada. Valoración de la prueba. Estereotipos. Perspectiva de género. | |

| | |
|--|------|
| Fundamentos orales. Fundamentos escritos. Principio de interseccionalidad. Imparcialidad. Imparcialidad. Nueva prueba. Preclusión. | 1151 |
| Summa: | 1151 |
| SCJM. Dres.: Palermo. Adaro. Valerio. (Disidencia)..... | 1152 |
| Fallo | 1153 |
| 1.- La sentencia recurrida..... | 1153 |
| 2.- El recurso de casación..... | 1154 |
| 3.- La vista de la Asesora de Menores..... | 1155 |
| 4.- Dictamen del señor Procurador General | 1156 |
| 5.- La solución del caso | 1157 |
| SENTENCIA: | 1179 |
| 37- CORRADI y ot. 25-09-20. | 1180 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200925_FcCSN.pdf | 1180 |
| Lex: Art. 119 1°, 2° 3° párrafo en función del 119 4° párrafo inc. b y f, 125 1° y 3° párrafo, 42, 45 y 55 del del CP..... | 1180 |
| Vox: VG. NNA. A.S.I.. Abuso sexual. Acceso carnal. Corrupción. Gravemente ultrajante. Encargado de la guarda. Convivencia. Ministro de culto. Inhabilitación. Máxima taxatividad legal. Revictimización. Unidad de la prueba..... | 1180 |
| Summa: | 1180 |
| SCJM. Dres.: Garay. Llorente. Dra. Orbelli..... | 1181 |
| Fallo | 1182 |
| I.- Sentencia recurrida..... | 1183 |
| II.- Recurso de casación del querellante particular..... | 1187 |
| III.- Recurso de casación de la defensa | 1188 |
| IV.- Contestación de la defensa a la vista del recurso del querellante particular | 1193 |
| V.- Dictamen del señor Procurador General..... | 1194 |
| VI.- Audiencia de informe oral | 1195 |
| VII.- La solución del caso | 1195 |
| SENTENCIA | 1222 |
| 38- DUARTE. 02-10-20. | 1223 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201002_FcDRO.pdf | 1223 |
| Lex: Art. 124 del CP. CDN. Art. 206 del CPP. | 1223 |
| Vox: VG. NNA. A.S.I.. Abuso sexual seguido de muerte. Absolución. Unidad de la prueba. Indicios anfibológicos. Nulidad. Nuevo debate..... | 1223 |
| Summa: | 1223 |

| | |
|--|------|
| SCJM. Dres.: Palermo. Valerio. Adaro. | 1223 |
| Fallo | 1224 |
| 1.- La resolución recurrida | 1224 |
| 2.- El recurso de casación del Ministerio Público Fiscal..... | 1225 |
| 3.- El dictamen del Procurador General..... | 1227 |
| 4.- La solución del caso | 1227 |
| SENTENCIA: | 1234 |
| 39- GRAIN y ot.. 19-10-20. | 1235 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201019_FcGME.pdf | 1235 |
| Lex: Art. 124 del CP. Art. 59, inc. 3°; 62, inc. 2° y 67 del CP. Art. 353 del CPP. Ley 26485. Ley 24632. Convención Belem Do Pará. Ley 25990 – modificatoria del art. 67 del CP–..... | 1235 |
| Vox: VG. Abuso sexual seguido de muerte. Acceso carnal. Actos interruptivos. Extinción de la acción penal. Prescripción. Violencia de género. Perspectiva de género | 1235 |
| Summa: | 1235 |
| SCJM. Dr. Garay. Dra. Isuani. Dra. Miquel. | 1235 |
| Fallo | 1236 |
| 1.- La sentencia recurrida..... | 1236 |
| 2.- El recurso de casación de la representante del Ministerio Público Fiscal | 1236 |
| 3.- El recurso de casación del representante de la querellante particular | 1237 |
| 4.- Vista a la defensa de los imputados Víctor E Verdugo y de A E Verdugo | 1238 |
| 5.- Dictamen del Procurador General | 1239 |
| 6.- La solución del caso | 1239 |
| SENTENCIA: | 1247 |
| 40- MEDINA. 06-11-20. | 1249 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201106_FcMLA.pdf | 1249 |
| Lex: Art. 119, 3° párrafo del CP. Art. 38 inc. b de la ley 9106. Ley 26485..... | 1249 |
| Vox: VG. Abuso sexual. Acceso carnal. Tentativa. Consumación. Determinación de la pena. Imparcialidad. Preguntas aclaratorias. Violencia de género. Amplitud probatoria. | 1249 |
| Summa: | 1249 |
| SCJM. Dres.: Adaro. Palermo. Valerio. | 1250 |
| Fallo | 1251 |
| 1.- La sentencia recurrida..... | 1251 |
| 2.- Los recursos de casación..... | 1252 |
| 3.- Dictamen del señor Procurador General | 1258 |
| 4.- La solución del caso | 1258 |

| | |
|---|------|
| SENTENCIA: | 1276 |
| 41- RIOS. 02-12-20. | 1277 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201202_FcRNR.pdf | 1277 |
| Lex: Art. 119, 3° párrafo en función con el inc. b último supuesto y f, 55 y 125, 3° párrafo, último supuesto del CP. Ley 26485. Convención Belem do Pará. | 1277 |
| Vox: VG. NNA. A.S.I.. Abuso sexual. Acceso carnal. Encargado de la guarda. Convivencia. Concurso real. Promoción a la corrupción de menores agravado. Filmación. Vulnerabilidad. Derecho a la verdad. Amplitud probatoria. Violencia de género. | 1277 |
| Summa: | 1277 |
| SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo | 1278 |
| Fallo | 1279 |
| 1.- La sentencia recurrida..... | 1279 |
| 2.- Recurso de casación..... | 1280 |
| 3.- Dictamen del Procurador General | 1281 |
| 4.- La solución del caso | 1281 |
| SENTENCIA: | 1291 |
| 42- CASTRO. 04-12-20. | 1292 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201204_FcCLS.pdf | 1292 |
| Lex: Art. 119, 3° y 4° párrafo inc. f del CP. | 1292 |
| Vox: VG. NNA. A.S.I. Abuso sexual. Acceso carnal. Convivencia. | 1292 |
| Summa: | 1292 |
| SCJM. Dres.: Adaro. Palermo. Valerio | 1293 |
| Fallo | 1294 |
| 1.- Resolución recurrida | 1294 |
| 2.- Recurso de casación..... | 1294 |
| 3.- Dictamen del señor Procurador General | 1295 |
| 4.- La solución del caso | 1296 |
| SENTENCIA: | 1306 |
| 43- AMAYA. 23-12-20. | 1307 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201223_FyQcASJ.pdf | 1307 |
| Lex: Art. 119, 1°, 4° inc. b y f, 5° párrafo del CP..... | 1307 |
| Vox: Abuso sexual simple agravado. Ascendiente. Encargado de la guarda. Concurso real..... | 1307 |
| Summa: | 1307 |
| SCJM. Dres.: Adaro. Palermo. Valerio | 1307 |
| Fallo | 1308 |

| | |
|--|-------------|
| 1.- Sentencia recurrida..... | 1308 |
| 2.- Recurso de casación..... | 1308 |
| 3.- Dictamen del señor Procurador General | 1309 |
| 4.- La solución del caso | 1310 |
| SENTENCIA: | 1319 |
| CAPÍTULO IV. DELITOS CONTRA LA LIBERTAD. Amenazas. Coacciones. | 1322 |
| 1- ACOSTA y ot. 20-02-20. | 1322 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200220_Compulsa.pdf | 1322 |
| Lex: Art. 149 del CP. Art. 353 del CPP. Art. 167 del CPP. | 1322 |
| Vox: Coacciones. Nulidad de sobreseimiento. Nulidad de dictamen fiscal. Improcedencia formal. | 1322 |
| Summa: | 1322 |
| SCJM. Dr. Valerio. Dra. Isuani. Dra. Orbelli..... | 1322 |
| Fallo: | 1323 |
| I.- La resolución recurrida | 1323 |
| II.- El recurso de casación formulado..... | 1325 |
| III.- Dictamen del señor Procurador General | 1325 |
| IV.- La solución del caso | 1325 |
| SENTENCIA: | 1330 |
| 2- FERRANDO. 27-02-20. | 1331 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200227_FcFerrando.pdf | 1331 |
| Lex: Art. 183, 55, 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto, 59 inc. 3, 62, 67, 6° párrafo, inc. b) e inc. c) del CP. Art. 7.5 de la CADH. Arts. 475 y 478 inc. 3 del CPP | 1331 |
| Vox: Amenazas simples. Daño simple. Extinción de la acción penal. Prescripción. Actos interruptivos. Audiencia de acusación equivalente a requerimiento fiscal. Insubsistencia de la acción. Excesiva duración del procedimiento..... | 1331 |
| Summa: | 1331 |
| SCJM. Dres.: Palermo. Valerio. Adaro. | 1331 |
| Fallo: | 1332 |
| 1.- Sentencia recurrida..... | 1332 |
| 2.- Recurso de casación..... | 1332 |
| 3.- Dictamen del señor Procurador General | 1333 |
| 4.- La solución del caso | 1333 |
| SENTENCIA: | 1334 |
| 3- VIDELA GONZALEZ. 28-02-20 | 1491 |

| | |
|---|------|
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=287 | 1491 |
| Lex: Art. 162 del CP | 1491 |
| Vox: Hurto simple | 1491 |
| Summa: | 1491 |
| SCJM. Dres.: Valerio . Palermo.Adaro (Licencia). | 1491 |
| Fallo | 1492 |
| 1.- Sentencia recurrida..... | 1492 |
| 2.- Recurso de casación..... | 1492 |
| 3.- Dictamen del Procurador General | 1493 |
| 4.- La solución del caso | 1493 |
| SENTENCIA: | 1495 |
| 4- BARRON. 19-03-20. | 1336 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200319_FcBED.pdf | 1336 |
| Lex: Art. 149 ter, inciso primero, 12, 40 y 41 CP..... | 1336 |
| Vox: VG. Coacciones agravadas. Arma de fuego. | 1336 |
| Summa: | 1336 |
| SCJM. Dres.: Valerio . Adaro. Palermo (Licencia). | 1336 |
| Fallo: | 1337 |
| 1.- Resolución recurrida | 1337 |
| 2.- Recurso de casación..... | 1337 |
| 3.- Dictamen del señor Procurador General | 1338 |
| 4.- La solución del caso | 1338 |
| SENTENCIA: | 1339 |
| 5- CALDERON. 08-04-20. | 1340 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200408_FcCAE.pdf | 1340 |
| Lex: Art. 149 bis, 2° párrafo, art. 92 en función con el art. 89, 80 inc. 1° y 11°, arts. 54, 183, 55 y 45 del CP. Arts. 72 inc. 2° del C. P; 3 inc. k, 7 inc. f, 16 inc. d de la Ley 26.485; 2 y 19 inc. 2° del C.P.P.; 18 de la C.N.; 8 DADH; y 14 PIDCyP. Art. 7 de la Convención de Belém do Pará. Art. 2 de la CEDAW. Reglas de Brasilia..... | 1340 |
| Vox: Lesiones leves dolosas agravadas. Relación de pareja. Violencia de género. Concurso ideal. Daño simple. Concurso real. Coacciones simples. Derecho a la intimidad. Instancia de la acción. Oficiosidad. Interés público. | 1340 |
| Summa: | 1340 |
| SCJM. Dres.: Adaro . Valerio. Palermo | 1341 |
| 6- CASTRO ROJAS. 27-04-20. | 1342 |

| | |
|---|------|
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200427_FcCRL.pdf | 1342 |
| Lex: Art. 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto del CP. Ley 26485. Convención Belém do Pará. CEDAW. | 1342 |
| Vox: VG. Amenazas simples. Grupos vulnerables. Acuerdo interinstitucional. | 1342 |
| Summa: | 1342 |
| SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo | 1343 |
| Fallo: | 1344 |
| 1.- Resolución recurrida | 1344 |
| 2.- Recurso de casación..... | 1345 |
| 3.- Dictamen del señor Procurador General | 1345 |
| 4.- La solución del caso | 1346 |
| SENTENCIA: | 1354 |
| 7- CORVALAN. 04-05-20. | 1355 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200504_FcCPJ.pdf | 1355 |
| Lex: Art. 149 bis, 2° párrafo CP. Ley 26485..... | 1355 |
| Vox: VG. Coacciones simples. Calificación legal controvertida. Tipificación de la conducta. | 1355 |
| Summa: | 1355 |
| SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro. | 1355 |
| Fallo: | 1356 |
| 1.- Sentencia recurrida..... | 1356 |
| 2.- Recurso de casación..... | 1356 |
| 3.- Dictamen del señor Procurador General | 1357 |
| 4.- La solución del caso | 1358 |
| SENTENCIA: | 1362 |
| 8- BARRERA CROCCO. 18-05-20. ROBO. | 1528 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200518_FcBCC.pdf | 1528 |
| Lex: Art. 149 ter. inc. 1°, 1° supuesto, 166 inc. 2° 3° párrafo, 183 y 55 del CP..... | 1528 |
| Vox: Amenazas coactivas agravadas. Robo agravado. Arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada. Daños simples. Concurso real. | 1528 |
| Summa: | 1528 |
| SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo | 1528 |
| Fallo: | 1529 |
| 1.- Sentencia recurrida..... | 1529 |
| 2.- Recurso de casación..... | 1530 |
| 3.- Dictamen del señor Procurador General | 1530 |

| | |
|---|------|
| 4.- La solución del caso | 1530 |
| SENTENCIA: | 1533 |
| 9- RIVERO ORO. 22-05-20. | 1363 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200522_FcROM.pdf | 1363 |
| Lex: Art. 76 bis, 149 bis, 2° supuesto, 55 y 142 inc. 1° CP. Ley 26485. Directivas Procuración General n° 717/16 y 718/16. | 1363 |
| Vox: SJP. VG. Coacciones simples. Concurso real. Privación ilegítima de la libertad agravada por el modo de comisión. Consentimiento fiscal vinculante. Nulidad del auto dictado. | 1363 |
| Summa: | 1363 |
| SCJM. Dres.: Adaro. Palermo. Valerio. | 1364 |
| Fallo: | 1365 |
| 1.- Resolución recurrida | 1365 |
| 2.- Recurso de casación..... | 1365 |
| 3.- Dictamen del señor Procurador General | 1366 |
| 4.- La solución del caso | 1366 |
| SENTENCIA: | 1369 |
| 10- MANZANARES y ot. 29-05-20. | 1370 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200529_FcManzanares.pdf | 1370 |
| Lex: Art. 76 Bis del CP. Art. 26, 30, 31 del CPP. Art. 149 Bis del CP. Art. 11 de la Ley 8911. Resolución de Procuración General n° 717/16 | 1370 |
| Vox: SJP. VG. Amenazas simples. Consentimiento fiscal vinculante. Reglas de conducta. Atribuciones del fiscal. Rol del juez. Condiciones y plazo son competencia o facultad del juez. SJP como derecho del imputado. Petición personal del beneficio por el imputado. | 1370 |
| Summa: | 1370 |
| SCJM. Dres.: Palermo. Valerio (Disidencia). Adaro. | 1370 |
| Fallo: | 1371 |
| 1.- Resolución recurrida | 1371 |
| 2.- Recurso de casación..... | 1371 |
| 3.- Dictamen del señor Procurador General | 1372 |
| 4.- La solución del caso | 1373 |
| SENTENCIA: | 1377 |
| 11- FERNANDEZ G. 26-06-20. | 1378 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200626_FcFernandez.pdf | 1378 |
| Lex: Art. 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto, 149 bis 2° párrafo del CP..... | 1378 |
| Vox: Amenazas simples. Amenazas coactivas. | 1378 |

| | |
|---|------|
| Summa: | 1378 |
| SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro. | 1378 |
| Fallo: | 1379 |
| 1.- Sentencia recurrida..... | 1379 |
| 2.- Recurso de casación..... | 1380 |
| 3.- Dictamen del señor Procurador General | 1381 |
| 4.- La solución del caso | 1381 |
| SENTENCIA: | 1383 |
| 12- ALVAREZ VEGA. 06-07-20. | 1385 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200707_FcAVM.pdf | 1385 |
| Lex: Art. 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto del CP. | 1385 |
| Vox: Amenazas simples..... | 1385 |
| Summa: | 1385 |
| SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo | 1385 |
| Fallo: | 1386 |
| 1.- La resolución recurrida | 1386 |
| 2.- Recurso de casación..... | 1386 |
| 3.- Dictamen del señor Procurador General | 1387 |
| 4.- La solución del caso | 1387 |
| SENTENCIA: | 1393 |
| 13- GONZALEZ LUCERO. 22-07-20. | 1395 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200722_FcGLR.pdf | 1395 |
| Lex: Art. 149 bis, 2° párrafo del CP. Ley 26585. Convención Belem Do Pará. | 1395 |
| Vox: VG. Coacciones. | 1395 |
| Summa: | 1395 |
| SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo | 1395 |
| Fallo: | 1396 |
| 1.- Resolución recurrida | 1396 |
| 2.- Recurso de casación..... | 1396 |
| 3.- Dictamen del señor Procurador General | 1397 |
| 4.- La solución del caso | 1397 |
| SENTENCIA: | 1402 |
| 14- GARRIDO. 22-07-20. | 1403 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200722_FcGOA.pdf | 1403 |

| | |
|---|------|
| Lex: Art. 149 bis 2° párrafo, 239, 119 1° párrafo, 55 del CP | 1403 |
| Vox: Amenazas coactivas. Desobediencia. Abuso sexual simple. | 1403 |
| Summa: | 1403 |
| SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro. | 1403 |
| Fallo: | 1404 |
| 1.- Resolución recurrida | 1404 |
| 2.- Recurso de casación..... | 1404 |
| 3.- Dictamen del señor Procurador General | 1405 |
| 4.- La solución del caso | 1405 |
| SENTENCIA: | 1409 |
| 15- GOMEZ MALCOM. 22-07-20. | 1410 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200722_FcGMG.pdf | 1410 |
| Lex: Art. 149 bis 2° párrafo, 184 inc. 5 y 55 del CP | 1410 |
| Vox: Amenazas coactivas. Concurso real. Daño agravado. | 1410 |
| Summa: | 1410 |
| SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo | 1410 |
| Fallo: | 1411 |
| 1.- Resolución recurrida | 1411 |
| 2.- Recurso de casación..... | 1411 |
| 3.- Dictamen del señor Procurador General | 1412 |
| 4.- La solución del caso | 1412 |
| SENTENCIA: | 1415 |
| 16- MORALES HALAM. 02-09-20. | 1416 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200902_FcMHF.pdf | 1416 |
| Lex: Art. 149 bis 1° párrafo, 239 y 55 del CP | 1416 |
| Vox: VG. Amenazas simples. Desobediencia judicial. Concurso real..... | 1416 |
| Summa: | 1416 |
| SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro. | 1416 |
| Fallo: | 1417 |
| 1.- Resolución recurrida | 1417 |
| 2.- Recurso de casación..... | 1417 |
| 3.- Dictamen del señor Procurador General | 1418 |
| 4.- La solución del caso | 1418 |
| SENTENCIA: | 1422 |

| | |
|---|-------------------------------|
| 17- GIMENEZ HEREDIA. 10-09-20. | 1424 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200910_FcGHE.pdf ¡Error! Marcador no definido. | |
| Lex: Art. 92 en función con el 89 y 80 inc. 1° y 11, 149 bis 1° párrafo, 1° supuesto del CP. Art. 38 inc b de la ley 9106. | ¡Error! Marcador no definido. |
| Vox: VG. Lesiones dolosas agravadas. Relación de pareja. Amenazas simples. Nulidad. Determinación de la pena..... | ¡Error! Marcador no definido. |
| Summa: | ¡Error! Marcador no definido. |
| SCJM. Dres.: Adaro. Palermo. Valerio. | ¡Error! Marcador no definido. |
| 18- OLGUIN. 14-10-20. | 1426 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201014_FcOME.pdf | 1426 |
| Lex: Art. 92 en función del art. 89 y 80 inc. 1° y 11° del CP | 1426 |
| Vox: VG. Lesiones leves dolosas agravadas. Pareja. Violencia de género..... | 1426 |
| Summa: | 1426 |
| SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo | 1426 |
| 19- CARA GOMEZ. 14-10-20. | 1427 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201014_FcCara.pdf | 1427 |
| Lex: Art. 183, 149 bis 1° párrafo, 2° supuesto en función del art. 55 del CP | 1427 |
| Vox: Amenazas agravadas. Arma. Concurso real. Daño simple..... | 1427 |
| Summa: | 1427 |
| SCJM. Dres.: Adaro. Palermo. Valerio..... | 1427 |
| Fallo: | 1428 |
| 1.- La sentencia recurrida..... | 1428 |
| II.- El recurso de casación..... | 1428 |
| III.- Dictamen del señor Procurador General | 1429 |
| IV.- La solución del caso | 1429 |
| SENTENCIA: | 1431 |
| 20- GALFO RAMIREZ. 16-10-20. | 1432 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201016_FcGalfo.pdf | 1432 |
| Lex: Art. art. 67 sexto párrafo inc. c) y d) del CP..... | 1432 |
| Vox: Amenazas. Prescripción. Actos interruptivos. Audiencia de Acusación..... | 1432 |
| Summa: | 1432 |
| SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro. | 1432 |
| Fallo: | 1433 |
| 1.- Resolución recurrida | 1433 |

| | |
|---|------|
| 2.- Recurso de casación..... | 1433 |
| 3.- Dictamen del señor Procurador General | 1433 |
| 4.- La solución del caso | 1434 |
| SENTENCIA: | 1437 |
| 21- VILLEGAS VILLEGAS. 29-10-20. | 1438 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201029_FcVVA.pdf | 1438 |
| Lex: Art. 149 bis 1° párrafo 2° supuesto del CP. Art. 353 inc. 2° del CPP. | 1438 |
| Vox: Amenazas agravadas. Nulidad de pedido de audiencia. Sobreseimiento. | 1438 |
| Summa: | 1438 |
| SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo | 1438 |
| Fallo: | 1439 |
| I.- La sentencia recurrida..... | 1439 |
| II.- El recurso de casación de la representante del Ministerio Público Fiscal | 1440 |
| III.- Dictamen del señor Procurador General | 1441 |
| IV.- La solución del caso. | 1441 |
| SENTENCIA: | 1450 |
| 22- PAVEZ RODRIGUEZ. 20-11-20. | 1451 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201120_FcPRG.pdf | 1461 |
| Lex: Art. 149 bis, 2° párrafo del CP. Leyes 8.869, 8.896, 8.911, 8.928, 9.040 y 9.106. | 1461 |
| Vox: Amenazas coactivas..... | 1461 |
| Summa: | 1461 |
| SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Llorente. | 1461 |
| Fallo: | 1462 |
| I.- Resolución recurrida | 1462 |
| II.- Recurso de casación..... | 1462 |
| III.- Dictamen del señor Procurador General | 1463 |
| IV.- La solución del caso | 1463 |
| SENTENCIA: | 1469 |
| 23- PRIETO MARIN. 26-11-20. | 1470 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201126_FcPMF.pdf | 1470 |
| Lex: Art. 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto, 67, sexto párrafo, inc. b y c del CP. Art. 417 quáter del CPP. leyes 8929 y 9040..... | 1470 |
| Vox: Amenazas. Prescripción. Actos interruptivos. Capacidad interruptiva. | 1470 |
| Summa: | 1470 |
| SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo (Disidencia)..... | 1470 |

| | |
|---|------|
| Fallo: | 1471 |
| 1.- Resolución recurrida | 1471 |
| 2.- Recurso de casación..... | 1471 |
| 3.- Dictamen del señor Procurador General | 1472 |
| 4.- La solución del caso | 1472 |
| SENTENCIA: | 1476 |
| 24- MOLINA CACERES. 01-12-20. | 1478 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201201_FcMCH.pdf | 1478 |
| Lex: Art. 149 bis 2° párrafo, 55 y 89 en función con los arts. 92 y 80 incs. 1 y 11 del CP. Art. 4 de la ley 26485. | 1478 |
| Vox: VG. Amenazas coactivas. Concurso real. Lesiones leves dolosas calificadas. Relación de pareja. Violencia de género. | 1478 |
| Summa: | 1478 |
| SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo | 1478 |
| Fallo: | 1479 |
| I.- Sentencia recurrida..... | 1479 |
| II.- Recurso de casación..... | 1479 |
| III.- Dictamen del Procurador General | 1481 |
| IV.- La solución del caso | 1481 |
| SENTENCIA: | 1489 |
| CAPÍTULO V. DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD. Robos y Hurtos. | 1491 |
| 1- FUNES NABALLE. 08-04-20. | 1496 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=340 | 1496 |
| Lex: Art. 166 inc. 2°, 2° párrafo, 54 y 167 inc. 2°, 12, 40 y 41 del Cód. Penal. Art. 45, 46 del CP. ... | 1496 |
| Vox: Robo agravado. Arma de fuego apta para el disparo. Concurso ideal. Poblado y banda. Acto jurisdiccional válido. Unidad de la prueba. Coautoría. Participación. | 1496 |
| Summa: | 1496 |
| SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo. | 1496 |
| Fallo | 1497 |
| 1.- Resolución recurrida | 1497 |
| 2.- Los recursos de casación formulados | 1497 |
| 3.- Dictamen del señor Procurador General | 1498 |
| 4.- La solución del caso | 1498 |
| SENTENCIA: | 1500 |
| 2- PEREIRA SORIA. 04-05-20. | 1502 |

| | |
|---|------|
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=338 | 1502 |
| Lex: Art. 166 inc. 2°, 1° párrafo, 1° supuesto, 54, 166 inc. 2°, 3° párrafo y 12 del CP. | 1502 |
| Vox: Robo agravado. Arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada. Concurso ideal. Arma impropia. Concurso aparente de leyes. Consumación. Hecho procesal. Hecho punible. Hecho penal. | 1502 |
| Summa: | 1502 |
| SCJM. Valerio. Palermo. (Disidencia) Adaro. | 1503 |
| Fallo | 1504 |
| 1.- Sentencia recurrida..... | 1504 |
| 2.- Recurso de casación..... | 1505 |
| 3.- Dictamen del señor Procurador General..... | 1505 |
| 4.- La solución del caso | 1506 |
| SENTENCIA: | 1514 |
| 3- MOYANO MONTOYA y ot.. 04-05-20. | 1515 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=387 | 1515 |
| Lex: Art. 166, inc. 2°, 3° párrafo del CP. | 1515 |
| Vox: Robo agravado. Arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada. Momento consumativo..... | 1515 |
| Summa: | 1515 |
| SCJM. Dres.: Palermo. Valerio. Adaro. | 1515 |
| Fallo | 1516 |
| 1.- La sentencia recurrida..... | 1516 |
| 2.- El recurso de casación de la defensa de Roberto Luis Murúa Sánchez | 1516 |
| 3.- El recurso de casación de la defensa de Hugo Daniel Berrios Arce | 1517 |
| 4.- Dictamen del señor Procurador General | 1518 |
| 5.- La solución del caso | 1518 |
| SENTENCIA: | 1521 |
| 4- AMPARAN RAMIREZ. 18-05-20. | 1522 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=377 | 1522 |
| Lex: Art. 166 inc. 2°, 1° párrafo, 1° supuesto, 54 y 167 inc. 2° del CP. | 1522 |
| Vox: Robo agravado. Arma impropia. Concurso ideal. Poblado y banda. Valoración de la prueba. | 1522 |
| Summa: | 1522 |
| SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo. | 1522 |
| Fallo | 1523 |

| | |
|---|-------------|
| 1.- Sentencia recurrida..... | 1523 |
| 2.- Recurso de casación..... | 1524 |
| 3.- Dictamen del señor Procurador General | 1524 |
| 4.- La solución del caso | 1525 |
| SENTENCIA: | 1527 |
| 5- FARIAS MELLADO. 29-05-20..... | 1534 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=376 | 1534 |
| Lex: Art. 166 inc. 2°, 3° párrafo, 167 inc. 2° y 54 del CP. | 1534 |
| Vox: Robo agravado. Arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse de ningún modo por acreditada. Poblado y banda. Concurso ideal. Reconocimiento en rueda de personas. ADN. | 1534 |
| Summa: | 1534 |
| SCJM. Dres.: Palermo. Adaro. Valerio. | 1534 |
| Fallo | 1535 |
| 1.- Sentencia recurrida..... | 1535 |
| 2.- Recurso de casación..... | 1536 |
| 3.- Dictamen del señor Procurador General | 1536 |
| 4.- Audiencia de informe oral | 1537 |
| 5.- La solución del caso | 1537 |
| SENTENCIA | 1541 |
| 6- SANCHEZ ARANDA. 29-05-20..... | 1542 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=380 | 1542 |
| Lex: Art. 166 inc. 2°, 3° párrafo, 166 inc. 2°, 1° párrafo, 1° supuesto y 54 del CP. | 1542 |
| Vox: Robo agravado. Arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse de ningún modo por acreditada. Concurso ideal. Arma impropia..... | 1542 |
| Summa: | 1542 |
| SCJM. Dres.: Palermo. Valerio. Adaro. | 1542 |
| Fallo | 1543 |
| I.- La resolución recurrida | 1543 |
| II.- El recurso de casación de la defensa | 1543 |
| III.- El dictamen del señor Procurador General..... | 1544 |
| IV.- La solución del caso | 1544 |
| SENTENCIA: | 1545 |
| 7- VILLALOBOS RAMOS. 09-06-20..... | 1548 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=366 | 1548 |
| Lex: Art. 166 inc. 2°, 1° párrafo, 1° supuesto, 162 del CP..... | 1548 |

| | |
|---|------|
| Vox: Robo agravado. Arma impropia. Hurto simple. Calificación legal. Nulidad. Última palabra al imputado..... | 1548 |
| Summa: | 1548 |
| SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo. | 1548 |
| Fallo | 1549 |
| 1.- Sentencia recurrida..... | 1549 |
| 2.- Recurso de casación..... | 1549 |
| 3.- Dictamen del Fiscal Adjunto | 1551 |
| 4.- La solución del caso | 1551 |
| SENTENCIA: | 1554 |
| 8- SCALIA BALMACEDA. 01-07-20. | 1555 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=359 | 1555 |
| Lex: Art. 166 inc. 2°, 2° párrafo; 189 bis, inciso 2°, 4° párrafo; 277 inc. 1°, apartado “c” y 55 del CP. | 1555 |
| Vox: Robo agravado. Arma de fuego apta. Portación ilegal. Arma de fuego de guerra. Encubrimiento. Concurso real. Acto jurisdiccional válido. Acta de procedimiento. Firma de testigo de actuación. Nulidad relativa..... | 1555 |
| Summa: | 1555 |
| SCJM. Dres.: Adaro. Palermo. Valerio. | 1555 |
| Fallo | 1556 |
| 1.- Sentencia recurrida..... | 1556 |
| 2.- Recurso de casación..... | 1557 |
| 3.- Dictamen del Procurador General | 1558 |
| 4.- La solución del caso | 1558 |
| SENTENCIA: | 1561 |
| 9- OROPEL NUÑEZ. 01-07-20. | 1562 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=363 | 1562 |
| Lex: Art. 167, inc. 2° CP. Art. 76 Bis y 76 Ter CP. Art. 26 y 30 CPP | 1562 |
| Vox: Poblado y banda. SJP. JAI..... | 1562 |
| Summa: | 1562 |
| SCJM. Dres.: Palermo. Adaro. Valerio (Disidencia) Adaro. Palermo. Valerio..... | 1562 |
| Fallo | 1563 |
| 1.- Sentencia recurrida..... | 1563 |
| 2.- Recurso de casación..... | 1563 |
| 3.- Dictamen del señor Procurador General | 1564 |

| | |
|--|------|
| 4.- La solución del caso | 1564 |
| SENTENCIA: | 1572 |
| 10- OVIEDO SALAS. 02-07-20. | 1574 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=361 | 1574 |
| Lex: Art. 166 inc. 2°, 1° párrafo, 1° supuesto, 166 inc. 2°, 3° párrafo, 167 inc. 2° y 54 del CP. | 1574 |
| Vox: Robo agravado. Arma impropia. Arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudo de ningún modo tenerse por acreditada. Poblado y banda. Concurso ideal. | 1574 |
| Summa: | 1574 |
| SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo. | 1574 |
| Fallo | 1575 |
| 1.- Resolución recurrida | 1575 |
| 2.- Recurso de casación..... | 1575 |
| 3.- Dictamen del señor Procurador General | 1576 |
| 4.- La solución del caso | 1576 |
| SENTENCIA: | 1577 |
| 11- QUIROGA PERRELLI. 03-07-20 | 1578 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=388 | 1578 |
| Lex: Art. 166, inc. 2°, 3° párrafo, 1° supuesto, 54 y 166, inc. 2°, 1° párrafo, 1° supuesto del CP. ... | 1578 |
| Vox: Robo agravado. Arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudo de ningún modo tenerse por acreditada. Concurso ideal. Arma impropia. Reconocimiento negativo en rueda. | 1578 |
| Summa: | 1578 |
| SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo. | 1578 |
| Fallo | 1579 |
| 1.- La sentencia recurrida..... | 1579 |
| 2.- El recurso de casación de la defensa de José Luis Quiroga Perrelli | 1580 |
| 3.- Dictamen del señor Procurador General | 1580 |
| 4.- La solución del caso | 1580 |
| SENTENCIA: | 1583 |
| 12- JARA ZAMORA. 17-07-20 | 1584 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=381 | 1584 |
| Lex: Art. 167 inc. 4° en función con el art. 163 inc. 4° del CP. | 1584 |
| Vox: Robo agravado. Escalamiento. Sana crítica. Calificación legal. Monto de la pena..... | 1584 |
| Summa: | 1584 |
| SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro. | 1584 |
| Fallo | 1585 |

| | |
|--|------|
| 1.- La resolución recurrida | 1585 |
| 2.- Recurso de casación..... | 1586 |
| 3.- Dictamen del señor Procurador General | 1586 |
| 4.- La solución del caso | 1587 |
| SENTENCIA: | 1595 |
| 13- CUELLO LEDESMA. 17-07-20. | 1596 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200717_FcCuello.pdf | 1596 |
| Lex: Art. 166 inc. 2°, 1° párrafo, 1° supuesto del CP. Art. 164 del CP. Art. 2 del CPP. Art. 38 de la Ley 9106. | 1596 |
| Vox: Robo agravado. Arma impropia. Duda. Robo simple. Principio de inmediación. Credibilidad del testimonio de la víctima. Unidad de la prueba. Valoración de la prueba. Juicio de cesura. | 1596 |
| Summa: | 1596 |
| SCJM. Dres.: Adaro. Palermo. Valerio (Disidencia). | 1597 |
| Fallo | 1598 |
| 1.- Sentencia recurrida..... | 1598 |
| 2.- Recurso de casación..... | 1598 |
| 3.- Dictamen del señor Procurador General | 1599 |
| 4.- La solución del caso | 1600 |
| SENTENCIA | 1609 |
| 14- GARCIA SALOMON. 23-07-20. | 1610 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=368 | 1610 |
| Lex: Art. 166 inc. 2°, 1° párrafo, 1° supuesto del CP. | 1610 |
| Vox: Robo agravado. Arma impropia. Valoración de la prueba. | 1610 |
| Summa: | 1610 |
| SCJM. Dres. Adaro. Valerio. Palermo. | 1610 |
| Fallo: | 1611 |
| 1.- Sentencia recurrida..... | 1611 |
| 2.- Recurso de casación..... | 1612 |
| 3.- Audiencia de informe oral | 1612 |
| 3.- Dictamen del señor Procurador General | 1612 |
| 4.- La solución del caso | 1613 |
| SENTENCIA: | 1615 |
| 15- TANSILLO LEIVA. 24-07-20. | 1616 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=319 | 1616 |
| Lex: Art. 166 inc. 2°, 1° párrafo, 1° primer supuesto del CP. | 1616 |

| | |
|---|------|
| Vox: Robo agravado. Arma impropia. Participación. Valoración de la prueba. | 1616 |
| Summa: | 1616 |
| SCJM. Dres.: Adaro. Palermo. Valerio. | 1616 |
| Fallo | 1617 |
| 1.- Sentencia recurrida..... | 1617 |
| 2.- Recurso de casación..... | 1617 |
| 3.- Dictamen del Procurador General | 1618 |
| 4.- Informe de audiencia oral..... | 1618 |
| 5.- La solución del caso | 1618 |
| SENTENCIA: | 1621 |
| 16- DIAZ CASTRO. 24-07-20 | 1622 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=334 | 1622 |
| Lex: Art. 166 inc. 2°, 3° párrafo, 1° supuesto y 42 del CP. | 1622 |
| Vox: Robo agravado. Arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse de ningún modo por acreditada. Tentativa..... | 1622 |
| Summa: | 1622 |
| SCJM. Valerio. Adaro. Palermo..... | 1622 |
| Fallo | 1623 |
| 1.- La resolución recurrida | 1623 |
| 2.- Recurso de casación..... | 1624 |
| 3.- Dictamen del señor Procurador General | 1624 |
| 4.- La solución del caso | 1625 |
| SENTENCIA: | 1628 |
| 17- MARTINEZ REVECO. 29-07-20. | 1629 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=298 | 1629 |
| Lex: Art. 166 del CP. Art. 58 del CP. | 1629 |
| Vox: Robo agravado. Arma impropia. Tentativa. Robo simple. Unificación de condena. Sistema aritmético. Sistema composicional..... | 1629 |
| Summa: | 1629 |
| SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo (Licencia). | 1629 |
| Fallo | 1630 |
| I.- La resolución recurrida | 1630 |
| II.- El recurso de casación de la defensa | 1631 |
| III.- El dictamen del Procurador General..... | 1631 |
| IV.- La solución del caso | 1632 |

| | |
|--|------|
| SENTENCIA: | 1634 |
| 18- GUTIERREZ FARFAN. 29-07-20. | 1635 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=378 | 1635 |
| Lex: Art. 166 inc. 2°, 3° párrafo, 167 inc. 4° en función del art. 163 inc. 6°, 54, 55, 89, 80 inc. 8° del CP. | 1635 |
| Vox: Robo agravado. Arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada. Poblado y banda. Vehículo dejado en la vía pública. Concurso ideal. Concurso real. Lesiones leves dolosas. Sujeto pasivo. Acto jurisdiccional válido..... | 1635 |
| Summa: | 1635 |
| SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo (Licencia). | 1635 |
| Fallo | 1636 |
| 1.- La resolución recurrida | 1636 |
| 2.- Recurso de casación..... | 1638 |
| 3.- Dictamen del señor Fiscal | 1640 |
| 4.- La solución del caso | 1640 |
| SENTENCIA: | 1648 |
| 19- JAIME MOYANO. 30-07-20. | 1650 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=374 | 1650 |
| Lex: Art. 166 inc. 2°, 1° párrafo, 1° supuesto del CP. Art. 400, 409, 474, 486 del CPP. | 1650 |
| Vox: Robo agravado. Arma impropia. Incorporación de testimoniales. Valoración del testimonio. Nulidad del debate. Nuevo juicio..... | 1650 |
| Summa: | 1650 |
| SCJM. Dres.: Palermo. Adaro. Valerio (Disidencia). | 1650 |
| Fallo | 1651 |
| 1.- La sentencia recurrida..... | 1651 |
| 2.- El recurso de casación de la defensa de Alan David Jaime Moyano..... | 1651 |
| 3.- Dictamen del señor Procurador General | 1653 |
| 4.- La solución del caso | 1653 |
| SENTENCIA: | 1659 |
| 20- MORON ESCUDERO. 13-08-20. | 1660 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=398 | 1660 |
| Lex: Art. 167 inc. 2°, 42, 55 y 239, 50, 14, 41 del CP. Art. 359, 418, 474, 489 del CPP. | 1660 |
| Vox: Robo agravado. Poblado y banda. Tentativa. Concurso real. Resistencia a la autoridad. Reincidencia. JAI cuestionado. Casación. Inconstitucionalidad..... | 1660 |
| Summa: | 1660 |

| | |
|--|------|
| SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo. | 1660 |
| Fallo | 1661 |
| 1.- Resolución recurrida | 1661 |
| 2.- Recurso de casación e inconstitucionalidad | 1662 |
| 3.- Dictamen del señor Procurador General | 1662 |
| 4.- La solución del caso | 1663 |
| SENTENCIA: | 1665 |
| 21- SALINAS GIL. 20-08-20. | 1666 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=418 | 1666 |
| Lex: Art. 166 inc. 2°, 1° párrafo, 1° supuesto, 166 inc. 2°, 3° párrafo, 1° supuesto, 167 inc. 2° y 54 del CP. | 1666 |
| Vox: Robo agravado. Arma impropia. Arma blanca. Arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada. Poblado y banda. Concurso ideal. Valoración de la prueba. Calificación legal..... | 1666 |
| Summa: | 1666 |
| SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo. | 1666 |
| Fallo | 1667 |
| 1.- Sentencia recurrida..... | 1667 |
| 2.- Recurso de casación..... | 1668 |
| 3.- Dictamen del señor Procurador General | 1670 |
| 4.- La solución del caso | 1671 |
| SENTENCIA: | 1674 |
| 22- RAMOS AGÜERO. 27-08-20. | 1675 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=425 | 1675 |
| Lex: Art. 26, 166 inc. 2°, 3° párrafo, 54, 167 inc. 2° del CP. | 1675 |
| Vox: Robo agravado. Arma de fuego no habida. Concurso ideal. Poblado y banda. | 1675 |
| Summa: | 1675 |
| SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro. | 1675 |
| Fallo | 1676 |
| 1.- Resolución recurrida | 1676 |
| 2.- Recurso de casación..... | 1676 |
| 3.- Dictamen del señor Procurador General | 1677 |
| 4.- La solución del caso | 1677 |
| SENTENCIA: | 1678 |
| 23- PUEBLA. 02-10-20. | 1679 |

| | |
|--|------|
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201002_FcPuebla.pdf | 1679 |
| Lex: Art. 166 inc. 2°, 1° párrafo, 1° supuesto, 42 del CP. | 1679 |
| Vox: Robo agravado. Arma impropia. Tentativa. Unificación de pena..... | 1679 |
| Summa: | 1679 |
| SCJM. Dres.: Adaro . Palermo. Valerio..... | 1679 |
| Fallo: | 1680 |
| 1.- La sentencia recurrida..... | 1680 |
| II.- El recurso de casación del defensor | 1680 |
| III.- Dictamen del señor Procurador General | 1681 |
| IV.- La solución del caso | 1681 |
| SENTENCIA: | 1684 |
| 24- GUERRA. 07-10-20 | 1685 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=426 | 1685 |
| Lex: Art. 166 inc. 2°, 3° párrafo, 50 del CP. | 1685 |
| Vox: Robo agravado. Arma cuya aptitud para el disparo no puede tenerse de ningún modo por acreditada. Reincidencia. Acto jurisdiccional válido. Unidad de la prueba. | 1685 |
| Summa: | 1685 |
| SCJM. Dres.: Valerio . Adaro. Palermo. | 1685 |
| Fallo | 1686 |
| 1.- Resolución recurrida | 1686 |
| 2.- Recurso de casación..... | 1686 |
| 3.- Dictamen del señor Procurador General | 1687 |
| 4.- La solución del caso | 1687 |
| SENTENCIA: | 1689 |
| 25- CASTILLO LUCAS. 14-10-20 | 1690 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=402 | 1690 |
| Lex: Art. 166 inc. 1° del CP. | 1690 |
| Vox: Robo agravado. Lesiones graves..... | 1690 |
| Summa: | 1690 |
| SCJM. Dres.: Valerio . Palermo. Adaro. | 1690 |
| Fallo | 1691 |
| 1.- La resolución recurrida | 1691 |
| 2.- Recurso de casación..... | 1692 |
| 3.- Dictamen del señor Procurador General | 1693 |
| 4.- La solución del caso | 1693 |

| | |
|--|------|
| SENTENCIA: | 1699 |
| 26- MONTERO ARCO. 14-10-20 | 1700 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=427 | 1700 |
| Lex: Art. 166 inc. 2°, 1° párrafo, 1° supuesto, 167 inc. 2°, 54, 55, 166 inc. 2°, 2° párrafo, 45 y 12 del CP. | 1700 |
| Vox: Robo agravado. Arma impropia. Poblado y banda. Arma de fuego. Autoría. Valoración de la prueba. Contenido de lo declarado. | 1700 |
| Summa: | 1700 |
| SCJM. Dres.: Palermo . Valerio. Adaro..... | 1700 |
| Fallo: | 1701 |
| 1.- Sentencia recurrida..... | 1701 |
| 2.- Recurso de casación..... | 1702 |
| 3.- Dictamen del señor Procurador General..... | 1703 |
| 4.- La solución del caso | 1703 |
| SENTENCIA: | 1706 |
| 27- GIMENEZ CHANDIA. 23-10-20 | 1707 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=430 | 1707 |
| Lex: Art. 45, 166 inc. 2°, 3° párrafo del CP. | 1707 |
| Vox: Robo agravado. Arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada. Valoración de la prueba. Monto de la pena. Reconocimiento negativo del acusado. Acto jurisdiccional válido. Unidad de la prueba. | 1707 |
| Summa: | 1707 |
| SCJM. Dres.: Adaro . Valerio. Palermo. | 1707 |
| Fallo | 1708 |
| 1.- Sentencia recurrida..... | 1708 |
| 2.- Recurso de casación..... | 1708 |
| 3.- Dictamen del Procurador General subrogante..... | 1709 |
| 4.- La solución del caso | 1710 |
| SENTENCIA | 1714 |
| 28- VILLEGAS LOPEZ. 29-10-20 | 1715 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=424 | 1715 |
| Lex: Art. 167 inc. 4 en función del art. 163 inc. 6, 42, 15, 58, 50 del CP. Art. 359, 418 del CPP..... | 1715 |
| Vox: Robo agravado. Vehículo dejado en la vía pública. Tentativa. Revocación de libertad condicional. Unificación de pena. Reincidencia. Calificación legal. JAI cuestionado. | 1715 |
| Summa: | 1715 |

| | |
|---|------|
| SCJM. Dres.: Adaro. Palermo. Valerio. | 1715 |
| Fallo | 1716 |
| 1.- Sentencia recurrida..... | 1716 |
| 2.- Recurso de casación..... | 1716 |
| 3.- Dictamen del señor Procurador General | 1717 |
| 4.- La solución del caso | 1717 |
| SENTENCIA: | 1719 |
| 29- QUINTERO CASTRO. 04-11-20 | 1720 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=470 | 1720 |
| Lex: Art. 164, 42, 17, 58, 50 del CP. Art. 295 inc. 2° y 3° del CPP. | 1720 |
| Vox: Robo simple. Tentativa. Cese de prisión preventiva. Cumplió la pena no unificada. Revocación de libertad condicional. Unificación de pena. Reincidencia. | 1720 |
| Summa: | 1720 |
| SCJM. Dres.: Palermo. Adaro. Valerio. | 1720 |
| Fallo: | 1721 |
| 1.- Sentencia recurrida..... | 1721 |
| 2.- Recurso de casación..... | 1721 |
| 3.- Dictamen del Procurador General subrogante..... | 1722 |
| 4.- La solución del caso | 1722 |
| SENTENCIA: | 1726 |
| 30- TABOADA. 04-11-20 | 1727 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201104_FcTaboada.pdf | 1727 |
| Lex: Art. 162 del CP | 1727 |
| Vox: Hurto simple. Valoración de la prueba..... | 1727 |
| Summa: | 1727 |
| SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo. | 1727 |
| Fallo | 1728 |
| I.- Sentencia Recurrida | 1728 |
| II.- Recurso de casación..... | 1728 |
| III.- Dictamen del señor Procurador General | 1729 |
| IV.- La solución del caso | 1730 |
| SENTENCIA: | 1733 |
| 31- CORREA. 06-11-20 | 1734 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=457 | 1734 |

| | |
|---|------|
| Lex: Art. 166 inc. 2°, 1° párrafo, 1° supuesto, 166 inc. 2°, 3° párrafo, 45, 42, 50 del CP. Art. 150, 207 del CPP. | 1734 |
| Vox: Robo agravado. Arma impropia. Arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada. Tentativa. Reincidencia. Acta de procedimiento. Firma de testigo de actuación. Exclusión probatoria. | 1734 |
| Summa: | 1734 |
| SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo. | 1734 |
| Fallo | 1735 |
| 1.- Sentencia recurrida..... | 1735 |
| 2.- Recurso de casación..... | 1736 |
| 3.- Dictamen del señor Procurador General | 1737 |
| 4.- La solución del caso | 1737 |
| SENTENCIA: | 1741 |
| 32- AGUILERA. 02-12-20 | 1742 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201202_FcAguilera.pdf | 1742 |
| Lex: Art. 166 inc. 2°, 2° párrafo del CP..... | 1742 |
| Vox: Robo agravado. Arma de fuego apta..... | 1742 |
| Summa: | 1742 |
| SCJM. Dres.: Adaro. Palermo. Valerio | 1742 |
| Fallo | 1743 |
| I.- Sentencia recurrida..... | 1743 |
| II.- Recurso de casación..... | 1743 |
| III.- Dictamen del señor Procurador General | 1745 |
| IV.- La solución del caso | 1745 |
| SENTENCIA: | 1749 |
| 33- MOYANO GONZALEZ. 04-12-20 | 1750 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=462 | 1750 |
| Lex: Art. 166 inc. 2°, 2° párrafo del CP..... | 1750 |
| Vox: Robo agravado. Arma de fuego apta..... | 1750 |
| Summa: | 1750 |
| SCJM. Dres.: Adaro. Palermo. Valerio | 1750 |
| Fallo | 1751 |
| I.- Sentencia recurrida..... | 1751 |
| II.- Recurso de casación..... | 1752 |
| III.- Dictamen del señor Procurador General | 1752 |

| | |
|--|------|
| IV.- La solución del caso | 1752 |
| SENTENCIA: | 1756 |
| 34- DOLCEMASCOLO. 04-12-20 | 1757 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=468 | 1757 |
| Lex: Art. 167 inc. 3° del CP. | 1757 |
| Vox: Robo agravado. Efracción. Valoración de la prueba. Credibilidad del testimonio de la víctima. Testigo único..... | 1757 |
| Summa: | 1757 |
| SCJM. Dres.: Palermo. Valerio. Adaro. | 1757 |
| Fallo | 1758 |
| 1.- Sentencia recurrida..... | 1758 |
| 2.- Recurso de casación..... | 1759 |
| 3.- Dictamen del señor Procurador General | 1759 |
| 4.- Audiencia de informe oral | 1760 |
| 5.- La solución del caso | 1760 |
| SENTENCIA: | 1762 |
| 35- RINCON CADIZ. 18-12-20 | 1763 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=467 | 1763 |
| Lex: Art. 166 inc. 2°, 1° párrafo, 1° supuesto, 166 inc. 1°, 167 inc. 2° y 54 del CP..... | 1763 |
| Vox: Robo agravado. Arma impropia. Lesiones graves. Poblado y banda. Concurso ideal..... | 1763 |
| Summa: | 1763 |
| SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo. | 1763 |
| Fallo | 1764 |
| 1.- Sentencia recurrida..... | 1764 |
| 2.- Recurso de casación..... | 1765 |
| 3.- Dictamen del señor Procurador General | 1766 |
| 4.- Solución del caso..... | 1766 |
| SENTENCIA: | 1769 |
| 36- CABRERA SALINAS. 29-12-20 | 1770 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=472 | 1770 |
| Lex: Art. 166 del CP. Art. 58 del CP. Art. 511 y concordantes del CPP..... | 1770 |
| Vox: Robo agravado. Observación cómputo de pena. Unidad de trato punitivo. Unidad de reacción penal. Cómputo de plazos en procesos paralelos en caso de sobreseimiento o absolución. | 1770 |
| Summa: | 1770 |
| SCJM. Dres.: Palermo. Adaro. Valerio (Disidencia parcial)..... | 1771 |

| | |
|--|------|
| Fallo | 1772 |
| 1.- La resolución recurrida | 1772 |
| 2.- El recurso de casación de la defensa de Neri Cabrera Salinas..... | 1772 |
| 3.- Dictamen del señor Fiscal Adjunto. | 1773 |
| 4.- La solución del caso | 1774 |
| SENTENCIA: | 1778 |
| CAPÍTULO VI. DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD. Estafa. Fraude. Usurpación. Daño. | 1780 |
| 1- BAEZ RIOS. 18-05-20. | 1780 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=299 | 1780 |
| Lex: Art. 181 inc. 1° del CP | 1780 |
| Vox: Usurpación. Medios comisivos: violencia, amenazas. Derecho de defensa. Posesión. | 1780 |
| Summa: | 1780 |
| SCJM. Dres.: Palermo. Valerio. Adaro. | 1781 |
| Fallo: | 1782 |
| 1.- Sentencia recurrida..... | 1782 |
| 2.- Recurso de casación..... | 1782 |
| 3.- Dictamen del señor Procurador General | 1783 |
| 4.- La solución del caso | 1784 |
| SENTENCIA: | 1787 |
| 2- SALGADO. 12-06-20. | 1788 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200612_FcSalgado.pdf | 1788 |
| Lex: Art. 266, 268, 173 inc. 7 en función con el art. 174 inc. 5 y último párrafo, 239, 260, 55, 42, 45, 26 del CP. | 1788 |
| Vox: Concusión. Administración infiel. Tentativa. Desobediencia. Malversación de caudales públicos. Inhabilitación absoluta y perpetua. Autoría. Participación primaria. Delito imposible. | 1788 |
| Summa: | 1788 |
| SCJM. Dr. Valerio. Dra. Orbelli. Dra. Isuani..... | 1789 |
| Fallo: | 1790 |
| 1.- Resolución recurrida | 1790 |
| 2.- Recursos de casación | 1792 |
| 3.- Dictamen del señor Procurador General | 1795 |
| 4.- La solución del caso | 1796 |
| SENTENCIA: | 1805 |
| 3- ARSUZA VILLEGAS. 14-10-20. | 1807 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201014_FcAVC.pdf | 1807 |

| | |
|--|------|
| Lex: Art. 174, inc. 5°, 296, 54 y 45, 59, incs. 5 y 6 del CP. Art. 353, 354 del CPP..... | 1807 |
| Vox: Defraudación contra la administración pública. Solución del conflicto. Extinción de la acción penal. Reparación integral. Nulidad del debate. | 1807 |
| Summa: | 1807 |
| SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo | 1808 |
| Fallo: | 1809 |
| I.- Sentencia recurrida..... | 1809 |
| II.- Los recursos de casación del representante del Ministerio Público Fiscal y de la parte querellante | 1810 |
| III.- Dictamen del señor Procurador General | 1810 |
| IV.- La solución del caso | 1811 |
| SENTENCIA: | 1815 |
| CAPÍTULO VII. DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PÚBLICA. Desobediencia. Violación de sellos y documentos. Peculado. | 1817 |
| 1- BESA. 18-05-20. | 1817 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200518_FyQcBesa.pdf | 1817 |
| Lex: Art. 255 del CP. | 1817 |
| Vox: Sustracción de medios de prueba. Nulidad del debate. Nuevo juicio..... | 1817 |
| Summa: | 1817 |
| SCJM. Dres.: Palermo. Valerio. Adaro. | 1817 |
| Fallo: | 1818 |
| I.- Resolución recurrida | 1818 |
| II.- Recurso de casación..... | 1819 |
| III.- Dictamen del señor Procurador General | 1821 |
| IV.- La solución del caso | 1821 |
| SENTENCIA: | 1823 |
| 2- FRIAS ROBLEDO. 08-06-20. | 1825 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200608_FcFrias.pdf | 1825 |
| Lex: Art. 239 del CP. Art. 4 de la ley 26465..... | 1825 |
| Vox: VG. Desobediencia a la autoridad. Error de prohibición. | 1825 |
| Summa: | 1825 |
| SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo (Licencia). | 1825 |
| Fallo: | 1826 |
| I.- Sentencia recurrida..... | 1826 |
| II.- Recurso de casación..... | 1826 |

| | |
|---|------|
| III.- Dictamen del señor Procurador General | 1826 |
| IV.- La solución del caso | 1827 |
| SENTENCIA: | 1829 |
| 3- FACCA. 29-09-20. | 1830 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200929_FcFacca.pdf | 1830 |
| Lex: Art. 239 del CP. Art. 1 Ley 24270..... | 1830 |
| Vox: Desobediencia. Impedimento de contacto de sus hijos menores con su padre no conviviente, agravado por la edad de los menores. Concurso aparente. | 1830 |
| Summa: | 1830 |
| SCJM. Dres.: Palermo. Adaro. Valerio. | 1830 |
| Fallo: | 1831 |
| 1.- La sentencia recurrida..... | 1831 |
| II.- El recurso de casación..... | 1831 |
| III.- Vista a la defensa de la imputada | 1833 |
| IV.- Dictamen del señor Procurador General | 1833 |
| SENTENCIA: | 1835 |
| 4- LUCERO. 14-10-20. | 1837 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201014_FcLucero.pdf | 1837 |
| Lex: Art. 266 del CP. | 1837 |
| Vox: Exacciones..... | 1837 |
| Summa: | 1837 |
| SCJM. Dres.: Palermo. Valerio. Adaro. | 1837 |
| Fallo: | 1838 |
| 1.- La sentencia recurrida..... | 1838 |
| 2.- El recurso de casación de la defensa de Cristian César Lucero Tapia..... | 1839 |
| 3.- Dictamen del señor Procurador General | 1839 |
| 4.- La solución del caso | 1839 |
| SENTENCIA: | 1841 |
| 5- VARA MOYANO. 03-11-20. | 1451 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201103_FcJRV.pdf | 1451 |
| Lex: Art. 239 del CP. | 1451 |
| Vox: Desobediencia. | 1451 |
| Summa: | 1451 |
| SCJM. Dres.: Palermo. Adaro. Valerio. | 1451 |
| Fallo: | 1452 |

| | |
|---|-------------|
| I.- Sentencia recurrida..... | 1452 |
| II.- Recurso de casación..... | 1452 |
| III.- Dictamen del Procurador General | 1453 |
| IV.- La solución del caso | 1453 |
| SENTENCIA: | 1459 |
| 6- AGÜERO AGUILAR. 15-12-20..... | 1842 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201215_FcAAR.pdf | 1842 |
| Lex: Art. 189 bis, inc. 2°, 1° párrafo del CP | 1842 |
| Vox: Desobediencia. | 1842 |
| Summa: | 1842 |
| SCJM. Dres.: Palermo. Adaro. Valerio. | 1842 |
| Fallo: | 1843 |
| 1.- Sentencia recurrida..... | 1843 |
| 2.- Recurso de casación..... | 1843 |
| 3.- Dictamen del señor Procurador General | 1844 |
| 4.- La solución del caso | 1845 |
| SENTENCIA: | 1847 |
| 7- LEPEZ. 28-12-20. | 1848 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201228_FcLepez.pdf | 1848 |
| Lex: Art. 261 del CP. | 1848 |
| Vox: Peculado. Acto jurisdiccional válido. | 1848 |
| Summa: | 1848 |
| SCJM. Dra. Day. Dr. Gómez. Dr. Llorente..... | 1848 |
| Fallo: | 1849 |
| 1.- Resolución recurrida | 1849 |
| 2.- Recurso de Casación | 1849 |
| 3.- Dictamen del señor Procurador General | 1850 |
| 4.- La solución del caso | 1850 |
| SENTENCIA: | 1853 |
| CAPÍTULO VIII. DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD PÚBLICA. Tenencia. Portación. | 1855 |
| 1- MOYANO. 07-02-20..... | 1855 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200207_FcMoyano.pdf | 1855 |
| Lex: Art. 189 bis, inc. 2°, 1° párrafo del CP. | 1855 |
| Vox: Tenencia ilegal. Arma de fuego civil. Aspecto subjetivo del tipo. | 1855 |

| | |
|---|------|
| Summa: | 1855 |
| SCJM. Dres.: Palermo. Adaro. Valerio. | 1855 |
| Fallo: | 1856 |
| I.- La resolución recurrida | 1856 |
| II.- El recurso de casación de la defensa | 1856 |
| III.- El dictamen del señor Procurador General..... | 1857 |
| IV.- La solución del caso | 1857 |
| SENTENCIA: | 1859 |
| 2- MUÑOZ CONTARDI. 03-03-20 | 1860 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200303_FcMCG.pdf | 1860 |
| Lex: Art. 189 bis, 2° apartado, 4° párrafo y 50 del CP..... | 1860 |
| Vox: Portación. Arma de fuego de guerra. Ausencia de rastros papiloscópicos. Valoración de la prueba..... | 1860 |
| Summa: | 1860 |
| SCJM. Dres.: Adaro. Palermo. Valerio..... | 1860 |
| Fallo: | 1861 |
| 1.- La sentencia recurrida..... | 1861 |
| 2.- El recurso de casación de la defensa de M. C..... | 1861 |
| 3.- Dictamen del Procurador General | 1862 |
| 4.- La solución del caso | 1862 |
| SENTENCIA: | 1864 |
| 3- CARREÑO. 08-06-20 | 1865 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200608_FcCarre%C3%B1o.pdf | 1865 |
| Lex: Art. 189 bis inc. 2°, 5° párrafo del CP. Art. 150, 198, 439 bis del CPP. | 1865 |
| Vox: Portación ilegal. Arma de fuego de guerra. Modalidad atenuada. Acta de procedimiento. Testigo de actuación. Aspecto formal y sustancial del acta de procedimiento. Nulidad absoluta. Interpretación restrictiva. Procedimiento de Flagrancia. Nulidad de la sentencia. | 1865 |
| Summa: | 1865 |
| SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo. (Licencia). | 1865 |
| Fallo: | 1866 |
| 1.- Resolución recurrida | 1866 |
| 2.- Recurso de casación..... | 1866 |
| 3.- Dictamen del señor Procurador..... | 1867 |
| 4.- La solución del caso | 1867 |
| SENTENCIA: | 1868 |

| | |
|--|-------------|
| 4- DIAZ VILLEGAS. 17-07-20..... | 1870 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200717_FcDiaz.pdf | 1870 |
| Lex: Art. 189 bis inc. 2°, 4° párrafo del CP. Art. 150, 198 del CPP..... | 1870 |
| Vox: Portación. Arma de fuego de guerra. Acta de procedimiento. Nulidad. Testigo de actuación. Ausencia de rastros papiloscópicos. Valoración de la prueba..... | 1870 |
| Summa: | 1870 |
| SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro. | 1870 |
| Fallo: | 1871 |
| I.- Sentencia recurrida..... | 1871 |
| II.- Recurso de casación..... | 1872 |
| III.- Dictamen del señor Procurador General | 1872 |
| IV.- La solución del caso | 1873 |
| SENTENCIA: | 1876 |
| 5- LOPEZ GARNICA. 24-09-20. | 1877 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200924_FcLopez.pdf | 1877 |
| Lex: Art. 189 Bis, inc. 2°, 3° párrafo del CP | 1877 |
| Vox: Portación ilegal. Arma de fuego de uso civil. Redargución de falsedad..... | 1877 |
| Summa: | 1877 |
| SCJM. Dres.: Palermo. Valerio. Adaro. | 1877 |
| Fallo: | 1878 |
| I.- Sentencia recurrida..... | 1878 |
| II.- Recurso de casación..... | 1878 |
| III.- Dictamen del señor Procurador General | 1879 |
| IV.- La solución del caso | 1879 |
| SENTENCIA: | 1882 |
| 6- PAVEZ LÓPEZ. 29-09-20..... | 1883 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200929_FcPavez.pdf | 1883 |
| Lex: Art. 189 bis, inc. 2°, 4° párrafo del CP. | 1883 |
| Vox: Portación ilegal. Arma de fuego de guerra..... | 1883 |
| Summa: | 1883 |
| SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo. | 1883 |
| Fallo: | 1884 |
| 1.- Sentencia recurrida..... | 1884 |
| 2.- Recurso de casación..... | 1885 |
| 3.- Dictamen del señor Procurador General | 1885 |

| | |
|---|------|
| 4.- La solución del caso | 1885 |
| SENTENCIA: | 1889 |
| 7- GATICA TOLEDO. 04-11-20. | 1890 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201104_FcGatica.pdf | 1890 |
| Lex: Art. 189 bis inc. 2°, 3° párrafo del CP | 1890 |
| Vox: Portación ilegal. Arma de fuego de uso civil. Unificación..... | 1890 |
| Summa: | 1890 |
| SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo. | 1890 |
| Fallo: | 1891 |
| I.- Sentencia recurrida..... | 1891 |
| II.- Recurso de casación..... | 1891 |
| III.- Dictamen del señor Procurador General | 1892 |
| IV- La solución del caso | 1892 |
| SENTENCIA: | 1894 |
| 8- MASI. 12-11-20. | 1896 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201112_FcMasi.pdf | 1896 |
| Lex: Art. 189 Bis, inc. 2°, 6° párrafo del CP | 1896 |
| Vox: Portación ilegal. Arma de fuego de guerra. Atenuación. | 1896 |
| Summa: | 1896 |
| SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo (Disidencia). | 1896 |
| Fallo: | 1897 |
| 1.- Resolución recurrida | 1897 |
| 2.- Recurso de casación..... | 1897 |
| 3.- Dictamen del señor Procurador | 1898 |
| 4.- La solución del caso | 1898 |
| SENTENCIA: | 1903 |
| 9- LOPEZ PROS. 28-12-20. | 1904 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201228_FcLopez.pdf | 1904 |
| Lex: Art. 205 del CP | 1904 |
| Vox: Violación de medidas sanitarias. | 1904 |
| Summa: | 1904 |
| SCJM. Dres.: Palermo. Adaro. Valerio. | 1904 |
| Fallo: | 1905 |
| I.- La resolución recurrida | 1905 |

| | |
|---|------|
| II.- El recurso de casación de la defensa | 1906 |
| III.- El dictamen del señor Procurador General..... | 1907 |
| IV.- La solución del caso | 1907 |
| SENTENCIA: | 1908 |
| CAPÍTULO IX. INCUMPLIMIENTO DE DEBERES DE ASISTENCIA FAMILIAR. | 1910 |
| 1- DOMINGUEZ. 02-10-20. | 1910 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201002_FcDDF.pdf | 1910 |
| Lex: Art. 1 y 2 de la Ley 13944. Ley 27372. Art. 3 de la ley 26061. CDN. - Convención Internacional de los Derechos del Niño- y CCCN - Código Civil y Comercial de la Nación | 1910 |
| Vox: Incumplimiento de los deberes de asistencia familiar. Delito de omisión. VG. VE. NNA..... | 1910 |
| Summa: | 1910 |
| SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro. | 1911 |
| Fallo: | 1912 |
| 1.- La sentencia recurrida..... | 1912 |
| 2.- El recurso de casación de la defensa del imputado..... | 1912 |
| 3.- Dictamen del Procurador General | 1913 |
| 4.- La solución del caso | 1913 |
| SENTENCIA | 1919 |
| 2- CASADO. 29-12-20. | 1920 |
| Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=450 | 1920 |
| Lex: Art. 4 del CP. Art. 1 y 2 de la Ley 13944. Art. 5.4.c de la Ley 26485..... | 1920 |
| Vox: Incumplimiento de los deberes de asistencia familiar. Delito de omisión. VG. VE. NNA. Violencia económica..... | 1920 |
| Summa: | 1920 |
| SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro. | 1920 |
| Fallo: | 1921 |
| I.- La resolución recurrida | 1921 |
| II.- El recurso de casación de la defensa | 1922 |
| III.- El dictamen del señor Procurador General..... | 1923 |
| IV.- La solución del caso | 1924 |
| SENTENCIA: | 1930 |
| APÉNDICE NORMATIVO | 1931 |
| CODIGO PENAL DE LA NACION ARGENTINA | 1932 |
| LIBRO PRIMERO. DISPOSICIONES GENERALES | 1932 |
| LIBRO SEGUNDO. DE LOS DELITOS | 1957 |

| | |
|---|------|
| CODIGO PROCESAL PENAL DE LA PROVINCIA DE MENDOZA | 2036 |
| LIBRO PRIMERO. DISPOSICIONES GENERALES | 2036 |
| Art. 4º - Ámbito Temporal. | 2036 |
| LIBRO SEGUNDO. INVESTIGACIÓN PENAL PREPARATORIA | 2109 |
| LIBRO TERCERO. JUICIOS Y PROCEDIMIENTOS ESPECIALES..... | 2123 |
| LIBRO CUARTO. RECURSOS | 2146 |
| LIBRO QUINTO. EJECUCIÓN | 2156 |
| Ley 9106. JUICIO POR JURADOS POPULARES | 2167 |
| Ley 24417. PROTECCION CONTRA LA VIOLENCIA FAMILIAR | 2179 |
| Ley 26485. LEY DE PROTECCION INTEGRAL A LAS MUJERES. | 2181 |
| TÍTULO I. DISPOSICIONES GENERALES. Art. 1 a 6..... | 2181 |
| TÍTULO II. POLITICAS PUBLICAS. Art. 7 a 16 | 2184 |
| TÍTULO III. PROCEDIMIENTOS. Art. 16 a 40..... | 2191 |
| TÍTULO IV. DISPOSICIONES FINALES. Art. 41 a 45 | 2196 |
| Ley 27372. LEY DE DERECHOS Y GARANTÍAS DE LAS PERSONAS VÍCTIMAS DE DELITOS | 2197 |
| Capítulo I. Disposiciones generales..... | 2197 |
| Capítulo II. Principios rectores | 2197 |
| Capítulo III. Derechos de la víctima | 2198 |
| Capítulo IV. Modificaciones al Código Procesal Penal de la Nación (ley 23.984) | 2201 |
| Ley 27499. Ley Micaela | 2210 |
| CONVENCION BELEN DO PARA | 2213 |
| CAPITULO I. DEFINICION Y AMBITO DE APLICACION | 2213 |
| CAPITULO II. DERECHOS PROTEGIDOS..... | 2214 |
| CAPITULO III. DEBERES DE LOS ESTADOS..... | 2215 |
| CAPITULO IV. MECANISMOS INTERAMERICANOS DE PROTECCION..... | 2217 |
| CAPITULO V. DISPOSICIONES GENERALES | 2218 |
| CEDAW | 2221 |
| PARTE I | 2222 |
| PARTE II | 2224 |
| PARTE III | 2224 |
| PARTE IV | 2226 |
| PARTE V | 2227 |
| PARTE VI | 2229 |
| 100 REGLAS DE BRASILIA | 2231 |

| | |
|--|------|
| EXPOSICIÓN DE MOTIVOS..... | 2231 |
| CAPÍTULO I: PRELIMINAR | 2232 |
| CAPÍTULO II: EFECTIVO ACCESO A LA JUSTICIA PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS | 2235 |
| CAPÍTULO III: CELEBRACIÓN DE ACTOS JUDICIALES | 2238 |
| CAPÍTULO IV: EFICACIA DE LAS REGLAS | 2241 |
| CDN. CONVENCION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. | 2244 |
| PREAMBULO..... | 2245 |
| PARTE I. (art. 1 a 41)..... | 2246 |
| PARTE II. (Art. 42 a 45) | 2260 |
| PARTE III. (Art. 46 a 54) | 2263 |

ABREVIATURAS y SIGLAS UTILIZADAS.

A.S.I. : Abuso sexual infantil.

A: Autor.

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

AFA: Arma de fuego apta para el disparo

AFC: Arma de fuego de uso civil.

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

AI: Arma impropia.

AM: Adulto mayor.

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

ANU: Arma no apta de utilería.

Arm. Arma.

Asc.: Ascendiente.

Aut.: Automovilista.

B: Banda

CA: Concurso aparente.

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

CDN: Convención de los derechos del niño.

CE: Condena efectiva.

CI: Concurso ideal (Art. 54 del CP)

CJ: Circunscripción judicial.

CN: Constitución Nacional.

CO. Coautor/es.

Conv. Conviviente.

CP: Código Penal.

CPP: Código Procesal Penal.

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

CSJN: Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Desc.: Descendiente.

EE: Encargado de la educación.

EG: Encargado de la guarda.

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

EPI: Equipo Profesional Iterdisciplinario.

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

FS: Fuerzas de seguridad.

H: Hermano

IA: Inhabilitación absoluta.

IE: Inhabilitación especial.

Ins. Instigador.

IP: Inhabilitación perpetua.

JJ: Juicio por jurado.

JPC: Juzgado Penal Colegiado.

- M:** Mayor.
- MASNNA:** Material de abuso sexual de niñas, niños y adolescentes. (Acordada 29363).
- MESNNA:** Material de explotación sexual de niñas, niños y adolescentes. (Acordada 29363).
- MPD:** Ministerio Público de la Defensa.
- MPF:** Ministerio Público Fiscal.
- Mul.:** Multa.
- N:** Nulidad.
- NNA:** Niños, niñas y adolescentes; personas con capacidad restringida.
- P:** Prisión.
- P1°:** Partícipe primario.
- P2°:** Partícipe secundario.
- Par.:** Pareja.
- PCC:** Pena de Prisión de cumplimiento condicional o de ejecución condicional.
- PCE:** Pena de prisión de cumplimiento efectivo.
- Pl.:** Plural.
- PPP:** Pena de pena de prisión perpetua.
- R:** Reincidente.
- RCJ:** Requerimiento de citación a juicio.
- REC:** Recurso extraordinario de Casación.
- REI:** Recurso extraordinario de Inconstitucionalidad.
- REQ:** Recurso extraordinario de Queja.
- REV:** Recurso extraordinario de Revisión.
- SA:** Sujeto activo.
- SCJM:** Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza.
- SJP:** Suspensión de juicio a prueba.
- SP:** Sujeto pasivo.
- TPC:** Tribunal Penal Colegiado.
- U:** Unificación. (Art. 58 del CP)
- UC:** Unificación de condena.
- UP:** Unificación de pena.
- US:** Unificación de sentencia.
- VG:** Violencia de Género.

Capítulo I.

Delitos contra las personas.

Delitos contra la vida. Homicidios.

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

1- PETEAN POCIVI. 07-02-20. (JJ)

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

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=276>

Lex: Arts. 80 inc. 7° y 8°, 42, 54, 184 inc. 1°, 55, y 80 inc. 1° y 11°, 54, 42 del CP. Art. 32, 33 de la **Ley 9106**.

Vox: VG. Homicidio agravado. Vínculo. Condición de sujeto pasivo. Tentativa. Homicidio criminis causa. Daño agravado. Femicidio. Dolo. Juicio por Jurado. Instrucciones iniciales. Instrucciones finales. Alegato de apertura. Alegato de cierre. Veredicto de culpabilidad. Revisión integral. Doble conforme. Motivación y expresión de fundamentos.

Summa:

El **TPC** impuso al señalado, luego de la realización del **juicio por jurados populares** previsto por la ley 9.106, la pena de **prisión perpetua** como autor penalmente responsable de los delitos de homicidio agravado por la condición de sujeto pasivo en grado de tentativa, en concurso ideal con homicidio criminis causa en grado de tentativa (dos hechos) en perjuicio de F. M., P. Á. y J. H. I.; en concurso real con homicidio agravado por la condición de sujeto pasivo, en concurso ideal con homicidio criminis causa y daño agravado, hechos que se le atribuyen (arts. 80 inc. 7 y 8, 42, 54, 184 inc. 1° y 55 del Código Penal); y femicidio y homicidio agravado por el vínculo en concurso ideal en grado de tentativa (art. 80 inc. 1° y 11°, 54 y 42 del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 del CPP)

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

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 623, pronunciada por el TPC N° 1- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Juicio por Jurados. <http://www.jus.mendoza.gov.ar/Web/juicios-por-jurados/juicios-realizados>
- Quiroga Morales. 10-09-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcQML.pdf
- Barrionuevo tarragona. 03-05-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190503_FcBTD.pdf
- Farres Paluj.
- Duarte Actis. 01-11-17: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/sumfal.php?fallo=MTAwMDAwMDIzNjk=&tabla=c2M=>
- Álvarez Castillo. 25-06-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190625_FcAlvarez.pdf
- Santander, Luis Alberto: 05-03-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190503_FcSLA.pdf

b-CSJN

- Canales

<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sj/suplementos.do?method=ver&data=notas01>

<http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7519692&cache=1614788586479>

- Casal

<https://sj.csjn.gov.ar/homeSJ/notas/nota/49/documento>

c-CIDH

- V.R.P., V.P.C c/ Nicaragua. 08-03-18:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_350_esp.pdf

- Apitz Barberá vs. Venezuela. 05-08-08:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_182_esp.pdf

- Herrera Ulloa. 02-07-04:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf

d-TEDH

- Taxquet

Doctrina citada.

NINO, Carlos, *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*, Astrea, Buenos Aires, 2° ed., 1989, p. 373

GELLI, María Angélica, *La validación del juicio por jurados populares desde la democracia y el federalismo*, La Ley, 26/06/19).

FERRAJOLI, Luigi, 1995, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, p. 575.

HANS, Valerie P., 2014, ¿Cuál es la diferencia que hace un jurado?, en HANS, Valerie P., GASTIL, John, *El Juicio por Jurados. Investigaciones sobre la Deliberación, el Veredicto y la Democracia*, Buenos Aires, AdHoc, pp. 25-27.

CONTI GÓMEZ, María Eva; **TOLEDO**, Alejandro C., E., 2012, *El juicio por jurados como democratización de la administración de la justicia*, Infojus Derecho Penal, año I, n° 3, pp. 89-111.

BERCHOLC, Jorge, 2008, *El juicio por jurados y sus beneficios*, en BERCHOLC, Jorge [dir], *El Estado y la emergencia permanente*, Bs. As., Ed. Lajouane, pp. 443/444.

SCHIAVO, Nicolás, 2016, *La admisibilidad de recurrir el veredicto del jurado clásico. A propósito del fallo "Cavazos"*.

BINDER, Alberto M., **HARFUCH**, Andrés [dir.] *El juicio por jurados en la jurisprudencia nacional e internacional*, Buenos Aires, AdHoc, pp. 353-370.

ROXIN, Claus, *Derecho penal, Parte general*, tomo I, 2°, Madrid, Ed. Civitas, §§12/7 y ss.

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

Fallo:

CUIJ: 13-04804137-4/1((018601-42989)) F C/P. P., A. S. P/ HOMICIDIO CRIMINIS CAUSA P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104884111*

En Mendoza, a los siete días del mes de febrero del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04804137-4/1 caratulada “F. c/ P. P., A. S. P/ HOMICIDIO CRIMINIS CAUSA S/ CASACIÓN”.

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

A fs. 866/880 la defensa de A. S. P. P. formula recurso de casación contra la Sentencia N° 623 pronunciada por el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial, luego de la realización del juicio por jurados populares previsto por la ley 9.106, por la cual se condenó a su representado a la pena de prisión perpetua como autor penalmente responsable de los delitos de homicidio agravado por la condición de sujeto pasivo en grado de tentativa, en concurso ideal con homicidio criminis causa en grado de tentativa (dos hechos) en perjuicio de F. M., P. Á. y J. H. I.; en concurso real con homicidio agravado por la condición de sujeto pasivo, en concurso ideal con homicidio criminis causa y daño agravado, hechos que se le atribuyen en la causa n° P-42.989/18 (arts. 80 inc. 7 y 8, 42, 54, 184 inc. 1° y 55 del Código Penal); y femicidio y homicidio agravado por el vínculo en concurso ideal en grado de tentativa (art. 80 inc. 1°1 y 1, 54 y 42 del CP) que se le atribuye en la causa n° P-42.988/18 (arts. 415, 557, 558 y 560 del CPP).

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

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

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

1.- Sentencia recurrida

La decisión impugnada condenó a A. S. P. P. a la pena de prisión perpetua a raíz de que el jurado popular constituido en autos conforme a las previsiones de la ley 9.106 encontró al acusado culpable de los cuatro hechos que se le atribuían.

En este sentido, el jurado popular consideró culpable a P. P. de los cuatro hechos según la calificación que a los mismos asignó el Ministerio Público Fiscal.

Las **instrucciones finales y el alegato de cierre** del representante fiscal –v. fs. 836; registro de la audiencia de instrucciones finales, min. 31:20; y registro de la audiencia de alegatos finales– remiten en lo relativo al relato de los hechos al alegato inicial del Ministerio Público Fiscal, según el cual los sucesos en cuestión fueron descritos del modo que sigue:

a. Hecho 1:

«ocurre el mismo 25 de mayo del año pasado [2018] en el domicilio de calle Del departamento de ..., donde P. P. convivía a esa fecha con la señora C. S.. Luego de que había almorzado, cuando eran aproximadamente las tres de la tarde, en el marco de una escena de celos protagonizada por P., comienza a agredir a su mujer. Comienza a agredirla verbalmente, comienza a amenazarla anunciándole que la va a matar a ella y a las dos nenas que tenía C. S. en su vientre, con un visible embarazo de cinco meses de gestación de gemelas. Entonces toma un cuchillo, donde comienza a atacarla. Le da una primera puñalada en el codo izquierdo y le provoca una herida de 10 centímetros. Ahí es cuando continúa sistemáticamente gritándole que la iba a matar. Vuelve a arremeter en contra de la humanidad de la señora C. S.. Le provoca dos nuevos puntazos arriba de la zona del ombligo, dos nuevos puntazos de tres centímetros de profundidad. C. S., desesperada, comienza a gritar en procura de auxilio. Se arroja al piso, cubre su vientre para que justamente las puñaladas de P. no alcancen a las dos gemelas que lleva en su vientre, y ahí es cuando, ante los desesperados gritos acude en ayuda de C. S. su madre y su abuela. Esto es lo que hace que P. golpee a la madre de C. S., que empuje a la abuela, ahí pierde el cuchillo y se da a la fuga en su camioneta» –ver registros audiovisuales, archivo «p42989-18- P. P.- Alegatos de apertura», 35:30 a 37:50.–, hecho calificado como **femicidio y homicidio agravado por el vínculo en concurso ideal en grado de tentativa (art. 80 inc. 1° y 1, 54 y 42 del CP).**

b. Hecho 2:

«P. P. va por la ruta 82, hacia Cacheuta. Advierte que está siendo perseguido por personal policial. Incrementa la velocidad. Traspasa en algunos momentos más de 150 km/h, en doble línea amarilla, en contramano, realizando maniobras totalmente evasivas para no impactar al gran número de transeúntes que se encontraba en ese lugar. Llega hasta el Hotel Termas de Cacheuta, regresa y –en lo que conocemos como la “Playita de Luján”- cuando llega a la altura de la movilidad que conducían Á. y M., dos funcionarios policiales en cumplimiento de su deber, debidamente uniformados, con autos identificados de la Policía, deciden realizar la primer barricada. Esta primer barricada consiste en cruzar un auto sobre el carril que viene bajando y dejan libre el carril de contramano. Descienden del móvil, se colocan en ese carril, comienzan a hacer señas para que P. P. justamente se detenga. Ése era el objetivo de la Policía, detenerlo. P. P., una vez que ve este móvil atravesado y los dos funcionarios policiales en frente de él; hace caso totalmente omiso. Arremete con la camioneta en contramano, a más de 140 km/h, y cruza la primera barricada. En ese momento, Á. y M. se tienen que arrojar, saltan, se tiran literalmente a la banquina a fin de no ser atropellados por la camioneta de P. P. Y desde ese lugar le efectúan disparos. Pese a esto, P. P. sigue acelerando y sigue continuando con su huida» –ver registros audiovisuales, 40:00 a 42:35.–, hecho calificado como **tentativa de homicidio agravado por ser cometido en perjuicio de funcionarios policiales y para lograr su impunidad (art. 80 inc. 7° y 8° del CP).**

c. Hecho 3:

« P. P. sigue bajando a exceso de velocidad, en contramano, esquivando vehículos, hasta que llega al control de Blanco Encalada, donde está la Policía [...]. En ese lugar está I., otro funcionario de la Policía de Mendoza. I. está a bordo de una camioneta, una Hilux, debidamente identificada. Él está uniformado. Donde se encuentran los conos que están cementados –no están libres, están cementados al piso– hace lo mismo I.: pone la camioneta atravesada, ponen maderas, gomas, los conos y se queda I. ahí. Pero I. ha sido advertido de que P. P. no está dispuesto a frenar. Y lo van a escuchar en pruebas de audio, de que le advierten que se salgan de la ruta porque P. no va a frenar. Y es lo que hace. P. P. pasa con la camioneta

sobre las dos líneas amarillas, a muy alta velocidad, y también en ese lugar la Policía debió efectuarle disparos. Van a ver que también ninguno de esos disparos de la Policía estaba enderezado a ninguna otra cosa que fuera la detención de P.» –ver registros audiovisuales, 42:40 a 44:36–, hecho calificado como **tentativa de homicidio agravado por ser cometido en perjuicio de un funcionario policial y para lograr su impunidad (art. 80 inc. 7° y 8° del CP)**.

d. Hecho 4:

«en la frenética huida, el señor P. P, que no reparó en absolutamente nada y que estaba dispuesto a cualquier resultado, incluida la muerte, nuevamente continúa con su fuga. En esta oportunidad, advierte que enfrente venía subiendo una moto –también identificada– con dos funcionarios policiales. Cuando P. P maniobra, él lo único que busca es huir, lograr su impunidad, por el primer hecho que había ejecutado, arremete directamente con esa camioneta, Ford Ranger bordó ... sin más contra los dos efectivos policiales. Se cruza directamente hacia donde ellos están, los embiste, lo cual les causa la muerte inmediata por desmembramiento, en el lugar. Esto ocurre en el km 22 a no más de 300 a 500 metros ... de la segunda barricada que ha pasado a toda velocidad» –ver registros audiovisuales, 44:40 a 46:10–, hecho **calificado como homicidio agravado por la condición de sujeto pasivo en concurso ideal con homicidio criminis causa y daño agravado**.

La Sentencia N° 623, obrante a fs. 825/851 vta., da cuenta de las **instrucciones iniciales** impartidas al jurado –v. fs. 825/829–, de las instrucciones finales que se proporcionaron una vez clausurado el debate –v. fs. 829/848 vta.–, del veredicto unánime –v. fs. 849 vta.– y de la individualización de pena efectuada por el juez técnico –v. fs. 850/851 vta.–.

2.- Recurso de casación

La impugnación de la defensa se basa en los incisos 1° y 2° del art. 474 del CPP, es decir, por considerar que la decisión adolece tanto de **vicios in procedendo como in iudicando**.

a.- Respecto de la admisibilidad formal de la impugnación

A.-Respecto de la admisibilidad formal de la impugnación el recurrente afirma que el derecho del imputado a la revisión del fallo condenatorio reconocido en la CADH y el PIDCP no se ve cercenado por la circunstancia de que el veredicto de culpabilidad haya sido emitido por un jurado popular.

Cita los precedentes «Taxquet» del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (**en adelante, TEDH**) y **«V.R.P., V.P.C c/ Nicaragua» de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH)**, y afirma que el veredicto inmotivado y el debido proceso pueden compatibilizarse pero que allí no se ha resuelto respecto del estándar de los sistemas que deben contar con una revisión de la condena.

También refiere al **precedente «Apitz Barberá vs. Venezuela» de la CorteIDH** y a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) para afirmar que la argumentación del fallo debe demostrar que se tomaron en cuenta las pruebas existentes y los alegatos de las partes.

Considera que la CSJN ha establecido jurisprudencialmente que la gravedad institucional y la arbitrariedad operan como causales genéricas para la interposición de recursos extraordinarios.

Cita doctrina relativa a la garantía del doble conforme, y enumera los artículos 90, 92, 84 bis, 35, 42 y 43 del CP como normas aplicables al caso. Finalmente, refuerza sus argumentos asociados al derecho del imputado a recurrir la sentencia en doctrina y en los **fallos «Herrera Ulloa» de la CorteIDH y «Casal» de la CSJN**.

b.- Respecto del fondo de la cuestión, la defensa plantea tres agravios principales.

Valoración de la prueba.

b.1.- En primer lugar, cuestiona la valoración de prueba llevada a cabo por el jurado, a la que considera violatoria de las instrucciones brindadas por el juez profesional.

Sostiene que tomó más de una hora la lectura de las instrucciones finales, pero que la deliberación duró solamente dos horas, lo que permite dudar de que el jurado haya comprendido cabalmente las instrucciones.

En particular, considera que el jurado se apartó de la presunción de inocencia, de la regla de carga probatoria, del concepto de duda razonable, de los extremos que deben acreditarse para tener por establecida la hipótesis acusatoria y de la prueba producida en el debate.

Considera que la sentencia es arbitraria, antojadiza, abusiva, voluntarista, ilógica, carente de sentido común, incongruente, irrazonable, sin análisis de las constancias de la causa, violatoria del derecho de defensa y del debido proceso, e injusta. Sobre este motivo de agravio se volverá más adelante, para detallar cada una de las consideraciones que efectúa la defensa y posibilitar un análisis ordenado y razonado.

Exposición de pruebas fotográficas.

b.2.- En segundo orden, cuestiona que la acusación expuso pruebas fotográficas de las heridas de C. S. con el objeto de condicionar al jurado.

Afirma que se trata de heridas abiertas, tomadas cuando la víctima se encontraba en el hospital, y luego fotos de las cicatrices, con sus hijos al lado. Todo esto fue realizado mediante un televisor de 50 pulgadas, con el propósito obvio y desmedido **de influir en la opinión de los jurados** momentos antes de que pasen a deliberar, sin ningún tipo de autorización o acuerdo, lo cual constituye un acto prohibido.

Sostiene que esta conducta no sólo implica una violación clara a la **regla n° 24 de las instrucciones iniciales impartidas al jurado**, sino además la nulidad del veredicto pues se contaminó la visión del jurado, al poner en crisis su imparcialidad y sellar definitivamente la suerte adversa del acusado. También involucra la nulidad del alegato fiscal, y con ello del veredicto del jurado.

Apartamiento de las instrucciones del juez.

b.3.- Por último, afirma que el jurado se apartó clara y evidentemente de las instrucciones del juez, por error o por ignorancia, lo que causa un gravamen y daño irreparable a su parte.

Discute la instrucción general en la que se explicó al jurado el **significado de «duda razonable» y de «intención de dar muerte»**.

Esto último, pues **no se efectuaron precisiones** sobre la diferencia entre el **dolo del homicidio y el dolo** que existe a nivel de tipicidad en un caso de **legítima defensa, exceso en la legítima defensa o inimputabilidad**.

En el mismo orden, y en relación con la crítica relativa al breve período de tiempo que el jurado tomó para deliberar y la duda sobre el valor que éste le dio a las instrucciones y la prueba, sostiene que el jurado no analizó los delitos menores por los cuales podía condenar a P.P.

Considera que la insuficiencia probatoria es evidente y que no opaca la teoría del caso sostenida por la defensa. Afirma que, ante una motivación defectuosa, la tarea revisora no puede ser más que defectuosa, pues el sentido de la motivación se vincula al control, y constituye una exigencia constitucional.

Cuestiona la posibilidad de realizar un control adecuado del veredicto del jurado.

Respecto del primer motivo de agravio –esto es, la valoración probatoria efectuada por el jurado- la defensa enumera distintos argumentos respecto de cada uno de los hechos atribuidos a P. P. A efectos de una exposición clara, se reseñarán en el orden en que fueron expuestos por el recurrente.

B.1.a.- Hecho n° 1

La defensa repasa las declaraciones de C.S. -víctima-, L.E.G. -madre de la víctima-, G.H.O. -abuela de la víctima-, V.F. y F.G.P. -vecinos-, y afirma que del análisis de esas pruebas no se pudo determinar la existencia de las «circunstancias ajenas a la voluntad» requeridas para considerar que hubo una tentativa de homicidio. A criterio de la defensa, hubo un desistimiento voluntario, por lo que el autor debe ser declarado culpable del resultado residual, es decir, por lesiones y no por tentativa de homicidio. Argumenta que «surge de forma clara, y sin lugar a dudas, que el Sr. P. P, en ningún momento actuó según los extremos exigidos por el art. 80 inc. 7 del C.P.

Al contrario, luego de la pelea con su pareja, el mismo escapó de su casa, encontrándose en el camino con su suegra y la abuela de su pareja, arrojando el elemento que presuntamente habría utilizado en dicho lugar. Estas personas, su suegra y la abuela de la víctima, testigos que se encontraban en el lugar del hecho principal, no resultaron lesionadas. Como dije, fueron testigos casi presenciales de ese hecho, y este defensor se pregunta, al encontrarse “sorprendido” [...] no debería haber dado muerte a estas testigos? (sic)» (recurso, fs. 874 vta.).

b.1.b.- Hecho n° 2

Afirma que P. no giró en «U» de manera voluntaria, sino porque la policía había armado un operativo cerrojo, es decir, se le impidió continuar su rumbo mediante el empleo armas de fuego, ya sea exhibiéndolas o utilizándolas para disparar.

La defensa sostiene que no resulta comprensible que los funcionarios policiales PÁ. Y F. M. se hayan colocado en el medio del carril de circulación –lugar obligado de paso- al hacer la barricada, cuando por radio se les había advertido que P. no iba a frenar y que había lesionado a otra persona.

También critica que hayan abierto disparos contra la camioneta, a pesar de que nadie dio la orden de hacerlo. Afirma que el testimonio de M. se contradice con el de J.Q. –una persona que se encontraba frente a la barricada con su familia, esperando un colectivo–, quien afirma que cuando se acercaba la camioneta, la oficial con una mano le hizo señas de alto y con la otra le apuntó.

Esto sería incongruente con la afirmación de M. según la cual recién desenfundó y disparó cuando ya se encontraba en la banquina. La defensa considera que la discrepancia de versiones permite pensar que M. ya se encontraba en la banquina cuando disparó, y lo mismo su compañero Á., por lo que nunca se atentó contra sus vidas. Sostiene que Á. reconoció haber tirado a la puerta de la camioneta, a pesar de que previamente había declarado que tiró a las ruedas.

En base a estas consideraciones, refiere que si el jurado consideró culpable a P. por el delito de homicidio en grado de tentativa, no ha usado el sentido común ni ha hecho una composición del lugar.

Además, se ha apartado de las pruebas, por lo que ha incumplido con las instrucciones finales que les fueron dadas. A criterio de la defensa, este hecho se explica de otra manera. La barricada colocada por la policía es un arma impropia, y si a esto se agrega que a P. lo perseguían con un helicóptero y con móviles en tierra, no le dejaron otra opción que adoptar la conducta que tomó.

La desproporción de la persecución la tornaba ilegítima y lo colocó en un estado de necesidad defensivo en el cual el único elemento de defensa que tenía para salvar su vida era pasar por el estrecho camino que le habían dejado.

b.1.c.- Hecho n° 3

La defensa sostiene que el sargento I., víctima de la supuesta tentativa de homicidio, nunca debió realizar una maniobra evasiva para salvar su vida. Afirma que los soportes de audio y video de la cámara de la Policía que se encontraba en Blanco Encalada permiten observar, con total nitidez, que I. caminó normalmente, dio dos pasos y se subió al móvil, y luego en forma inmediata pasó la camioneta conducida por P..

No sólo no tuvo que realizar maniobras evasivas para salvar su vida, sino que además, al estar su móvil posicionado en diagonal a la ruta, su costado estaba cubierto por la parte de la caja de la camioneta. Al igual que en el caso anterior, considera que existió una situación de necesidad, pues P. no podía detener su marcha porque le disparaban y él no tenía un arma de fuego para responder.

B.1.d.- Hecho n° 4

En relación a este segmento de la acusación, refiere la defensa que no es posible saber si la agente policial Medina disparó o no al parabrisas, porque tanto las fotos de la luneta trasera y el parabrisas se perdieron debido a que se dañó la memoria de la cámara fotográfica.

Además, un contenedor de basura que explica en parte la maniobra de P. que concluyó con la muerte de los funcionarios policiales R. y C., no se encontraba en el lugar pues se alteró la escena.

Según una testigo presencial, P. primero le pegó al contenedor, luego a la moto y después volcó.

Por otro lado, refiere la pericia del ingeniero Terk –no impugnada por la acusación– sobre el tren delantero de la camioneta, la que concluyó que el giro brusco de la camioneta hacia la banquina contraria fue resultado de desperfectos causados por las grandes roturas que ésta ya tenía por la colisión previa.

De manera tal, señala, que el resultado lesivo no es atribuible a la voluntad de P. sino a un rodado ingobernable. C.- Por todo lo expuesto, solicita que se case la sentencia y se absuelva a A.S.P.P. del ilícito enrostrado, y se encuadre su conducta dentro de las previsiones de los delitos menores propuestos al jurado.

La defensa hace reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

En su dictamen, el titular del Ministerio Público Fiscal considera que el recurso procede desde el punto de vista formal, pero que debe ser rechazado en el fondo.

Advierte que se ha dado acabado cumplimiento a lo dispuesto por la ley 9.106 de juicio por jurados, en particular a la forma de brindar instrucciones contenida en el art. 33.

Señala que las partes manifestaron su conformidad con las instrucciones impartidas, y que la valoración de la prueba no fue realizada de manera arbitraria, tratándose la queja defensiva de una mera discrepancia. Respecto del hecho 1, señala que la crítica sólo manifiesta disconformidad con el resultado del veredicto el que, a su modo de ver, resulta lógico y consecuente con las pruebas rendidas.

En cuanto a los hechos 2 y 3, considera que la versión de un estado de necesidad defensivo roza lo absurdo, pues el accionar policial se desarrolló conforme lo prevé la ley 6.722 con el propósito de hacer cesar un hecho delictivo e impedir consecuencias ulteriores.

Los funcionarios policiales, de hecho, se encontraban ante una situación de peligro grave, inminente y actual para sus vidas, así como para la de otros ciudadanos.

La conducta del acusado evidenciaba, a criterio del Procurador General, no sólo la intención de evadir al personal policial, sino también de agredirlo.

Asumir la postura defensiva implicaría que los policías no pueden actuar, ni en prevención ni en represión de hechos delictivos, sin causar un estado de necesidad en los delincuentes.

Refiere que, sin embargo, **la causación del estado de necesidad debe ser extraño al autor**, lo que en el caso no ocurre.

Respecto del hecho 4 señala que el jurado dictó su veredicto luego de apreciar debidamente el plexo probatorio, por lo que la posición defensiva constituye una mera discrepancia con el resultado adverso para su asistido.

En relación al agravio número dos, vinculado a la exposición de fotos en el alegato final del fiscal, sostiene que –por una parte– la defensa no se opuso a la exhibición, por lo que puede tenerse como consentida; y –por otro– que las fotos integraban las pruebas del juicio, por lo cual no se trata de información o imágenes ajenas al proceso, sino de material que no contradecía la instrucción n°24.

Por último, respecto de los argumentos relativos a que el jurado se apartó de las instrucciones sobre distintos conceptos jurídico-penales y que no se analizaron delitos menores posibles, afirma que más que un agravio concreto la posición denota disconformidad defensiva.

Por tales razones, aconseja el rechazo del recurso de casación planteado por la defensa de A. S. P. P.

4.- Audiencia de informe oral

La defensa solicitó informar in voce el recurso de casación planteado.

En su alegación oral, las partes hicieron alusión a los agravios y posiciones que constan en el expediente. Sin perjuicio de ello, en lo pertinente me referiré a las aclaraciones efectuadas por las partes al momento de ingresar en el tratamiento de cada agravio concreto.

5.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Puesto a resolver la cuestión en tratamiento, adelanto que –en base a los motivos que expondré a continuación– a mi entender corresponde rechazar el recurso de casación formulado por la defensa de A.S.P.P. **y confirmar el veredicto de culpabilidad del jurado popular interviniente, así como la sentencia pronunciada por el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial.**

A efectos de exponer de manera clara las razones que me conducen a esta solución y de garantizar una revisión completa y debidamente justificada de las cuestiones que plantea la defensa, ordenaré mi voto del modo que sigue.

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

Esto por cuanto la defensa ha puesto en tela de juicio, al cuestionar el veredicto del jurado, el alcance de la revisión de este Tribunal ante decisiones adoptadas en este ámbito.

En segundo lugar (b), y deslindada la cuestión de **los límites de la intervención de este Tribunal**, ingresaré al análisis de cada uno de los agravios manifestados por la defensa.

Comenzaré—por razones de claridad expositiva— por la revisión de aquellos puntos comunes a los cuatro hechos que se atribuyeron a P. P. y, luego (c), por las **cuestiones particulares** de cada suceso.

a.- Consideraciones en torno al alcance de la revisión de esta Suprema Corte de Justicia

En el modelo constitucional republicano y federal instituido por el art. 1 de la Constitución Nacional se estableció una ruptura con el sistema institucional, político y jurídico precedente de la monarquía. Esta ruptura tiene implicaciones de distintos órdenes. Por un lado, la titularidad del poder deja de pertenecer a un monarca para nacer del pueblo -soberanía popular-. Por otra parte, la estructura del Estado deja de ser unitaria para pasar a ser federal.

En cuanto a la forma de gobierno, es democrática por vía de la república; y en cuanto al enjuiciamiento, es el juicio por jurados -que presupone el sistema acusatorioadversarial-, frente al anterior sistema inquisitivo. Con ello, se abandona la organización de la sociedad estamental para consagrar la igualdad, la eliminación de fueros personales, la esclavitud y el patriarcado.

Esa ruptura en el modelo de enjuiciamiento está consagrada expresamente en el **artículo 24 de la Constitución Nacional**, que le impone al Congreso de la Nación el establecimiento del juicio por jurados. Tal obligación se corresponde con la atribución, prevista en el **art. 75 inc. 1º2 de la CN**, de sancionar las leyes «que requiera el establecimiento del juicio por jurados» a las provincias.

Además de la obligación de establecer el juicio por jurado en el gobierno federal, según el **art. 118 de la CN** debe ser para todos los juicios criminales ordinarios que no se deriven del derecho de acusación concedido a la Cámara de Diputados. En consecuencia, la competencia revisora en materia de sentencias apoyadas en veredictos emitidos por jurados populares como los reglamentados por la **Ley 9.106** para la provincia de Mendoza ha sido objeto de tratamiento en la jurisprudencia nacional e internacional.

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

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

Por una parte, las razones por las cuales el **veredicto** del jurado constituye una decisión motivada, como parte de una sentencia judicial que satisface las exigencias de fundamentación exigibles a toda decisión jurisdiccional, respecto de lo cual este Tribunal se ha expedido en distintas ocasiones –ver, por caso, **«Farres Paluj», «Duarte Actis», «Álvarez Castillo» o «Santander, Luis Alberto»**–.

Por otra, la manera en la cual puede revisarse la sentencia dictada luego de un veredicto del jurado popular. Respecto de lo primero, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha explicado por qué las exigencias de motivación explícita son distintas para el juez profesional y el jurado popular.

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

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

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

En otras palabras, **la obligación de motivación subsiste para el jurado**, pues se vincula directamente al debido proceso.

La Corte Federal remite al respecto a lo expuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha afirmado que «la motivación de las decisiones adoptadas por los órganos encargados de impartir justicia no es sólo relevante para el inculpado del delito, sino que permite también el control ciudadano de los actos de gobierno, en este caso de la administración de la justicia y los expone a su escrutinio. En el caso de los jurados, dicha vertiente se entiende cubierta en razón de la participación directa de la ciudadanía»; y, en particular sobre la motivación como garantía del imputado, ha señalado que «[e]n el ámbito penal, como garantía del inculpado, se dirige también a asegurar el principio de presunción de inocencia, ya que permite a quien se ve sometido al poder penal del Estado comprender las razones por las que fue posible obtener convicción sobre la imputación y la responsabilidad penal, así como la apreciación de las pruebas para desvirtuar cualquier hipótesis de inocencia, y solo así poder confirmar o refutar la hipótesis acusatoria [...] Lo anterior, permitiría desvirtuar la presunción de inocencia y determinar la responsabilidad penal más allá de toda duda» (**Corte IDH, Caso V.R.P., V. P. C. y otros versus Nicaragua**, considerando 257, citado expresamente por la **CSJN en «Canales»,** y considerando 256).

Motivación. Expresión de fundamentos.

La cuestión decisiva entonces radica en distinguir «motivación» de «expresión de fundamentos», respecto de lo cual la CortelDH –con referencia a jurisprudencia sobre la misma cuestión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos– ha expresado que «la falta de exteriorización de la fundamentación del veredicto no vulnera en sí misma la garantía de la motivación.

En efecto, todo veredicto siempre tiene motivación, aunque como corresponde a la esencia del jurado, no se expresa.

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

El curso lógico de la decisión del jurado al que alude la referencia y que constituye el objeto revisable en esta instancia, comprende i) las instrucciones generales, o iniciales impartidas al jurado; ii) los alegatos de apertura; iii) la recepción de prueba en contradicción de las partes; iv) las conclusiones o alegatos de clausura; v) las reglas particulares, o instrucciones finales; y vi) el veredicto de unanimidad.

Resulta necesario entonces analizar la fisonomía de la valoración judicial de las cuestiones de hecho que se someten a decisión del jurado.

Conforme lo dispone la ley 9.106, al jurado se le exige una valoración de la prueba que le permita determinar i) si el hecho en que se sustenta la acusación se encuentra probado, y ii) si el acusado es culpable o no del hecho (art. 33, cuarto párrafo, ley 9.106).

Esa tarea se realiza según instrucciones precisas que imparte el juez, en cuya elaboración intervienen las partes (art. 32, ley 9.106).

Íntima convicción, como método de valoración de la prueba.

Ahora bien, la labor misma de valoración probatoria se lleva adelante según el método conocido como «íntima convicción» (art. 24, ley 9.106), según el cual no se debe explicitar el recorrido lógico seguido para arribar a la conclusión.

Así lo ha considerado la Corte Federal en el precedente citado, donde sostuvo que «[l]uego de confrontar sus argumentos, dar razones y deliberar, los miembros del jurado deciden su voto en función de un sistema de valoración de la prueba conocido como “íntima convicción”, que no requiere expresión o explicación de los motivos que conformaron el convencimiento sobre la resolución adoptada para el caso» (**CSJN, «Canales»**, considerando 19).

A su vez, con cita de la Corte IDH, nuestro cimero tribunal ha señalado que «[l]a íntima convicción no es un criterio arbitrario. La libre valoración que hace el jurado no es sustancialmente diferente de la que puede hacer un juez técnico, sólo que no lo expresa.

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

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

Quien valora el veredicto de un jurado, necesariamente debe reconstruir este camino, no bastando para descartarlo cualquier criterio diferente acerca de las críticas. Para descartar el veredicto de un jurado debe verificarse que la síntesis se aparte directamente de la lógica metodológica histórica antes referida» (**CSJN**,

«Canales», considerando 19, con referencia a Corte IDH, **Caso V.R.P., V.P.C. versus Nicaragua, considerando 262**).

Por lo tanto, y en respuesta a esta primera cuestión a abordar, puede concluirse que nuestro sistema jurídico exige la motivación de las decisiones judiciales, en particular de las que –como la presente importan la asignación de responsabilidad penal a un ciudadano.

Mediante la expresión de su veredicto unánime -dentro del marco del curso lógico de la decisión- el jurado popular cumple esta exigencia, pues aunque no exterioriza los razonamientos que emplea, arriba al resultado luego de una deliberación motivada.

La exigencia de unanimidad del veredicto de culpabilidad no implica un dato menor, pues asociada a un proceso deliberativo de toma de decisiones, constituye un elemento que contribuye a maximizar las garantías del acusado. En particular, la presunción de inocencia y la racionalidad en la valoración de la prueba.

En efecto, en un sistema como el previsto por la ley 9.106 con posibilidad de desistimiento de la acusación por estancamiento y con absolución por doble estancamiento, unanimidad no significa otra cosa que poder de veto de un solo miembro del jurado, en beneficio del acusado.

Veredicto de culpabilidad. Unanimidad. Garantía del acusado.

De modo tal que, en un contexto deliberativo en el cual el intercambio de razones desempeña un rol central, el veredicto de culpabilidad equivale a certeza respecto de las cuestiones sometidas a discusión. Tal como afirma Carlos NINO, «[e]l problema obvio con la exigencia de unanimidad es que es muy difícil de satisfacer, y una vez que se establece esa exigencia y no se la satisface en los casos particulares se termina favoreciendo en esos casos [...] a aquellos individuos que apoyan el statu quo; lo mismo ocurre con las reglas que exigen mayorías especiales (como los dos tercios). La oposición de un solo individuo (o de un número pequeño de individuos) bastaría para que triunfe la alternativa de no hacer nada sobre la de producir un cambio» (v. **NINO, Carlos, Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación, Astrea, Buenos Aires, 2º ed., 1989, p. 373**).

La unanimidad, que NINO en su análisis observa como un problema para alcanzar acuerdos en la toma de decisiones democráticas en el medio político, en el proceso penal se erige como un refuerzo de las garantías del acusado.

Esta metodología es acorde con la «íntima convicción» como método de valoración de la prueba del jurado. No está de más agregar que el sistema de la íntima convicción no implica el abandono de las reglas de la racionalidad y la lógica, ni el juzgamiento a partir del mero capricho o las impresiones personales.

Por el contrario, la íntima convicción supone la adecuación de las cuestiones sometidas a tratamiento con aquellas reglas básicas que componen la racionalidad de toda persona; además de que se lleva a cabo en un medio deliberativo en el cual el intercambio de razones, puntos de vista y valoraciones enriquecen el mérito probatorio, pues cada miembro del jurado debe dar cuenta de sus consideraciones, someterlas a la crítica de los demás, y reformular su punto de vista en caso de ser necesario.

Se arriba así a la segunda cuestión a considerar, esto es, determinar el objeto y los límites de la revisión judicial. La base mínima de las cuestiones a revisar surge de la propia ley 9.106 que estatuye el juicio por jurados en la provincia.

Reglas generales del recurso de casación. Art. 41. Ley 9106.

Allí se establece que son de aplicación las reglas generales del recurso de casación, y que constituyen motivos específicos para su interposición i) la inobservancia o errónea aplicación de las reglas relativas a la constitución o recusación del jurado, así como a la capacidad de sus miembros; ii) la arbitrariedad de la decisión que rechace o admita medios de prueba, de modo que se hubiera cercenado el derecho de defensa en juicio y condicionado al jurado; iii) los casos en los que se hubieran cuestionado las instrucciones brindadas al jurado, y se entendiera que éstas pudieron condicionar la decisión; y, iv) cuando la sentencia condenatoria o la que impone medidas de seguridad derive de un veredicto de culpabilidad del jurado que sea arbitrario o se aparte manifiestamente de la prueba producida en el debate (art. 41, Ley 9.106).

Dicho en otros términos, los cuatro puntos expresados en la norma citada conforman la base de cuestiones que el tribunal de revisión deberá –en todos los casos en que se invoquen como motivos de agravio– examinar. Sin embargo, la remisión a las reglas contenidas en el Código Procesal Penal implica que, también, deberá posibilitarse la revisión de posibles vicios in iudicando e in procedendo, contenidos en el art. 474 del CPP.

También sobre este aspecto la jurisprudencia acerca criterios para identificar y delimitar las cuestiones que el Tribunal debe revisar. Por una parte, en el citado **precedente «Canales»**, la CSJN ha enfatizado que el examen de la resolución del jurado puede cuestionarse a partir de un análisis de las premisas en que se fundamenta y la conclusión a la que arriba: «[el veredicto del jurado] no impide una adecuada revisión de lo decidido, toda vez que la verdadera fundamentación no radica en la expresión escrita de razonamientos, sino en la coherencia entre las afirmaciones de las partes, las pruebas y el sentido de la sentencia. [...] Pese a la ausencia de fundamentación escrita, es perfectamente posible cuestionar una resolución de un jurado en base a la incongruencia entre precedentes o premisas (afirmaciones y pruebas) y conclusión (culpabilidad o inocencia).

Siendo pertinente recordar, mutatis mutandi, que esto es así por cuanto el Tribunal ya remarcó que “la propia Constitución no puede interpretarse en forma contradictoria, o sea, que el principio republicano de gobierno impide entender un dispositivo constitucional como cancelatorio de otro” (Fallos: 328:3399, considerando 24)» (v. CSJN, «Canales», considerando 19).

Por otro lado, la Corte IDH también ha sido clarificadora al sostener que «[l]o que corresponde analizar es si el procedimiento penal en su conjunto ofreció mecanismos de salvaguardia contra la arbitrariedad y que permitieran comprender las razones del veredicto –no acotado al acusado sino también a la víctima o a la parte acusadora-.

En esencia, la necesidad de que el imputado y la víctima del delito o la parte acusadora comprendan las razones de la decisión de culpabilidad o inocencia, que adopta el jurado a través de su veredicto, mantiene plena vigencia, como garantía contra la arbitrariedad» (**Corte IDH, Caso V.R.P., V.P.C. versus Nicaragua**, considerando 263).

El énfasis de la Corte IDH en un control procedimental que permita disipar posibles arbitrariedades es patente cuando manifiesta que «[l]o que corresponde a la Corte determinar es si, en el marco de lo dispuesto por la Convención Americana, el procedimiento en su conjunto ofreció garantías suficientes contra la arbitrariedad, de modo tal que las partes pudieran comprender el resultado del proceso como

una consecuencia racional de la prueba incorporada al mismo durante la etapa instructiva y lo ventilado en la audiencia de vista pública» (**Corte IDH, Caso V.R.P., V.P.C. versus Nicaragua**, considerando 266).

En definitiva, la tarea de este Tribunal queda circunscripta a un doble análisis. Por una parte, a una evaluación «externa» o «formal» del juicio, es decir, de la corrección jurídica de los actos procesales que preparan la decisión del jurado, tales como la selección y constitución del jurado; las decisiones y acuerdos sobre elementos probatorios; la elaboración de instrucciones iniciales y finales al jurado; etc.

Por otro lado, a un examen de razonabilidad «interna» entre las premisas que componen el razonamiento, y su conclusión. Dentro de este doble espectro, las partes pueden plantear aquellos puntos que pretenden que formen parte del objeto de revisión. Sobre este último punto, el delicado análisis que a mi entender está encomendado al tribunal revisor implica –para satisfacer acabadamente las exigencias de «doble conforme» establecidas por el **art. 8.2.h de la CADH y 14.5 del PIDCP**– un estudio serio de la plausibilidad de las acusaciones a partir de las pruebas producidas en el debate.

De ninguna manera esto supone superponerse a la labor del jurado ni reeditar instancias previas al juicio, sino evaluar la posible existencia de lagunas entre la acusación, prueba e instrucciones que hayan pasado inadvertidas al jurado. Sólo de este modo, según mi modo de ver, es posible garantizar que el veredicto de culpabilidad del jurado no sea arbitrario ni se aparte manifiestamente de la prueba producida en el debate, tal como ordena el art. 41 de la ley 9.106 y el debido proceso.

b.- Agravios relativos a la sentencia como acto jurídico

Corresponde a continuación analizar aquellos motivos de agravio expresados por la defensa que son extensibles a todos los hechos por los cuales se acusó y condenó a A.S.P.P..

Para ello, analizaré: i) las críticas vinculadas a las instrucciones brindadas al jurado; ii) la pretendida contaminación del jurado a través de la exposición de fotos no autorizadas; y iii) los argumentos relacionados a la actividad de valoración de prueba llevada a cabo por el jurado.

I) En relación con las instrucciones brindadas al jurado, la defensa cuestiona la instrucción general en la que se explicó al jurado el significado de «duda razonable» y de «intención de dar muerte».

Respecto del segundo concepto, sostiene que no se efectuaron precisiones sobre la diferencia del dolo de homicidio y el dolo que existe a nivel de tipicidad en un caso de legítima defensa, exceso en la legítima defensa, o inimputabilidad. Estas críticas no pueden ser acogidas por esta instancia.

Resulta decisivo, para arribar a esta solución, considerar que luego de clausurado el debate el juez convocó a las partes a efectos de confeccionar y proponer modificaciones a las instrucciones finales que serían impartidas al jurado, evento que fue registrado en soporte audiovisual.

Si bien el registro no permite conocer en detalle la discusión llevada a cabo entre las partes ante el juez – lo cual sería recomendable, a efectos de maximizar las posibilidades revisoras de este Tribunal-, lo cierto es que sí se advierte que, una vez que las partes finalizaron el trabajo sobre las instrucciones que serían leídas al jurado, el juez afirmó que «habiendo las partes litigado las instrucciones finales, sin que haya oposiciones, no hay ninguna oposición tal como lo hemos acordado todos, vamos a pasar a un cuarto intermedio hasta las dos de la tarde, para permitir que el jurado descanse [...]» (v. audiencia, min. 27:00 y ss.).

Lo dicho permite descartar las críticas a las instrucciones finales efectuadas por la defensa, pues no manifestó oportunamente oposición a aquéllas.

La norma procesal aplicable es clara respecto de que «[...] sin perjuicio de la video registración, las partes deberán especificar sus disidencias u oposiciones para el caso de interposición de recursos contra el fallo [...]» y de que «[constituye motivo específico para la interposición del recurso]

c) cuando se hubieran cuestionado las instrucciones brindadas al jurado y se entendiera que éstas pudieron condicionar su decisión» (arts. 32 y 41 inc. c, ley 9.106).

Lo propio exige también el CPP, al exigir para la interposición de un recurso fundado en un vicio in procedendo, que el recurrente hubiera reclamado oportunamente la subsanación del defecto, si era posible, o hubiera hecho protesta de recurrir en casación, circunstancias que en el caso no ocurrieron. En definitiva, el agravio no resulta procedente desde el punto de vista formal, motivo por el cual corresponde su rechazo en esta instancia. Sin perjuicio de ello, más allá de la cuestión formal antes señalada el agravio tampoco resulta pertinente desde el punto de vista material. En efecto, respecto de la instrucción relativa al concepto de «duda razonable» la queja de la defensa aparece como una crítica abstracta y genérica, sin especificar de qué manera la directiva concreta contendría errores o sería incompleta.

La vaguedad del agravio contrasta, por otro lado, con la instrucción detallada que puede observarse a fs. 832. En efecto, luego de haberse incluido instrucciones relativas a la presunción de inocencia y la carga de la prueba, puede leerse una minuciosa instrucción relativa al concepto de duda razonable, que da cuenta de manera clara del concepto y que, además, fue explicada en su aplicación concreta al caso.

La instrucción final en cuestión complementó instrucciones iniciales relativas a la presunción de inocencia (instrucción n° 3, fs. 825 vta.) y a la duda razonable (instrucción n°20, fs. 828), lo que permite afirmar que el jurado conocía los conceptos en cuestión ya desde el comienzo de su deliberación.

Por otra parte, tampoco la crítica a la instrucción sobre la idea de «intención de dar muerte» constituye un cuestionamiento válido. La defensa afirma que no se diferenció el dolo del homicidio del que existe a nivel de tipicidad en un caso de legítima defensa, el exceso en la legítima defensa o inimputabilidad. Si bien este no es el espacio oportuno para discurrir sobre cuestiones de dogmática penal y teoría de la imputación, llama la atención la crítica de la defensa pues al hablar de «nivel de tipicidad» asume un tipo de discurso específico –el de la dogmática de la teoría del delito de raíz alemana– en el cual existen diversas posiciones sobre el lugar sistemático que corresponde asignar al dolo, el concepto mismo de la expresión y los elementos que la componen, así como sobre las implicaciones de adoptar una u otra posición respecto de otros conceptos del sistema tales como la tentativa, etc.

De manera abstracta y genérica y sin explicar su argumento, el recurrente parece plantear una diferencia entre el dolo del tipo de homicidio y el que existe en quien mata en legítima defensa, sin que se haya elaborado siquiera una teoría del caso en torno a ese instituto. También parece confundir el dolo con la capacidad de imputabilidad, sólo por mencionar algunos de los problemas que su crítica implica. En definitiva, a la falta de oportunidad procesal del planteo, se agrega como motivo para desestimar su improcedencia desde el punto de vista sustancial. li) En segundo lugar, me ocuparé de las críticas relativas al evento en el cual el Fiscal de Cámara habría presentado, durante sus alegatos finales, fotos no autorizadas al jurado –ver apartado 2.b.2.–.

Al igual que en el caso anterior, resulta decisivo determinar si el recurrente se opuso a la exposición de las fotografías, es decir, si intentó oportunamente subsanar la situación que luego consideraría una falencia procesal. Del análisis de las constancias audiovisuales de la audiencia se observa que el fiscal interviniente, efectivamente, expuso cinco imágenes al final de su alegato -v. audiencia, min. 36:00 y ss.–, las que fueron representativas de la víctima C.S. y sus hijas, y de los efectivos policiales fallecidos Ríos y Cussi.

Cabe señalar que los registros audiovisuales analizados no permiten constatar si las imágenes consisten en el torso y rostro de las víctimas mencionadas, o si se tomaron fuera del contexto del hecho en el ámbito familiar o cotidiano; o luego de los sucesos investigados. Es decir, no se logra determinar si son o no susceptibles de causar impresión al jurado.

Sin perjuicio de ello, el Fiscal interviniente reconoció, en la audiencia de informe oral del recurso de casación llevada a cabo ante esta Suprema Corte de Justicia, haber exhibido al jurado fotografías de las víctimas, que incluían imágenes de C.S. correspondientes al período posterior a su recuperación. Al respecto, afirmó que las imágenes en cuestión estaban autorizadas y que negó que hubieran sido susceptibles de causar impresión o confusión en el jurado.

Ahora bien, no se advierte que la defensa haya objetado el acto, ni se haya opuesto en forma alguna, de manera tal que el requisito de procedencia del vicio procedimental no ha sido observado en el caso, en tanto la defensa consintió la exposición de fotografías.

A esto se agrega que, en tanto el alegato fiscal fue el primero en tener lugar, la defensa tuvo oportunidad de contestar en su alegato esta cuestión, mas no lo hizo. Por último, la defensa tampoco ha acreditado que el ingreso de la prueba en cuestión al juicio no hubiera sido autorizado.

En definitiva, dos razones me conducen a rechazar este agravio: por una parte, la defensa no se opuso a la exposición de las fotografías realizada por el representante fiscal, a pesar de haber contado con diversas oportunidades procesales para hacerlo durante el juicio; y por otra, tampoco ante esta instancia acreditó la ilegitimidad del material para ser expuesto al jurado. Iii) El recurrente dedica varios segmentos de su impugnación a cuestionar la labor valorativa del jurado. Su crítica se centra en los siguientes puntos a) que mientras al juez le tomó más de una hora la lectura de las instrucciones finales, la deliberación duró solamente dos horas, lo que permite dudar de que el jurado haya comprendido cabalmente las instrucciones; b) que el jurado se apartó clara y evidentemente de las instrucciones del juez, por error o ignorancia; en particular de las instrucciones sobre presunción de inocencia, carga de la prueba, duda razonable y de los extremos que deben acreditarse respecto al hecho; y c) que el jurado no analizó delitos menores por los cuales podía condenar a P.P..

A mi modo de ver, estos argumentos no pueden tener acogida favorable en esta instancia. Estas tres críticas se fundamentan, lisa y llanamente, en especulaciones de la defensa sobre la tarea que llevó a cabo el jurado en su deliberación, desvinculadas de elemento probatorio alguno.

No existe un nexo lógico mínimamente racional entre el tiempo que demanda la lectura de las instrucciones y el tiempo que emplea el jurado para debatir, cuestión que por definición no responde a criterios objetivos y mensurables, sino que depende de una actividad dialógica que varía caso a caso, y que –tal como fue señalado antes– debe satisfacer un requisito procedimental de unanimidad. Tampoco existe evidencia que permita considerar que el jurado omitió acatar determinadas instrucciones o sopesar

delitos menos graves por los cuales también podría haber considerado culpable al acusado. En función de ello puede decirse que la crítica en tales términos no constituye más que la expresión de desacuerdo de parte con las conclusiones a las que arribó el jurado popular, sin sustento alguno.

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

Por estos motivos, entiendo que este primer cuestionamiento a la labor del jurado no puede tener acogida favorable en esta instancia.

c.- Agravios vinculados a cada uno de los hechos atribuidos a A.S.P.P.

Deslindadas las cuestiones previas sobre los alcances de la función revisora de este Tribunal, así como los agravios generales aplicables a todos los hechos, corresponde ahora ingresar a la consideración de los agravios sobre valoración probatoria expresados por la defensa en relación a cada uno de los cuatro hechos atribuidos a A.S.P.P.

En esta tarea, y a efectos de facilitar la comprensión, se seguirá el orden en que cronológicamente ocurrieron los hechos.

C.i) Hecho n°1

En este punto, la defensa afirma que de las testimoniales de la víctima, su madre y su abuela, así como de los vecinos V. F. y F. G. P., el jurado no pudo racionalmente derivar una tentativa de homicidio, porque el agresor no cesó en su ataque por circunstancias ajenas a su voluntad, sino en base a un desistimiento voluntario.

Para apoyar su argumento sostiene que, de haberse querido procurar la impunidad, P.P.debería haber matado también a la madre y abuela de la víctima, hecho que perfectamente podría haber ejecutado.

Al informar oralmente su impugnación, la defensa aportó una explicación más específica sobre este motivo de agravio.

Explicó que la queja incluye un cuestionamiento al modo en que habría cesado el ataque de P. P. contra C.S.: no fue detenido por la intervención de la madre o la abuela de la víctima, quienes no habrían alcanzado siquiera a traspasar el patio que separaba sus viviendas, sino por voluntad propia del agresor. De hecho, cruzó a la madre de la víctima al salir.

De tal manera que el hecho constituye un supuesto de desistimiento en la tentativa del delito. Dos consideraciones motivan el rechazo del agravio.

En primer lugar, el recurrente no efectúa un análisis integral de los elementos probatorios recabados ni explica porqué los mismos impedirían fundar la decisión del jurado.

En segundo orden, el agravio delineado evidencia un déficit argumentativo que lo torna insuficiente para lograr la casación que peticiona, pues no basta un criterio discrepante en la apreciación de la prueba para abastecer el requisito de recurribilidad contenido en el CPP, sino que es imprescindible acreditar que la prueba producida conduce a la afirmación diametralmente opuesta a la sostenida por el jurado y que

pretende la defensa; o, dicho en los términos de la ley 9.106, que «la sentencia [...] se derive de un veredicto de culpabilidad del Jurado que sea arbitrario o se aparte manifiestamente de la prueba producida en el debate» (art. 41 inc. D, Ley 9.106).

En otras palabras, el impugnante debe demostrar la insuficiencia del plexo cargoso para tener por acreditado el hecho y la responsabilidad penal del encausado, y debe hacerlo mediante un desarrollo argumental razonable.

Sin embargo, el camino lógico seguido por el recurrente para fundar la crítica aquí postulada evidencia notables falencias, toda vez que las premisas mencionadas no se ajustan cabalmente a las constancias de la causa. Veamos. Los testimonios en cuestión son los de la víctima, su madre y su abuela, así como de los vecinos V. F. y F. G. P..

Tal como fue señalado con anterioridad, corresponde a este Tribunal evaluar su plausibilidad probatoria para sostener la versión que el jurado tuvo por acreditada. En lo decisivo para resolver esta cuestión, cabe traer a colación segmentos de los testimonios de la víctima, su madre y su abuela.

Por una parte, la víctima C.S. declaró ante el jurado –en lo que aquí interesa– que «el día del hecho después de almorzar con mi familia, mi ex pareja, S. P., antes de tener una discusión se iba a bañar según recuerdo, y en ese momento que él iba yendo al baño me agredió con un cuchillo.

El primer puñal fue al cuello, que yo hice así ademanes para defenderme y me cortó el brazo; después me tiré al piso y me pegó dos puñaladas en la panza, gritándome que me iba a matar a mí y a las mellizas. Y ahí yo me di vuelta y me dio una puñalada acá en el costado.

Él instrucción y yo pateándolo y la perra en el medio, y después lo que me acuerdo es ver a mi mamá en la puerta y sentir la rayada de la camioneta que salía. Eso fue, en resumidas cuentas, lo que pasó».

Ante la pregunta del fiscal sobre qué le gritaba el agresor mientras la atacaba, la testigo víctima afirmó que le dijo que «la iba a matar a ella y a las mellizas. [...] Hacía tiempo que venía celoso, me celaba con todo el mundo, y en cuanto había momentos en que se ponía muy paranoico y me decía que las hijas no eran de él» –v. registro sobre instrucciones generales y apertura de debate, min. 03:35 y ss.–.

A su vez, la testigo L.E.G., madre de la víctima C.S., sostuvo –en lo pertinente para la cuestión que nos ocupa– que «almorzamos juntos ese día en el domicilio de mi hija, luego de terminar de almorzar yo me fui a mi casa, que está delante del departamento de ellos, se fue detrás de mí mi mamá y el hijo de los chicos, S.. Yo debo haber estado menos de cinco minutos en mi casa cuando escucho gritar desesperadamente a C.S., salgo corriendo, llego...están...hay dos patios, y a uno de los patios lo separa una rejita, por la puerta de la reja –antes de abrirla para pasar– voy gritando “¿Qué pasa? ¿Qué pasa?” y por la ventana de la casa veo que S. hacía este movimiento efectúa ademanes descendentes con la mano derecha, yo pensé en un primer momento que le estaba pegando, no que la estaba apuñalando. Cuando yo grito “¿Qué pasa?”, entro, él sale corriendo, intenta darme una puñalada en el hombro que yo desví con el brazo, y sale corriendo. Yo después....sale mi hija sangrando y pidiendo “¡al hospital de Maipú, al hospital de Maipú!”.

Salgo corriendo a buscar el vehículo con ella para llevarla al hospital. Ella va sosteniéndose el vientre y sale con las dos manos ensangrentadas» –v. registro audiencia de producción de prueba, min. 02:21 a 04:04-. Por su parte, la testigo G.H.O., abuela de la víctima, declaró en lo pertinente que «almorcé junto

con ellos, por el acusado y C.S., yo salí para irme a mi casa y de pronto sentí gritar “¡mamá!, ¡mamá!” [...] a mi nieta. [...] Salió mi hija primero, salí yo después, y ahí me encontré con S. [...] me pegó y me tiró al suelo. [Recuerda ver a su nieta] salir así teniéndose la panza [ademanes], ensangrentada» - v. registro sobre producción de prueba, min. 12:32 a 14:35–.

De los segmentos extraídos surge de manera clara que la versión que tuvo por acreditada el jurado –que encontró al acusado culpable del delito de homicidio agravado en grado de tentativa– puede razonablemente derivarse de las pruebas que les fueron expuestas.

La versión defensiva, según la cual no se trató de un delito tentado –lo que implica una frustración del hecho por circunstancias ajenas al autor– sino de un desistimiento voluntario del autor, puede ser racionalmente superada en particular a partir del testimonio de la madre de la víctima, pues de su versión surge que la agresión cesó cuando ella se acercó gritando, ya desde antes de cruzar la reja que separaba los patios.

Debe tenerse presente que, además del contenido de los testimonios arriba transcritos, el jurado tuvo a disposición elementos periféricos propios de la inmediación que influyen en su valoración.

Así, por ejemplo, circunstancias como el modo de la declaración, las condiciones personales, la oportunidad y habilidad del testigo para percibir el hecho, su posible interés en el resultado del caso, el contraste de su declaración con la restante evidencia, la posible existencia de inconsistencias internas o externas, etc.

Todos ellos constituyen elementos que agregan o restan credibilidad a los testigos, a los que el jurado tuvo acceso. La defensa, en todo caso, no ha aportado elementos de crítica en su impugnación para dudar del contenido sustantivo de las declaraciones sino que –por el contrario– ha aceptado la versión de esas afirmaciones, a las que pretende asignarles un diferente sentido jurídico.

Los argumentos según los cuales el desistimiento voluntario se vería acreditado porque el acusado «no mató a la madre y la abuela» no tienen entidad lógica mínima para ser evaluados. En efecto, no se advierte –a partir de los términos del recurso– qué vínculo puede trazarse entre la intención de agredir a testigos del hecho para procurarse impunidad, con la circunstancia de que el ataque haya o no cesado por voluntad propia del autor. Por último, tampoco la explicación de la mecánica del hecho aportada en la audiencia de informe oral del recurso puede tener acogida favorable en esta instancia.

En primer lugar, porque la defensa selecciona una interpretación de la evidencia expuesta al jurado, que no excluye la valoración que éste llevó a cabo. Aún en el caso de que tal versión del hecho fuera correcta, no ha demostrado que la calificación asignada por el Ministerio Público Fiscal exigiese por parte del jurado una valoración manifiestamente arbitraria de la prueba.

En segundo lugar, porque –tal como señalé antes– la teoría del caso de la acusación luce racional y justificada, mientras que la propuesta por la defensa no logra explicar –por ejemplo– que el cese del ataque no se haya producido a raíz de los gritos en pedido de auxilio de C.S., que provocaron la reacción de su madre y abuela.

Como conclusión parcial pueden, entonces, rechazarse los agravios vinculados a la prueba del hecho n° 1.

C.ii) Hecho n°2

La reconstrucción de los agravios defensivos planteados en torno a este hecho da cuenta de que sería incomprensible que P. P. hubiera intentado dar muerte a los efectivos policiales Ávila y Medina, que realizaban una barricada para detenerlo. La defensa afirma que la barricada policial y la fuerte persecución con helicópteros y otros medios constituían un arma impropia, que colocó al acusado en un estado de necesidad defensivo.

Para sostener esta afirmación, la defensa emplea cinco argumentos: 1) que P. P. giró en «U» porque se había armado un cerrojo para atraparlo y se lo atacaba con armas de fuego; 2) los efectivos policiales habían abierto fuego contra P. P., sin orden alguna; 3) que el testigo Quevedo, que esperaba un colectivo en frente de la barricada, contradujo al de Medina pues da cuenta de que ya cuando la camioneta se acercaba lo estaban apuntando con armas, lo que conduce a pensar que los efectivos ya estaban a resguardo; 4) que Ávila reconoció haber tirado a las puertas del vehículo, a pesar de que había declarado haber tirado a las ruedas.

En base a estas razones, la defensa sostiene que el jurado parece no haber empleado el sentido común ni haber hecho una composición adecuada del lugar. Además, se habría apartado de las pruebas que le fueron expuestas durante las audiencias.

Ahora bien, advierto que la teoría del caso aportada por la defensa no logra, desde el plano sustancial y jurídico, sustentarse a sí misma. Ocurre que el instituto del estado de necesidad que invoca la defensa implica afirmar que el acusado atacó un bien jurídico penalmente protegido –esto es, la vida de los efectivos policiales- para salvar otro bien protegido –la vida propia, en este caso–.

Además, requiere que las circunstancias que causan materialmente el estado de necesidad no sean atribuibles al ámbito de competencia del autor. Dicho con otras palabras, que P. P. no haya provocado la situación de necesidad –ver art. 34 inc. 3° del CP-. Como se advierte, esta situación es incompatible con la valoración probatoria que pretende la defensa.

Por una parte, afirma que el acusado no tuvo la intención de agredir a los efectivos policiales, quienes tampoco se encontraban en posición de ser agredidos. Pero, por otra, señala que la lectura correcta y conforme al sentido común y a las pruebas producidas, debe conducir a entender el hecho como un intento de P. P. de agredir a los efectivos policiales para salvarse a sí mismo.

Sin perjuicio de que estas dos afirmaciones son contradictorias entre sí –lo que determina la suerte adversa del agravio-, la aseveración de la defensa implicaría asumir dos cuestiones más que no han sido explicadas por el recurrente y resultan inaceptables.

En primer lugar, implica aceptar que la persecución policial con barricadas, helicópteros, etc., con el objetivo de detener a una persona que se evade de la fuerza pública, constituye un «mal» a los términos del art. 34 inc. 3° del CP.

Considero, por el contrario, que ese proceder es un ejercicio legítimo –al menos, en la forma en que se llevó a cabo en autos- de la coerción estatal, que el ciudadano debe tolerar y obedecer. En segundo lugar, involucra desconocer que el ya descartado «mal» no fue causado por el accionar propio del acusado, lo que resulta a todas luces imposible de afirmar.

No está discutido que P. P. huía de la fuerza policial que lo perseguía por las agresiones que había causado a su ex pareja. En base a estos motivos, corresponde rechazar el agravio relativo al hecho n° 2 expresado por la defensa.

C.iii) Hecho n°3

Respecto de este hecho, la defensa invoca dos argumentos. Por una parte, que el efectivo policial Ibáñez no fue expuesto a riesgo de perder su vida, lo que se puede observar con claridad a partir del video de la Policía aportado a la causa.

Por otra, que el acusado habría obrado en estado de necesidad, tal como argumentó en el hecho n°2. Ahora bien, respecto del segundo argumento corresponde remitir en un todo a lo expresado antes, al expedirme sobre el hecho n°2.

Las mismas razones que en aquella oportunidad me convencieron de rechazar los argumentos relativos a un estado de necesidad son aplicables a este supuesto. Sin embargo, en tanto en este caso la defensa no vincula causalmente ese agravio a la cuestión de valoración probatoria, a la que cuestiona de manera independiente, entiendo que debo ingresar a verificar que a partir de las pruebas que fueron expuestas al jurado éste pudo razonablemente derivar el veredicto de culpabilidad por homicidio agravado en grado de tentativa, tal como lo hizo.

Por este motivo me interesa rescatar dos elementos de la prueba expuesta al jurado que tienen la particularidad de explicar como plausible la decisión del jurado. En primer lugar, las grabaciones del puesto policial ubicado frente a la subcomisaría de Blanco Encalada.

El registro permite advertir con claridad cómo el oficial Ibáñez se encuentra apostado en la calzada, justo entre medio de la sede de la subcomisaría y una camioneta policial que está cruzada en diagonal en la ruta n° 82.

El video muestra cómo el oficial observa en dirección a la camioneta de P. P., a la cual se intentaba detener; se aparta de la trayectoria que ésta traía en contramano, abre la puerta de la camioneta que está cruzada formando una barricada e inmediatamente la camioneta conducida por P. P. pasa a gran velocidad a centímetros suyo, ignorando la señalización –un cono se eleva por el aire- y los obstáculos – neumáticos y reductores de velocidad- que pretendían detener su marcha.

El video en cuestión fue expuesto al jurado en oportunidad de citar como testigos a Gabriela Celeste Case y al Lic. Roberto Munives –v. audiencia n° 15–.

En segundo lugar, me interesa rescatar la declaración de la oficial de policía Daiana Valenzuela, quien sostuvo –en lo que aquí resulta relevante- que al momento de los hechos «[e]staba en el puesto policial de Blanco Encalada [...], es una subcomisaría. [...]. Ese día me encontraba de guardia [...] aproximadamente a las cuatro de la tarde solicitan apoyo por una persecución de un individuo en una camioneta Ranger de color bordó, que venía en dirección a Cacheuta. [U]na de las medidas que tomamos fue [...] ponerme en el puesto policial, en el medio de la ruta, debido a la gran cantidad de autos que venían hacia Cacheuta.

Al percatarme de que la camioneta no iba a frenar, me salgo de la ruta y pasa la camioneta hacia Cacheuta, como así también pasan las movildades atrás de la camioneta. Pasados unos minutos, uno de los móviles da aviso de que la camioneta había girado y había tomado de nuevo con dirección hacia el este, por la ruta 82.

En ese momento lo que hicimos en el puesto fue colocar unas gomas, unos neumáticos que estaban en desuso los pusimos en la ruta, como así también un móvil policial para hacer que esta persona en esa camioneta se detenga. Al verlo y notar que la camioneta no iba a detenerse, en un momento lo primero que pensé fue detener el tránsito para que las personas que venían subiendo, debido a que él venía en contramano, no fueran colisionadas por la camioneta. Lo que pasó después fue ver la camioneta que ya venía muy encima, me puse detrás del primer vehículo que había parado, y al ver que esta persona no se detuvo, disparé contra la camioneta.

En realidad le disparé contra uno de los neumáticos, pero no, ni con ese disparo logró frenarse. Después de que pasó por el puesto, a unos quinientos metros, lo que veo es que la camioneta se cruza de carril y veo la polvareda» -v. registros audiovisuales de la audiencia n° 8, minuto 27:34 a 30:55-.

Tal como lo he sostenido al comenzar este voto, la tarea de este Tribunal de revisión no consiste en realizar una nueva valoración probatoria, ni subrogarse en la tarea valorativa llevada a cabo por el jurado. Por el contrario, la función que nos es asignada es la de revisar si el material probatorio que fue expuesto al jurado permite racionalmente sostener el veredicto al que éste arriba.

En el caso, a partir de la evidencia que le fue expuesta y en particular la prueba que he traído a colación, puede sostenerse como plausible el veredicto de culpabilidad por el delito de homicidio agravado en grado de tentativa que se le acusaba a P. P., sin que se advierta la posibilidad de arbitrariedad.

La crítica defensiva en este punto resulta ser, entonces, una discrepancia con el criterio valorativo empleado por el jurado, antes que la demostración de un supuesto de arbitrariedad o apartamiento de la prueba. Por estas razones, los agravios relativos al hecho n° 3 deben ser desestimados en esta instancia.

C.iv) Hecho n°4

En relación a este hecho, la defensa sostiene que P. P. causó accidentalmente la maniobra que dio muerte a los efectivos policiales Ríos y Cussi, a raíz de que se estaba disparando sobre el parabrisas del vehículo que conducía. Además, la maniobra brusca hacia la izquierda, que terminó impactando a los efectivos, fue causada por un desperfecto mecánico de la camioneta que conducía el acusado, que ésta ya tenía por la colisión previa.

De manera tal que el resultado lesivo no es atribuible a la voluntad de P. P., sino a un rodado ingobernable. Entiendo que también debe descartarse este agravio. Ello en función que, tal como concluí en el análisis del hecho n° 3, corroboro que a partir de la prueba que fue expuesta al jurado, éste pudo razonablemente considerar probado el hecho por el que declaró culpable a P. P..

Según entiendo, este es el modo adecuado de abordar estas cuestiones que no se vinculan de manera necesaria a consideraciones jurídicas determinadas –como ocurre en el caso de los agravios expresados en relación con los hechos n°2 y 3-, sino lisa y llanamente a la tarea de valoración probatoria que compete exclusivamente al jurado popular.

Como sostuve antes, precisamente la función del jurado consiste en valorar la prueba según su criterio, y determinar –a partir de sus propias valoraciones, que representan un valor epistémico extra en razón de que provienen de un cuerpo popular que identifica el sentido común- si los hechos ocurrieron o no conforme lo sostiene la acusación y fue probado durante el debate.

En la tarea revisora que me compete, he podido constatar que al jurado le fueron expuestas –en relación a este hecho- múltiples declaraciones que permiten derivar como consecuencia racional el veredicto de culpabilidad por el delito de homicidio agravado de los efectivos policiales Cussi y Ríos.

No es el caso reiterar en esta oportunidad todo el debate llevado a cabo en autos, pero sí me interesa rescatar tres testimonios que resultan particularmente pertinentes para sostener como plausible y racional el veredicto del jurado.

En primer lugar, la declaración de Adriana Campagna, quien afirmó que «[y]o estaba a doscientos metros más o menos del hecho. Había ido a pasar el fin de semana, porque era 25 de mayo, a unas cabañas que había cerca. Ese día salgo a andar en bicicleta y me estaba subiendo a mi bicicleta cuando veo que sobrevolaba muy bajito un helicóptero de la policía [...].

En eso pasa una moto con dos policías, hacia donde estaba yo, más adelante, y se estacionan sobre la banquina y veo que viene una camioneta bajando, cruza de carril, se clava [...] en la banquina sobre las piedras, da dos tumbos, queda con las ruedas para arriba, y el helicóptero como que se acerca más sobre el piso y se empieza a levantar mucha tierra y todo [...] y mucha gente [...] empezaron a llegar muchos móviles de la Policía, y en eso el helicóptero sube y como que se aplaca la tierra, y ahí yo me acerco [...] y cuando llego veo que tienen a un chico -el que venía manejando la camioneta- esposado sobre la camioneta, y a dos policías muertos y a la moto que estaba enterrada sobre las piedras». Preguntada sobre la acometida con la camioneta a los dos policías que circulaban en moto, declaró que «[...] veo que [la camioneta] cruza de carril. O sea, venía por su mano, los chicos estaban.... él venía por la izquierda, mirándolo así, los chicos estaban a la derecha, y cruza de carril a donde estaban los chicos estacionados en la moto.

Es lo que veo desde donde estaba parada yo [...] Estaba libre la ruta [...] no veo el motivo por el que dobló ahí en frente de ellos, porque estaba libre la ruta, toda la ruta, no había tránsito» –v. registros audiovisuales de la audiencia n° 7, minuto 41:02 a 47:18–. A instancias de la defensa, la testigo aclaró que en su oportunidad declaró que la camioneta debió haber tocado primero el contenedor –v. min. 54:52 a 57:23–, lo que respondía probablemente a que durante la investigación recordaba mejor la forma en que se desarrollaron los hechos. También aclaró que la camioneta que conducía P. P. venía en línea recta, que no zigzagueaba ni se tambaleaba.

En segundo orden debe destacarse la declaración de la testigo Estefanía Sifuentes, quien refirió que: «[...] trabajaba en un puesto que vendía cosas caseras –pan, tortas, todo eso-. Yo veía mucha policía y no entendía qué es lo que pasaba. Y de repente vi que se paró una moto de Policía con dos policías, y vi que venía una camioneta muy rápido y se les lanzó directo a ellos.

Y cuando vi el impacto me empecé a correr porque pensé que la camioneta iba a llegar a donde yo estaba. Agarré y me metí a un edificio que había abandonado y me escondí ahí, del mismo susto, porque se llenó tanto de tierra que pensé que la camioneta iba a llegar a donde yo estaba».

En relación a la velocidad de la camioneta, afirmó que «[n]o sé, muy rápido venía» y en respuesta a la pregunta sobre si el conductor se lanzó directamente sobre los policías, dijo que «[s]í...fue al lado mío así que vi [...]». Ante la pregunta de la defensa sobre si era con intención de pegarle a la moto o no, expresó que «[s]e notaba que era con intención. Alguien que no quería hacerlo con intención, no se hubiera ido

directamente hacia las dos personas que estaban ahí. [...] Vi todo, se bien lo que vi» -v. registros audiovisuales audiencia nº8, minuto 01:00 a 14:30-.

En tercer lugar, hay que hacer alusión a los dichos del piloto del helicóptero de la Policía de Mendoza, Martín Martínez, quien declaró que «[mientras seguía desde el helicóptero el trayecto de la camioneta de P. P.] observo que viene una camioneta a alta velocidad [...] más adelante había un control policial, donde habían autos estacionados, la camioneta evade el control a alta velocidad.

Pasa el control, observamos una moto policial que venía de frente, en sentido de este a oeste, la moto policial se tira hacia una banquina, o sea la banquina derecha de ella, y la camioneta cruza de carril, los impacta directamente a la moto.

En ese momento, observamos uno de los cuerpos que vuela, yo por la velocidad que traía en el helicóptero me paso, cuando giro ya me encuentro que la camioneta estaba dada vuelta, ahí se puede observar también un móvil policial que llega a sacar al conductor de la camioneta, se observa un cuerpo policial delante de la camioneta, y en ese giro –cuando estoy dando el giro- observo que hay otro cuerpo, más alejado, que está cerca [...] de la vereda digamos, atrás de un poste de luz o un árbol, no recuerdo, y que los policías no le estaban prestando atención médica, por lo que tomo la radio y pido al comando que le avisara a personal de tierra que había otro cuerpo para que lo asistieran.

Intento aterrizar en la zona, me fue imposible por la cantidad de gente que había, el alumbrado público y los cables, y por eso no pude aterrizar como para poder prestarle atención a los efectivos si la necesitaban» -v. registros audiovisuales audiencia nº8, minuto 17:24 a 19:50-. La defensa sostuvo una teoría del caso suficientemente plausible como para ser considerada racional, según la cual el suceso no se explica como un homicidio doloso sino como un accidente que derivó en un homicidio imprudente de los oficiales causado por los desperfectos de la camioneta a raíz de haber colisionado previamente con un objeto –vgr. El contenedor de basura que había cerca-.

A pesar de ello, no hay elementos que avalen su postura como excluyente de la explicación fiscal del caso, pues lo cierto es que la hipótesis acusatoria también puede ser derivada racionalmente de la prueba que fue expuesta al jurado.

En particular, aunque no de manera excluyente, las pruebas que han sido citadas acá dan cuenta de la fuerte plausibilidad de la tesis acusatoria. En definitiva, tal como ocurre respecto de los demás hechos, el agravio no resulta procedente en esta instancia.

Cabe destacar que la conclusión a la que arribó el jurado de ninguna manera resulta incompatible con la pericia técnica en la que la defensa basa su teoría del caso, y que da cuenta de desperfectos técnicos en la camioneta.

Esto por cuanto, más allá de que se tengan por acreditados los daños en el rodado y aún en el caso de que éstos fueran anteriores al vuelco final, el nexo causal entre los daños y la maniobra de P. P. hacia la izquierda no ha sido acreditado por la defensa.

Dicho con términos claros, la existencia de desperfectos técnicos no excluye la posibilidad de que el acusado haya maniobrado, como consideró el jurado popular, para causar la muerte de los efectivos policiales que intentaban detenerlo en moto, embistiéndolos. Por estas razones, tampoco este agravio resulta procedente.

d.- Conclusión

Por los motivos expuestos precedentemente, entiendo que el recurso de casación incoado por la defensa de A.S.P.P. debe ser rechazado en esta instancia y, en consecuencia, confirmarse la Sentencia N° 623 pronunciada por el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere. Ampliatorio.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO DIJO, EN VOTO AMPLIATORIO:

Puesto a resolver la cuestión en tratamiento, comparto la solución a la que arriba el ministro preopinante, aunque estimo pertinente efectuar algunas consideraciones ulteriores relativas al sistema de jurado popular en que se basa la sentencia condenatoria dictada respecto de A. S. P. P..

Me detendré en tres cuestiones que a mi entender resulta pertinente abordar en esta primera oportunidad en que la Suprema Corte de Justicia se expedirá en torno al juicio por jurados populares.

La primera de ellas se vincula a la validez constitucional del enjuiciamiento por jurados populares (a). La segunda, a los límites que las garantías constitucionales y convencionales imponen al diseño de modelos de enjuiciamiento (b). Por último, me interesa hacer alusión a algunas características del concreto sistema previsto para la provincia de Mendoza y que fue inaugurado en este caso (c).

a- Validez constitucional del enjuiciamiento por jurados populares

a.- En este orden, resulta sabido que el juicio por jurados populares constituye una forma de enjuiciamiento distinta de la que supone el juzgamiento por parte de jueces profesionales, pero aún así, igualmente válida.

La Constitución Nacional, en su redacción originaria del año 1853, se refirió al juicio por jurados en tres disposiciones que hoy se encuentran previstas en los arts. 24, 75 inc. 1º y 118.

Allí se estableció una obligación específica, dirigida al Poder Legislativo, de promover el establecimiento del juicio por jurados y dictar las leyes generales que fueran necesarias para ello. También se dispuso que «todos los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del derecho de acusación concedido a la Cámara de Diputados, se terminarán por jurados, luego que se establezca en la República esta institución» (art. 118, primera parte).

En el año 1911 la Corte Federal, en oportunidad de resolver sobre un pedido de enjuiciamiento por jurados, afirmó que las normas mencionadas no imponían al Congreso el deber de proceder inmediatamente al establecimiento del juicio por jurados (**conf. «Don Vicente Loveira c. Don Eduardo t. Mulhall» Fallos, 115:92, posición mantenida en «Ministerio Fiscal c. 'La Fronda'», Fallos, 165:261**), validando de ese modo la mora en su diseño, legislación e implementación.

Sin embargo, tal como afirma GELLI, a pesar de las prevenciones que generó y todavía suscita el juicio por jurados, la mora en que se mantiene el Congreso de la Nación no debe interpretarse en el sentido de que la institución en cuestión ha sido derogada por los hechos (**GELLI, María Angélica, La validación del juicio por jurados populares desde la democracia y el federalismo, La Ley, 26/06/19**).

La CSJN, en su actual composición, se expidió respecto de la distribución de competencias entre el Estado Federal y las provincias en materia de establecimiento del juicio por jurados en el **fallo «Canales»**, citado en el voto preopinante.

Allí afirmó que a la provincia de Neuquén, y del mismo modo las demás provincias de la Nación, le había sido conferida la facultad de establecer y reglamentar el juicio por jurados en el orden local, como parte de las competencias referidas a la «administración de justicia» y a la facultad no delegada en materia de «jurisdicción local».

Concretamente afirmó -con cita de «**Strada, José Luis**» y «**Di Mascio, Juan Roque**»- que «conforme el diseño constitucional establecido en los artículos 50, 121, 122 y 123 de la Constitución Nacional, es facultad no delegada por las provincias al Gobierno Nacional la de organizar su administración de justicia y, por ello, la tramitación de los juicios es de su incumbencia exclusiva por lo que pueden establecer las instancias que estimen convenientes» (conf. «**Canales**», considerando 7°).

De manera tal que el juicio por jurados, con sus características y particularidades, constituye un modelo de enjuiciamiento con serias y trascendentales diferencias respecto del modelo de juez profesional al que estamos acostumbrados, y sin embargo, igualmente válido desde el punto de vista jurídicoconstitucional.

La selección de uno u otro modelo depende de acuerdos políticos sobre el diseño del sistema de justicia, y estribará de las cualidades subjetivas y la colocación institucional que se consideren necesarias en quien tiene a su cargo el rol de definir en el proceso criminal.

Al respecto, FERRAJOLI sostiene que «[l]a elección del modelo de juez, de sus requisitos personales, las modalidades de selección y reclutamiento, su posición constitucional, los criterios de determinación de sus competencias y las formas de control de su actividad- está ligada al modelo de juicio por el que se haya optado y, por ello, a la fuente de legitimación asignada con carácter general a la jurisdicción. Este nexo entre personas y ritos, entre ordenamiento judicial y método procesal, ha estado siempre presente en la doctrina procesalista clásica. [...] La alternativa entre jueces-magistrados y jueces-ciudadanos ha sido siempre la opción más decisiva en materia de ordenamiento judicial» (FERRAJOLI, Luigi, 1995, **Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, Madrid, Trotta, p. 575**).

A mi entender, la institución del juicio por jurados para la resolución de los delitos previstos por el art. 80 del Código Penal en la provincia de Mendoza obedece a un acuerdo político sustancial que pretende dotar de legitimidad las decisiones jurisdiccionales sobre este grupo de casos particularmente complejos. Ello responde a una necesidad de aproximar la justicia a la comunidad y de democratizar el proceso de toma de decisiones.

b- Límites que las garantías constitucionales y convencionales imponen al diseño de modelos de enjuiciamiento.

b.- Ahora bien, el diseño del organigrama judicial puede admitir matices y diferentes modelos, aunque debe mantenerse siempre dentro de determinados límites.

Del mismo modo En que la Constitución Nacional prevé la realización de juicios por jurados en casos criminales, también dispone una serie de derechos y garantías vinculados al proceso penal e incorpora instrumentos internacionales de derechos humanos que estipulan una particular manera de llevar adelante el enjuiciamiento de ciudadanos en nuestro país.

Esto significa que el juicio debe ser el resultado de un debido proceso, que ha sido definido sintéticamente por la Corte Federal como la exigencia de «observancia de las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia» (conf. «**González, Miguel Ángel**», Fallos 342:1501 y sus citas, entre otros).

La caracterización detallada del debido proceso excede el propósito de este voto, pero a modo enunciativo debe tenerse presente que implica al menos el respeto del principio de legalidad, de la prohibición de doble juzgamiento, del derecho a ser oído, a acceder a un recurso efectivo, a ser juzgado por un tribunal competente, imparcial e independiente y dentro de un plazo razonable, a que se presuma la inocencia del acusado, a no ser obligado a declarar contra sí mismo y permitiendo el derecho de defensa, el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva.

De este modo, el debido proceso importa el establecimiento de límites concretos y claros a la facultad de determinar el modo en que se llevan adelante los procesos criminales que suponen la administración pública de penas. En lo que aquí respecta, el juicio por jurados populares parece poner en juego dos derechos del acusado: el derecho a un fallo razonado y el derecho a la revisión de la sentencia condenatoria. En lo que sigue me ocuparé de explicar por qué, a mi entender, el modelo previsto por la **ley 9.106** no conculca ninguno de estos derechos.

c- Características del concreto sistema previsto para la provincia de Mendoza

c.- El juicio por jurados populares recientemente instaurado en nuestra provincia prevé mecanismos procesales para asegurar que el debido proceso sea respetado en plenitud.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido clara respecto de que las decisiones que adopten los órganos internos que pueda afectar derechos humanos –como la aquí cuestionada- deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario pueden ser arbitrarias.

El deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de la ciudadanía a ser juzgada por las razones que el derecho suministra, y otorga credibilidad a las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática.

Concretamente sobre el modo en que satisface los requisitos convencionales de motivación la sentencia que se funda en parte en un veredicto del jurado popular, la Corte Interamericana se ha expedido recientemente en el **caso «V.R.P., V.P.C. vs. Nicaragua»** citado en el voto que lidera este acuerdo.

Me interesa destacar que ese Tribunal, además, ha declarado que «el deber de motivar no exige una respuesta detallada a todo argumento de las partes, sino que puede variar según la naturaleza de la decisión, y que corresponde analizar en cada caso si dicha garantía ha sido satisfecha» (**conf. CorteIDH, caso Tristán Donoso vs. Panamá, Excepción Preliminar. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 27 de enero de 2009, párr. 154**).

De forma tal que la sentencia que prevé la ley 9.106 debe considerarse debidamente motivada -en abstracto y en cuanto a su diseño institucional- por cuanto se compone de las instrucciones iniciales, las instrucciones finales, el veredicto del jurado y la resolución de imposición de pena.

En este sentido, considero que el secreto de las deliberaciones del jurado no implica déficit alguno de motivación en tanto el modelo de enjuiciamiento adoptado supone una forma de fundamentación procedimental de la decisión, compatible con las garantías antes aludidas.

Esta estructura procesal tampoco supone un menoscabo a la garantía de doble conforme.

Así lo sostuvieron la CSJN y la CorteIDH en los **fallos «Canales» y «V.R.P., V.P.C. vs. Nicaragua»** mencionados antes y analizados en detalle en el voto preopinante. A las consideraciones allí efectuadas, que comparto, encuentro pertinente agregar que el material revisable en segunda instancia no se limita

al veredicto del jurado, sino que abarca todos los actos procesales que dan lugar al juicio, así como los que se desarrollan durante las audiencias con el jurado y los posteriores. Esto permite a la defensa controlar y exigir el control de cada uno de los actos procesales que resultan relevantes para la deliberación del jurado popular.

Finalmente, también el sentido del veredicto puede ser evaluado en su razonabilidad y apego a la prueba, tal como lo dispone el **art. 14 de la ley. 9.106**.

Dicho en términos claros, no es el veredicto lo único que se revista en esta instancia, sino toda la sentencia y el procedimiento previo que ésta lleva ínsito. Esto permite contestar, por otra parte, la crítica que podría plantearse al jurado popular desde el punto de vista de la falta de profesionalización de sus miembros.

La decisión del jurado, expresada en su veredicto, se encuentra enmarcada por la intervención durante todo el proceso de un juez profesional que controla la actuación de las partes, el ingreso de prueba al procedimiento y el cumplimiento de los requisitos del debido proceso, «balizando» el camino del **jurado (CSJN, «Canales»)**.

Por otra parte, la decisión del jurado se ve enriquecida con la fuerte ventaja que supone para la valoración de los hechos la falta de conocimientos especiales y experiencias que tienen los ciudadanos legos. HANS sostiene que los miembros del jurado pueden actuar como un freno contra acusadores excesivamente apasionados o contra un juez o tribunal imparcial.

Además, con el paso de los años la determinación judicial de los hechos se vuelve rutinaria, y los jueces pueden llegar a volverse insensibles, a saturarse o favorecer habitualmente a una parte sobre otra, o sacar enseguida conclusiones prematuras a causa de patrones de hechos similares en los casos anteriores. Personas legas que sólo deciden un caso ofrecen, por el contrario, una perspectiva fresca y es más probable que representen mejor los diferentes puntos de vista y actitudes de la comunidad en general.

A su vez, que los determinadores legos de los hechos tengan más probabilidades de reflejar las características sociales y políticas de la comunidad ayuda a asegurar que los fallos judiciales estén en línea con las actitudes comunitarias, y aportan ventajas propias de la decisión deliberada entre individuos de diferentes entornos y experiencias.

En suma, los jueces profesionales tienen la ventaja de la experiencia legal, mientras que los jurados legos traen una diversidad de perspectivas y un fuerte arraigo a las normas comunitarias a la tarea de determinar los hechos del caso (**HANS, Valerie P., 2014, ¿Cuál es la diferencia que hace un jurado?, en HANS, Valerie P., GASTIL, John, El Juicio por Jurados. Investigaciones sobre la Deliberación, el Veredicto y la Democracia, Buenos Aires, AdHoc, pp. 25-27**).

En definitiva, las razones señaladas me convencen de que el juicio por jurados establecido para la provincia de Mendoza satisface las exigencias constitucionales y convencionales vinculadas al debido proceso. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere. Ampliatorio.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO, EN VOTO AMPLIATORIO: Una vez analizados los agravios manifestados por la defensa de A.S.P.P, así como de la sentencia condenatoria pronunciada en autos, el dictamen del señor Procurador General y las demás constancias que acompañan la causa,

anticipo que comparto la decisión propuesta en el acuerdo que me precede, así como las consideraciones efectuadas por mis distinguidos colegas de Sala.

Sin perjuicio de ello, a mi entender requiere especial consideración el análisis de las instrucciones que fueron impartidas al jurado, particularmente aquella que versa sobre los elementos subjetivos de los tipos que se atribuyeron a P. P., dada la crítica que ha formulado al respecto la defensa.

Sin embargo, esta cuestión decisiva para el fondo del asunto no puede ser esclarecida sin antes analizar algunas cuestiones relativas al diseño institucional del jurado establecido en nuestra Provincia.

Con este propósito, comenzaré con algunas consideraciones sobre la legitimidad democrática que el jurado popular incorpora a la toma de decisiones penales (a). Luego, explicaré cuáles son las tensiones que esta institución de reconocido origen anglosajón provoca con nuestro sistema jurídico de raigambre continentaleuropea, y cómo es posible armonizar estos dos sistemas (b).

De este modo me será posible justificar por qué, a mi entender, la garantía de doble conforme puede y debe regir en plenitud para toda sentencia condenatoria, cualquiera sea la forma de enjuiciamiento elegida en primera instancia instrucción.

Finalmente, las consideraciones precedentes repercuten en el modo en que entiendo deben diseñarse -y revisarse- las instrucciones que se imparten al jurado (d), tanto en lo que hace a la valoración de la prueba (d.1.), como en lo pertinente a la adjudicación del derecho, en lo que ahora interesa, ceñido al elemento subjetivo de los tipos penales imputados (d.2.).

a. Sobre el plus de legitimidad democrática que el jurado aporta a las decisiones judiciales

Es posible identificar ciertas tensiones entre las ventajas que se asignan al jurado popular y las que aporta el juez técnico. Según mi modo de ver, cada tipo de órgano decisor se apoya en diferentes premisas institucionales y realiza aportes democráticos desde una perspectiva distinta. El jurado popular presenta ventajas democráticas, al menos, en dos planos.

Por una parte, y desde un punto de vista procedimental o instrumental, el jurado asegura un **método de selección de jueces igualitario y representativo**, que permite a la ciudadanía controlar y participar en la toma de decisiones públicas, a la vez que optimiza la **garantía de imparcialidad**.

Por otra parte, el jurado tiene un **valor epistémico intrínseco, vinculado al contenido de las decisiones que emanan de sus deliberaciones**.

Esto proviene del mayor número de personas involucradas en la toma de decisión, del método deliberativo por el cual arriban a sus conclusiones, y de la unanimidad exigida como requisito para considerar culpable, o no culpable, al acusado.

Desde el punto de vista procedimental o instrumental, un aspecto característico y esencial del jurado popular es su método de selección mediante el azar y a partir de un listado de ciudadanos cuyo único requisito es la aptitud para el ejercicio del sufragio activo -con algunas excepciones que tienden a garantizar la imparcialidad (v. art. 5, ley 9.106)-.

Esta forma de constitución del jurado permite conformar un órgano plural y representativo de diferentes estratos sociales para decidir sobre el caso (**CONTI GÓMEZ, María Eva; TOLEDO, Alejandro C., E., 2012,**

El juicio por jurados como democratización de la administración de la justicia, Infojus Derecho Penal, año I, n° 3, pp. 89-111).

La pluralidad de su conformación resulta muy ventajosa si se considera que el azar permite revertir la sobrerrepresentación que algunos sectores privilegiados pueden tener en los cargos judiciales.

A su vez, al componerse el jurado por ciudadanos que como regla toman contacto por primera vez con el proceso penal, es esperable que su sensibilidad valorativa no se encuentre afectada por el eventual sesgo que puede generar en un juez técnico la dedicación exclusiva a la tarea de juzgar.

En efecto, respecto de los jueces técnicos exclusivamente dedicados a la tarea de juzgar cabe la posibilidad de que generen un sesgo e inmediatamente «clasifiquen» el caso en las categorías de análisis en las que están acostumbrados a pensar, sesgo que les impida evaluar los matices de cada caso.

Esto no ocurre con el jurado popular, constituido específicamente para el caso. La selección del jurado a través del padrón electoral de quienes se encuentran habilitados para elegir la composición de los poderes Ejecutivo y Legislativo supone una vinculación entre la representatividad propia de los mecanismos democráticos de participación popular amplia con otro tipo de representatividad que atomiza hasta la mínima expresión –doce personas- el contralor de las decisiones jurisdiccionales.

Por otra parte, la composición heterogénea que caracteriza al jurado también funciona como una aproximación más intensa a las garantías que reivindica la publicidad de los actos de gobierno. Por un lado, la participación ciudadana directa permite generar publicidad en sentido estricto, mediante el involucramiento directo y sin intermediaciones de los ciudadanos en el proceso de impartir justicia **(BERCHOLC, Jorge, 2008, El juicio por jurados y sus beneficios, en BERCHOLC, Jorge [dir], El Estado y la emergencia permanente, Bs. As., Ed. Lajouane, pp. 443/444.)**.

Por otro lado, el contacto de la ciudadanía con el proceso supone su inmersión en la administración de justicia y asegura la materialización del derecho a la información, a la que el jurado incorpora valoraciones propias, sin pretensiones de objetividad.

De este modo, y en la medida en que un grupo de población heterogéneo interviene personalmente en la etapa principal del proceso, el jurado ofrece la posibilidad de un control más directo en torno a las prácticas judiciales. Ahora bien, quizás la mayor ventaja en el plano procedimental que aporta el jurado popular radica en que satisface un doble estándar de imparcialidad: es un ente representativo de la sociedad, que carece de sesgos perjudiciales y de intereses particulares.

El elemento distintivo del jurado moderno es su desconocimiento de los hechos materia del litigio, es decir, es imparcial en el sentido de que resulta neutral en términos de que ningún beneficio particular guía su decisión; pero a la vez es una parte sustancial en la satisfacción de los intereses públicos involucrados, en tanto limita la pretensión punitiva del Estado **(SCHIAVO, Nicolás, 2016, El juicio por jurados. Análisis jurisprudencia y doctrinal, Buenos Aires, Hammurabi, pp. 218-219)**.

En este orden, la audiencia de voir dire resulta un dispositivo idóneo para las partes a efectos de prevenir que ninguno de los individuos que compone el jurado tenga un interés subjetivo que comprometa su decisión, o un sesgo que le impida vincularla exclusivamente a las evidencias presentadas.

Por otra parte, y ya desde un punto de vista epistémico, el jurado agrega valor democrático a las decisiones judiciales pues permite el ingreso al juicio de las ventajas inherentes a la deliberación.

Dicho con otras palabras, el jurado constituye un procedimiento con valor intrínseco –independiente del resultado de sus decisiones-.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que la calidad de una decisión mejora al aumentar el número de personas involucradas en la deliberación.

Ello es explicado por el teorema de Condorcet según el cual, si presumimos que cada miembro de un panel decisor tiene la tendencia a adoptar la decisión correcta, la probabilidad de que el veredicto sea correcto aumenta cuando se incrementa el número de miembros del panel **(NINO, Carlos, 1997, La constitución de la democracia deliberativa, Barcelona, Ed. Gedisa, p. 178).**

En segundo lugar, la regla de la unanimidad que en nuestro sistema procesal es necesaria para que el jurado arribe a un veredicto de culpabilidad también se relaciona con la garantía de la imparcialidad. En un contexto deliberativo como el que debe regir las discusiones secretas del jurado, la unanimidad opera como un equivalente funcional de la imparcialidad.

La solución propuesta por uno de los miembros del jurado puede estar errada acerca de las relaciones causales involucradas, o contener errores lógicos o fácticos. Sin embargo, es altamente probable que el resultado del proceso de discusión sea imparcial, y por ende, correcto, si éste ha sido unánimemente aceptado por todas las personas involucradas **(NINO, Carlos, op. Cit., pp. 166-179).**

Claro que esto no implica en términos lógicos que de «unanimidad» se siga «imparcialidad», pues el fracaso en alcanzar la unanimidad por solo un voto puede reflejar una desviación extrema de la imparcialidad, e incluso un acuerdo unánime alcanzado bajo condiciones no ideales de deliberación –vgr., jurados no comprometidos con su tarea- puede arribar a un acuerdo incorrecto. Por eso, por sí misma, la unanimidad no es suficiente para demostrar la corrección de una solución, pero sí nos permite pensar como más probable que un acuerdo unánime sea imparcial.

Debe tenerse en cuenta desde una perspectiva epistémica, en tercer lugar, el valor específico de la obligatoria discusión deliberativa del jurado. La discusión intersubjetiva ayuda a detectar errores fácticos y lógicos. A menudo una solución puede ser injusta no porque oculte motivos egoístas o intereses particulares, o aún porque una de las personas involucradas falle en representar los intereses de los demás, sino porque ignora ciertos datos relevantes o comete alguna falacia lógica.

En estos casos, es posible que los otros participantes en la discusión puedan detectar aquellas faltas y señalárselas de modo que su autor pueda corregirlas.

Por eso, es sumamente relevante la deliberación en la toma de decisiones, pues el intercambio de argumentos entre personas como proceso de decisión colectiva incorpora ventajas democráticas epistémicas al proceso judicial.

Existe un último ámbito en el cual el juicio por jurados ofrece ventajas democráticas, y se vincula a las valoraciones morales que implica la interpretación y aplicación del derecho.

Los derechos constituyen conceptos morales, pues la ley es en sí una forma de instrumentar de manera generalizada consideraciones de carácter moral, a las que se arriba a través de acuerdos legislativos adoptados por representantes del pueblo.

Estas normas, sin embargo, contienen espacios abiertos a la valoración moral que se manifiestan cuando se las aplica en casos concretos.

No solamente se advierten en la interpretación de conceptos normativizados, tales como «alevosía», «ensañamiento» u «odio», sino también en la determinación de los límites de la imputación, como cuando se debe establecer la razonabilidad de una forma de actuación.

Ahora bien, normalmente es el juez técnico quien interpreta el modo y la extensión en la que los conceptos morales deben ser aplicados, pero en el juicio por jurados esta tarea se lleva adelante a través de las propias valoraciones morales de los representantes del pueblo (**ROTH, Laura, 2012, Desmalezando la discusión sobre la democracia y la participación ciudadana en el proceso penal, Infojus Derecho Penal, año I, n° 3, pp. 205-222**).

Este conjunto de razones me convence de que el jurado convierte a la participación ciudadana en una vía idónea para lograr la democratización de la administración de la justicia. Sin embargo, encuentro pertinente destacar que lo hasta aquí dicho no implica que, a mi entender, el juez técnico carezca de estas virtudes, pues también representa al pueblo –pues en el mecanismo de selección y nombramiento intervienen representantes electivos de los poderes Ejecutivo y Legislativo–, es imparcial, en principio carece de sesgos y delibera.

Se trata, como anticipé, de dos mecanismos institucionales válidos constitucionalmente que enfatizan, de diferente manera, virtudes republicanas.

b. La confluencia de dos tradiciones jurídicas en el ordenamiento local

Lo hasta aquí dicho permite afirmar que la matriz del juicio por jurados supone una mayor legitimidad democrática en tanto aproximación inmediata y directa del ciudadano al sistema de justicia.

Sin embargo, a esta obviedad se suma otra, cuya novedad me preocupa menos que su verdad: dicha ganancia en el plano de los principios republicanos no puede significar para los actores del proceso penal un menoscabo de sus garantías fundamentales.

Por ello, en lo que hace a la revisión de la sentencia en esta instancia, que el juicio fuera realizado con jurados no ha de cancelar el derecho al doble conforme del que goza el imputado. Ello por cuanto el juicio por jurados es plausible constitucionalmente con la CADH y el PIDCP únicamente si posibilita la revisión de la valoración de la prueba, el cumplimiento de normas de procedimiento y la aplicación del derecho. Sobre esto me enfocaré más adelante.

Como es sabido el juicio por jurados tiene un reconocido origen anglosajón y se encuentra previsto por nuestra Constitución Nacional, que entre sus fuentes reconoce la Constitución de Estados Unidos.

Sin embargo, la posterior codificación que caracterizó nuestro sistema jurídico y la tradición organizativa de nuestros tribunales es propia del derecho continental europeo.

A ello debe sumarse que la reforma constitucional de 1994 incorporó un conjunto de tratados internacionales fundamentales, dando lugar a lo que ha sido definido como un **«bloque de constitucionalidad»**.

De manera tal que, en la actualidad, nuestro ordenamiento jurídico está conformado por un conjunto ecléctico de tradiciones jurídicas, que suponen diferentes premisas ideológicas de fondo.

La tarea, entonces, consistiría en indagar la manera en la que ambos sistemas son compatibles: uno que supone un veredicto del jurado popular en el que no es posible conocer la motivación de la decisión, con otro que exige garantizar el derecho de recurrir la sentencia que decide sobre la culpabilidad de una persona.

Se trata a mi entender de un dilema que parte de una premisa incorrecta, según la cual en el sistema anglosajón no sería posible recurrir la decisión del jurado (**SCHIAVO, Nicolás, 2016, La admisibilidad de recurrir el veredicto del jurado clásico. A propósito del fallo “Cavazos”, en BINDER, Alberto M., HARFUCH, Andrés [dir.] El juicio por jurados en la jurisprudencia nacional e internacional, Buenos Aires, AdHoc, pp. 353-370).**

Por el contrario, en aquella cultura jurídica el recurso de apelación (appeal) sobre las decisiones del jurado es una cuestión permanente y reconocida, sobre lo cual la evidencia jurisprudencial es evidente y abrumadora (**v. precedentes «Winship», «Jackson» o «Cavazos» de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, citados por SCHIAVO, Nicolás, 2016, El juicio por jurados. Análisis jurisprudencia y doctrinal, Buenos Aires, Hammurabi, pp. 681-687).**

El109ema109maa estadounidense prevé un control de cuestiones de procedimiento y de fondo, en el cual «cuando el agravio se dirige a impugnar la aplicación de las normas que rigen el proceso, ya sea que se trate de la directa implicancia de disposiciones constitucionales, o de las regulaciones procesales, la verificación del vicio generará la necesidad de que el proceso se sustancie nuevamente bajo la observancia de aquellas normas que se reputaron vulneradas.

Por el contrario, cuando de lo que se trata es de la aplicación del derecho sustantivo, lo que puede acontecer con una sentencia, la resolución del recurso define el asunto» (**conf. SCHIAVO, Nicolás, 2016, El juicio por jurados. Análisis jurisprudencia y doctrinal, Buenos Aires, Hammurabi, pp. 671).**

La similitud con el sistema de control mediante recurso de casación previsto en nuestro código procesal provincial es notoria.

En aquel sistema, un juicio por jurados puede anularse por vicios en la conformación del jurado, por vicios en la información que se le brinda para decidir –lo que incluye la admisión y exclusión de evidencia y las instrucciones que se imparte al jurado–, por errores del jurado o por lo que se conoce como desgobierno de la regla de comprobación, es decir, del estándar probatorio necesario para considerar culpable a un acusado.

Esas causales de revisión, que pueden considerarse incluidas en los motivos de agravio previstos por el art. 474 del CPP como motivos de casación, han sido expresamente incorporadas al sistema procesal local a través del art. 41 de la ley 9.106 de juicios por jurados.

Sin embargo, lo dicho deja pendiente un interrogante ¿se encuentran sometidos a diferentes estándares de revisión quienes son juzgados por jueces técnicos y por jueces legos, en lo relativo al control de la argumentación?

En lo que sigue, me ocuparé de explicar cómo debe llevarse adelante la revisión de la decisión del jurado para garantizar igualdad de trato en este aspecto.

c.- Juicio por jurados y doble conforme

En el ámbito nacional, la CSJN ha dejado claro que la revisión de la sentencia condenatoria a la que refiere el sistema interamericano de protección de derechos humanos debe incluir todo lo revisable, con la única excepción de que surja directa y únicamente de la inmediatez, agotando la capacidad de revisión. También ha afirmado que la distinción entre cuestiones de hecho y de derecho, o de vicios in iudicando e in procedendo, no puede constituirse en obstáculo para la revisión (v. «**Casal, Matías Eugenio**», fallos **328:3399**).

Respecto del alcance de la revisión en el recurso de casación y la inmediatez, me he expedido con anterioridad en el sentido que no debe erigirse como un impedimento para el control del mérito probatorio, salvo en lo relativo a las circunstancias que acontecen durante el debate que no pueden ser valoradas por no poder materialmente accederse a su conocimiento (v. «**González Páez**»).

A mi entender, tales exigencias de control no son incompatibles con la sentencia del juicio por jurados. Dicho en términos claros, los lineamientos **establecidos por la CSJN y la CorteIDH –conf. «Herrera Ulloa vs. Costa Rica», «Zegarra Marín vs. Perú», «Norín Catrimán y otros vs. Chile», «Gorigotía vs. Argentina», entre otros-** rigen plenamente tanto para el control de vicios in iudicando como in procedendo en casos de decisiones adoptadas con intervención de un jurado popular.

El jurado aporta al juicio mayor legitimidad democrática, y ello se logra sin derogación alguna del derecho del acusado a la doble instancia.

En primer lugar, la sentencia del juicio por jurados se compone de diversos actos que le dan fundamento y que son plenamente revisables en esta instancia.

En segundo orden, pese a no poder conocerse el razonamiento del veredicto del jurado, el tribunal de revisión puede ingresar en el control de cuestiones procesales y sustanciales con la misma extensión que en los casos que no se definen mediante un veredicto emitido por jurados.

d.- Sobre las instrucciones impartidas al jurado y su revisión

Ya he dicho que ha de armonizarse la manera en que se realiza la revisión del veredicto del jurado popular, en tanto decisorio colectivo derivado de la tradición jurídica anglosajona, con el alcance dado por el **precedente «Casal»** al recurso de casación en el marco de nuestro sistema procesal.

Por ello, la valoración crítica plasmada en la labor de la casación debe realizarse tanto en lo relativo a la valoración de la prueba como en lo que hace al encuadramiento jurídico del caso.

De este modo, el siguiente tramo de mi voto apunta a determinar cómo deben ser las instrucciones impartidas a los jurados en tanto premisas de las que parte el jurado popular para razonar en orden a resolver las cuestiones sometidas a decisión. A modo de adelanto, entiendo que deben presentar dos características centrales: anticipar los problemas que pueden presentarse en el plano de la valoración de la prueba, así como en el de la aplicación del derecho (i) y ser claras (ii). Veamos.

i.- Tengo presente la diferenciación entre **motivación y expresión de la fundamentación** reiterada por la jurisprudencia que se ha aproximado a estas cuestiones.

No obstante, ello no implica que el consenso de pares que fundamenta el veredicto de culpabilidad o inocencia, eventualmente, pueda ser arbitrario si las premisas de las que ha partido –o que han sido puestas a su disposición– son falsas.

De este modo, el recurso de casación debe buscar razones adicionales que permitan validar ese consenso, siempre y cuando se reflejen en él. A mi modo de ver, es nuclear concretar los avances de la Ciencia penal en el marco de la teoría de la prueba y de la teoría del delito en el diseño de las instrucciones dadas al jurado popular al efecto de aproximarse al caso y dictar el correspondiente veredicto.

Ésta es la única vía para que el consenso de los miembros del jurado no se presente como una decisión contingente frente a casos de similar estructura. En consecuencia, y tal como sostuve antes, el formato procesal –jurado popular o jueces letrados– no debe repercutir en la resolución de los casos. Ello es una imposición del debido proceso a la luz del principio de igualdad.

Así, las instrucciones deben tener como propósito dirigir las acciones del jurado popular para la reconstrucción histórica del pasado en orden a determinar si el hecho en que se sustenta la acusación se encuentra probado y si el acusado es culpable.

De este modo, las instrucciones muestran los pasos a seguir con el fin de cumplir la tarea encomendada al jurado por la ley 9.106. Como tales, las instrucciones deben orientar en el proceso de confrontación de argumentos y la deliberación, a los efectos de conformar el convencimiento sobre la resolución adoptada para el caso.

Para ello, inicialmente, el texto de aquéllas ha de describir la lista de herramientas jurídicas, tanto sobre valoración de la prueba como sobre adjudicación de derecho. Lo anterior requiere que las instrucciones expresen en forma detallada, clara y precisa en lo relativo a los hechos sobre los que debe expedirse el jurado, a la validez de la prueba y su peso en relación con aquello que se propone acreditar. Por otra parte, debe acudirse a la teoría de la imputación a efectos de esclarecer dónde se encuentra ubicado el problema jurídico sometido a decisión y cuáles son las implicaciones o consecuencias sistemáticas concretas de decidir en uno u otro sentido.

ii.- Otra cuestión de la que debe ocuparse el juez letrado es que la instrucción impartida sea clara.

En cuanto a sus destinatarios, una instrucción debe ser diseñada pensando en el jurado, pues es éste quien se encargará de concretarla en las cuestiones relativas al caso sometido a decisión.

Por otro lado, en lo que hace al contenido de las instrucciones, este será formulado de manera clara cuando: diagnostique y anticipe los problemas del caso relativos a la prueba de los hechos y la aplicación del derecho; brinde las herramientas conceptuales apropiadas para alcanzar una solución y enuncie los lineamientos precedentes de modo tal que sean asequibles para un jurado lego.

Diagnosticar y anticipar los problemas del caso implica poner en cabeza del jurado la controversia de las cuestiones centrales que atraviesan la causa, tanto en el plano probatorio como en el plano de la aplicación del derecho.

En relación con lo primero, se trata de brindarle criterios cualitativos y cuantitativos para determinar si la prueba es válida y, en ese caso, cuál es su peso en relación con el hecho que pretende verificar.

Respecto a lo segundo, presupone que el juez localice la correspondiente categoría de la teoría del delito donde se ubica el thema decidendum –conducta, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad o punibilidad– y le explique al jurado popular tanto el alcance sistemático como las consecuencias prácticas de pronunciarse en uno u otro sentido.

Lo anterior no es más que una aplicación del razonamiento que subyace a la motivación de cualquier decisión judicial, ya sea con base en el sistema de la íntima convicción o de la sana crítica racional.

La arista más delicada es, desde luego, poner a disposición del jurado aquel aparato conceptual para que sea comprendido en toda su extensión y posibilite una aplicación técnica rigurosa. Sobre este punto, el juez a cargo del proceso deberá prestar especial atención a la reformulación de las categorías en lenguaje coloquial, el recurso a ejemplos, así como a analogías que aclaren el sentido de las categorías jurídicas que se estimen pertinentes para la resolución del caso. Se trata aquí de un juez-docente.

d.1.- Valoración de la prueba en el juicio por jurado

Corresponde ahora determinar cómo se concreta la revisión –con el alcance fijado por el fallo «Casal»– en el nivel de la valoración de la prueba.

La respuesta a este interrogante, desde luego, no es sencilla si se piensa que a ella subyace la búsqueda de una síntesis entre dos tradiciones jurídicas distintas: la de cuño romano-germánico y la de origen anglosajón.

Hasta aquí, el juicio con juez letrado ha permitido a los tribunales de casación controlar la motivación de las decisiones en el marco del sistema de sana crítica racional. Por esto, el trabajo de control de la corrección en la valoración de la prueba y la aplicación del derecho por los tribunales inferiores requiere, cuando se trata de la labor de jurados, precisiones.

Ello en tanto, estos operan con el sistema de la íntima convicción. Pero estas precisiones son más que matices. En efecto, al no contarse con el iter lógico que guía la formación del acuerdo unánime que sostiene el veredicto de culpabilidad, con el fin de proceder a su revisión, debe irse todavía un poco más atrás.

Cómo ya anticipé, con esto me refiero a las proposiciones de las que parte el jurado popular para realizar su razonamiento incriminatorio o absolutorio, las cuales son susceptibles de ser revisadas en esta instancia. Estas proposiciones son de dos clases, fácticas y jurídicas.

Y cada una de ellas, a su vez, puede ser verdadera o falsa. Únicamente cuando las proposiciones fácticas y jurídicas que son puestas a disposición del jurado popular para que este proceda a responder a las cuestiones planteadas sean verdaderas, se estará ante un veredicto válido.

A contrario sensu, cuando alguna de ellas sea falsa, este veredicto, absolutorio o condenatorio en lo que al thema decidendum respecta, podrá ser anulado por esta instancia casatoria. En este orden de ideas, la verdad de una premisa fáctica hace referencia a la idoneidad cualitativa y cuantitativa de una prueba para fundamentar un proceso lógico de fundamentación de la existencia de un hecho o de alguno de sus extremos.

Así, si bien no es posible entrar en el proceso de deliberación del jurado popular, sí podemos evaluar que cuente con los elementos teóricos suficientes para no alcanzar una conclusión válida en relación con las cuestiones planteadas en lo que hace a la valoración de la prueba.

La idoneidad cualitativa de una prueba hace referencia a la aptitud de un determinado elemento de convicción para sustentar una afirmación de forma lógica y de acuerdo con los principios y garantías constitucionales.

Así, una prueba puede ser válida cuando cumpla con estos requisitos o, a la inversa, inválida si no los respeta. La idoneidad cuantitativa de una prueba, por su parte, presupone su aptitud cualitativa y tiene que ver, en lo esencial, con la gradación de su fuerza para sostener la existencia de un hecho o de alguno de sus extremos.

Así, puede haber pruebas válidas con más peso en relación con aquello que se proponen acreditar y pruebas con menos peso, las cuales, aun así, mantienen su validez y, de la mano de otros elementos, pueden coadyuvar a sostener una determinada afirmación.

El iter lógico para acceder a tales conclusiones, en tanto (in)validez y fuerza de la prueba para acreditar una hipótesis determinada, debe encontrarse precedido por la puesta a disposición del jurado de las herramientas teóricas necesarias para que cumpla con tal tarea por medio de las instrucciones.

Así, por ejemplo, si en el curso del debate se produjera una prueba de manera ilegal a la que, sin embargo, no se han opuesto las partes y, esto no hubiese sido notado por el juez, el veredicto del jurado deberá ser revisado en tanto derivación de una premisa falsa.

Es que la (in)validez de una prueba determinada ex post en la instancia de casación falsea una de las premisas de las que parte el jurado popular para razonar en relación con las cuestiones sometidas a decisión y, por ende, anula la necesidad de la verdad de la conclusión.

Igualmente, en casos en los que una prueba si bien válida, pero con un valor de cargo –o descargo–, al menos, dudoso, se impone la revisión del veredicto del jurado si el juez letrado no hubiese advertido a sus miembros sobre cómo ponderar la fuerza de ese elemento a la luz de las hipótesis del caso planteadas por las partes.

Pensemos ahora, por ejemplo, en los casos de violencia de género, en los cuales debe instruirse especialmente al jurado sobre la importancia de valorar el testimonio de la víctima con perspectiva de género, esto es, considerando las particularidades del ciclo de violencia, la existencia de una relación de poder asimétrica con el varón y el modo en que estas circunstancias influyen en la declaración de la víctima. En suma, es crucial que las instrucciones en materia probatoria anticipen los problemas que pueden plantearse en este nivel, con el fin de que el jurado tenga a disposición las herramientas teóricas que le posibiliten asimilar la prueba ofrecida por las partes tanto cualitativa como cuantitativamente. Esta es la única manera de que las premisas que se asuman en la sala de deliberación sean verdaderas y así lo sea, a su vez, la conclusión lógicamente derivada de ellas.

d.2.- Aplicación de las consideraciones precedentes al caso concreto

Respecto a este tema, objeto de agravio, cabe decir en primer término que la sentencia respeta en lo esencial mínimamente las pautas precedentes.

En efecto, los miembros del jurado popular fueron instruidos para hallar culpable al acusado por los delitos contemplados en el art. 80 incs. 7° y 8° del CP si se probara, más allá de toda duda razonable, que aquél había matado con intención y, asimismo, con el fin de asegurar la impunidad y contra el personal policial por su función, cargo o condición.

En cuanto a las instrucciones formuladas al jurado en el presente caso, a fs. 841 vta. se lee: «El ‘homicidio’, según lo define la ley, ‘es quien matare a otro’, es decir, el dar muerte a un ser humano con intención de causársela.

Esta es la figura básica del homicidio. 'Criminis causae' significa que el homicidio básico se ve agravado con una pena mayor ... Que F. M., P. Á. y J. H. I. eran funcionarios policiales en cumplimiento de su deber. Que el acusado S. A. P.P. intentó matar a FM, a PA y a JHI con el fin de asegurar la impunidad para sí por el delito de tentativa de homicidio agravado por el vínculo ... La tentativa de homicidio criminis causae contra personal policial exige la decidida consciencia y voluntad de llevarlo a cabo.

Esa decisión debe estar presente en el hombre acusado al momento del intento de matar a las víctimas policiales. La intención de matar debe formarse antes del hecho. La cuestión de la intención de matar – en este caso, agravada por su condición de policías– es una cuestión de hecho a ser exclusivamente determinada por ustedes a través de la prueba”.

En relación con ellas cabe señalar, en primer término, que la identificación del dolo con la intención no es técnicamente rigurosa –pues bien pueden existir, conforme ya he explicado en otras oportunidades, casos típicos de dolo sin intención (véase «**Quiroga Morales**») o, a la inversa, casos de intención delictiva no dolosa–.

No obstante ello, la idea de intención con base en las aristas del hecho sometido a decisión respeta una equiparación estructural que se aplica a los casos claros de dolo. Todo ello, conforme los lineamientos referidos en el apartado anterior.

Asimismo, no debe olvidarse que la doctrina clásica que identifica dolo con intención lo hace únicamente para con el dolo directo de primer grado, pero no para con el dolo indirecto de segundo grado ni para el dolo eventual, tal como se afirma en las instrucciones.

De hecho, el mismo ROXIN, identifica la intención o propósito con el dolo directo de primer grado y lo resume como aquello que el sujeto persigue (**ROXIN, Claus, Derecho penal, Parte general, tomo I, 2º, Madrid, Ed. Civitas, §§12/7 y ss.**).

Sin embargo, esta distinción y determinación conceptual no es la más exacta ya que sumado a lo anterior, como dije, no solo puede haber casos en los que se objetivamente se cree un alto índice de riesgo sin que este sea perseguido por el autor, sino también, porque muchas veces la intención (o propósito) hace referencia a un elemento subjetivo distinto del dolo que es especialmente disvalorado por el legislador y, en consecuencia, da lugar a un tipo penal calificado.

De este modo, los jueces deben avanzar con especial cautela cuando se trate de diseñar las instrucciones en relación con el tipo subjetivo de las figuras penales contenidas en el art. 80 del CP.

Pues para ello deberán considerar que el concepto de intención es interpretado de manera diferente según la naturaleza jurídica de la acción punible y según la finalidad perseguida por el legislador con la conminación penal.

Dicho en otras palabras, si el magistrado interviniente desea equiparar el dolo de primer grado con la intención, deberá adicionalmente explicar que figuras como la del homicidio calificado criminis causae requieren algo así como una «doble intención», la de matar y la de matar «para» o «por».

De este modo, la intención del art. 80 inc. 7 del CP presupone la intención (dolo) del art. 79 CP, de modo que, además de la muerte, al autor –dicho en lenguaje coloquial– «le importa otra cosa», en tanto móvil decisivo que abre la puerta a la figura calificada. Solo así se respetará la estructura del tipo subjetivo que presentan esta clase de delitos.

Es que, como he desarrollado en «**Barrionuevo Tarragona**», el art. 80 inc. 7 C.P. agrava la comisión de un homicidio cuando este es un medio o una reacción frente a un objetivo delictivo considerado por el autor como más relevante que el respeto por la vida de otro.

La literatura científica aclara que el tipo del homicidio *criminis causae* contiene elementos subjetivos distintos del dolo, esto es, intenciones que exceden el conocer que se realiza el tipo objetivo o particulares ánimos puesto de manifiesto en el modo de obtener esa realización.

En el voto mencionado consideré que, por un lado, los elementos subjetivos del tipo distintos del dolo comprenden las ultrafinalidades, es decir, cuando el tipo subjetivo exige que la finalidad tenga una particular dirección que exceda al tipo objetivo.

En la figura del art. 80 inc. 7 C.P. se trata de los casos en los que el autor mata para ocultar otro delito, asegurar sus resultados o procurar la impunidad (supuestos que presentan la estructura de un delito de resultado recortado) o para preparar, facilitar o consumir otro delito (supuestos con la estructura de un delito incompleto de dos actos).

Así, si bien tanto los delitos de resultado recortado, como los delitos incompletos de dos actos son delitos de tendencia interna trascendente, en concreto, presentan ciertas diferencias. En el primer caso, el autor ya ha hecho todo lo que podía hacer, es decir, no es necesario que se realice un segundo acto para que se produzca todo el perjuicio real.

El autor ha realizado al menos una tentativa de delito y, mediante el homicidio, pretende ocultarlo, asegurar sus resultados o procurar la impunidad para sí o para un tercero. La tendencia interna trascendente no necesita ser exitosa para que el delito se consume, es decir, no es necesario que, en efecto, se oculte el delito, se aseguren sus resultados o los autores consigan profugarse.

El resultado se «recorta». En el segundo caso, relativo a los homicidios ejecutados para preparar, facilitar o consumir otro delito, el legislador valora negativamente un proceso ejecutivo desdoblado en varios actos, de los cuales, sin embargo, mutila alguno de ellos, es decir, se contenta para la consumación con una parte de esos actos.

Aquí el tipo prevé, a diferencia del subgrupo anterior que, o bien el mismo autor, o bien un tercero, realicen, al menos, otro acto con posterioridad al realizado en primer término. Ahora bien, debe realizarse un matiz cuando el homicidio se comete por no haberse logrado el fin propuesto al intentar otro delito.

En el último supuesto del art. 80 inc. 7 C.P. el autor no pretende alcanzar un resultado posterior o dividir el proceso ejecutivo con un tercero, sino que, mediante el homicidio, pone de manifiesto el motivo que guía su comportamiento: la frustración del delito que se proponía inicialmente.

Aquí ya no se está frente a una ejecución que se caracteriza por la ultrafinalidad, sino por la conformación de una motivación especialmente reprobable. Finalmente, idénticas consideraciones aplican a la figura contemplada en el art. 80 inc. 8 C.P., por la que fuera condenado P. P.

En efecto, cuando el autor busca dar muerte a la víctima por su función, cargo o condición –en este caso, policías– también obra orientado por una motivación especialmente censurable.

En suma, en lo que hace a los elementos subjetivos del tipo distintos del dolo, los jueces deberán considerar al momento de diseñar las instrucciones, que la identificación –con fines pedagógicos– del dolo

de primer grado con la intención, requiere las siguientes aclaraciones, según se trate de casos en los que el jurado popular deba expedirse en relación con:

i.- Intención igual a dolo.

Hipótesis en las que se trata de una figura dolosa en las que la intención es equiparada a dolo en tanto conocimiento de la realización del tipo objetivo del delito, sin que el agente actúe motivado por una tendencia interna trascendente que agrave el hecho. Esta primera constelación de casos es la más usual y responde a una completa articulación entre los aspectos objetivos y subjetivos del tipo.

En lenguaje coloquial: porque el agente actúa con intención, lo hace entonces con dolo.

ii.- Intención como tendencia interna trascendente.

Hipótesis en las que la figura dolosa es acompañada de una intención, en tanto tendencia interna trascendente, que posee un significado caracterizador de la figura calificada del delito, tal como sucede con algunas de las figuras calificadas del art. 80 CP. Aquí deberá explicarse que se trata de una intención típica –acaso acompañada de una finalidad o motivo especialmente reprochable– que corre paralelo al dolo típico.

iii.- Dolo en casos de conocimiento sin intención.

Hipótesis en las que el autor actúa sin intención –o incluso con pesar– y, no obstante, conoce que ha creado un peligro objetivo de lesión para el bien jurídico que, debido a su entidad, no puede sino dar lugar a un reproche doloso.

Por ejemplo: la enfermera actúa con conocimiento de que realiza el tipo objetivo, pero sin intención, cuando sabe que el no suministro de la medicación al paciente causará su muerte, aunque no tenga la intención de que muera, acaso porque ocasionará problemas en su trabajo.

En casos que presenten esta estructura (conocimiento de la creación de riesgo sin intención) deberá explicársele al jurado la tensión existente entre voluntad y conocimiento.

iv.- Dolo sin conocimiento.

En hipótesis de esta clase, a diferencia de la anterior, el autor no conoce una parte del índice de riesgo y, sin embargo, la irracionalidad de esta falta de saber le es igualmente imputable a título de dolo. Así, cualquier error es descartado y lo que define la imputación al tipo subjetivo pasa a ser la cualidad prototípicamente lesiva del peligro generado por la acción del autor, más allá del saber –y la intención– que tenga de alcanzar el resultado lesivo.

v.- Intención e imprudencia.

Hipótesis en las que el autor desea conscientemente la causación de un resultado, pero no crea objetivamente un riesgo jurídicamente prohibido de una entidad suficiente para dar lugar a un reproche doloso, pero tampoco se mantiene dentro del ámbito del riesgo permitido.

En estos supuestos, deberá señalarse que lo perseguido, si bien no era objetivamente imputable como típico de dolo, si podría serlo como típico de imprudencia –si existiese la correspondiente figura legal–. Esta conclusión también se deriva de una concepción objetiva del dolo en tanto cualidad prototípicamente lesiva del comportamiento.

vi.- ¿Intención sin imputación objetiva?

Por último, es posible que se presenten hipótesis en las que el agente conozca –e incluso quiera o desee– causar un resultado lesivo, pero se mantenga **amparado por la estructura de la prohibición de regreso** al haber realizado un comportamiento estereotipado de acuerdo a su rol.

Este es el caso representado en la manualística contemporánea con «el ejemplo del estudiante de biología» que en sus ratos libres trabaja como camarero y que, al comandar una ensalada con hongos venenosos –que él no ha preparado– sabe que puede intoxicar al comensal e igualmente la sirve. En verdad, aquí no hay tipo subjetivo en relación con el tipo de lesiones (u homicidio), pero antes, lo que no se verifica es la imputación al tipo objetivo –aunque residualmente pueda subsistir un reproche a título de omisión de socorro–.

Ciertamente, podría pensarse que no es necesario realizar aclaraciones adicionales en relación con este universo de casos, pero, debido a la vaguedad de la idea de intención y la complejidad inherente a la teoría de la imputación objetiva, resulta recomendable que, si fuera necesario, el juez considere esta cuestión al tratar casos que en rigor debieran ubicarse en el nivel del tipo objetivo.

Los lineamientos anteriores diseñan un mapa elemental para la formulación de las instrucciones en el plano del tipo subjetivo, directrices que no se pueden concretarse por completo, en tanto dependerán de las aristas del caso sometido a decisión y de la figura penal imputada.

Todo ello, responde al paradigma científico general de la concepción sistemática de la teoría del delito en tanto modelo analíticoclasificadorio del delito propuesto en su hora **por VON LISZT**.

En último término, no puedo dejar de señalar que la adscripción a una teoría débil de la voluntad por el tribunal de juicio no es una vía exenta de objeciones metodológicas y sistemáticas, las cuales ya formulé pormenorizadamente en «**Quiroga Morales**».

Allí, advertí, entre otras cuestiones, que esta aproximación teórica al caso no permite determinar qué sucede cuando el autor desconoce irracionalmente algún extremo que hace a la creación del riesgo típico de lesión. **ASÍ VOTO**.

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

Sobre la misma cuestión, los Dres. **OMAR A. PALERMO** y **MARIO D. ADARO** adhieren al voto que antecede.

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

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

SENTENCIA:

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

1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 866/880 y vta. Por la defensa de A.S. P. P.

- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

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

2- DIFABIO. 19-02-20.

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

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=279>

Lex: Art. 84, 1º párrafo, 94, 2º párrafo, 26 del CP. Art. 48 inc. b) y 50 inc. b) apartado 7 b) de la Ley de tránsito. Ley 3641. Ley 9131.

Vox: Homicidio culposo agravado. Lesiones leves culposas. Autopuesta en peligro de las víctimas. Omisión del deber objetivo de cuidado. Violación del deber de cuidado.

Summa:

El TPC condenó a la acusada a la pena de **dos años de prisión de ejecución condicional y cinco años de inhabilitación especial** para conducir vehículos con motor, por considerarla autora penalmente responsable de los delitos de homicidio culposo agravado y lesiones leves culposas (arts. 5, 26, 27, 45, 84 primer párrafo y 94 segundo párrafo, todos del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 del CPP)

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

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 321, pronunciada por el TPC N° 1-2° CJ.

Precedentes citados

a-CSJN

- Fallos 341:1063, 329:1066, 328:1381, 321:146, 319:1915.
- Roitman. 26-09-18
- Plana. 22-03-19
- Ledda. 21-02-19
- Bonnano. 16-04-19

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

Fallo:

CUIJ: 13-04739028-6/1((028601-107141)) F. C/ DIFABIO GIAROLI MARINA ANTONIETA P/ HOMICIDIO CULPOSO A FRANCO HERNAN GUERRA CONTRERAS Y LES. CULP. A JONTHAN GABRIEL CONTRERAS (107141) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104816274*

En Mendoza, a los diecinueve días del mes de febrero del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa CUIJ N° 13-04739028-0/1, caratulada "FC/ DIFABIO GIAROLI MARINA P/HOMICIDIO CULPOSO A FRANCO HERNÁN GUERRA CONTRERAS Y LES. CULPOSAS A JONATHAN GABRIEL CONTRERAS P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN".

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

La defensa de Marina Antonieta Di Fabio Giaroli interpone recurso de casación (fs. 260/274) contra la Sentencia N° 326 dictada por el Tribunal Penal Colegiado n° 1 de la Segunda Circunscripción Judicial y sus fundamentos (fs. 239 y vta., y fs. 241/251 vta., respectivamente), en tanto condena a la acusada a la pena de dos años de prisión de ejecución condicional y cinco años de inhabilitación especial para conducir vehículos con motor, por considerarla autora penalmente responsable de los delitos de homicidio culposo agravado y lesiones leves culposas que se le atribuyen en los autos P2-107141/15 (arts. 5, 26, 27, 45, 84 primer párrafo y 94 segundo párrafo, todos del CP).

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

I.- La resolución recurrida

En fecha 27 de diciembre de 2018, el Tribunal Penal Colegiado de la Segunda Circunscripción Judicial tuvo por corroborado que «[e]n el distrito de Cañada Seca, Provincia de Mendoza, para fecha 30 de enero de 2.015, siendo aproximadamente las 17.50 horas, Marina Antonieta Difabio se dispone a salir de su domicilio ubicado sobre lateral Norte de calle La Pichana, a la altura de la numeración municipal 2.700, a bordo de una camioneta marca Chevrolet S.10, Modelo 2.8, TD 4X2, LT, dominio NJD-879, haciéndolo por el puente dispuesto sobre dicha propiedad conduciendo el vehículo en dirección Sur. Luego de traspasar los límites de su propiedad y encontrándose ya en calle La Pichana y en el momento en que comienza a realizar el giro hacia la izquierda en dirección al Este, sin advertir ni mirar que por calle La Pichana venía circulando una moto marca Tundra GXR-200, [...] rodado que era conducido por Franco Hernán Guerra Contreras, quien trasladaba como acompañante a Jonathan Gabriel Guerra Contreras. En estas circunstancias es que se produce la colisión con el sector frontal de la moto, contra la puerta delantera izquierda del vehículo de Difabio, quedando los vehículos detenidos según consta en la planimetría de fs. 30. Como consecuencia del impacto de la moto contra la camioneta, se produce la muerte de Franco

Hernán Guerra Contreras, quien sufre “politraumatismo con graves lesiones que determinan su fallecimiento por shock politraumático” (necropsia de fs. 45/46) y lesiones de Jonathan Gabriel Guerra Contrera, quien sufre “[g]ran excoriación rodilla izquierda. Hematoma dorso mano izquierda. Excoriación ambos hombros y codo izquierdo del cuello y supraclavicular derecha. Refiere dolor lumbar derecho. Excoriación y hematoma de nariz, pómulos izquierdo y frente izquierda. Hematoma bipalpebral ojo izquierdo. Hematoma codo izquierdo. Hematoma brazo derecho. Hematoma tobillo del lado interno derecho. No lo incapacita para el trabajo” (según informe médico de fs. 25)». Para así decidir, detalló cuáles eran las circunstancias no controvertidas por las partes y explicó que el objeto de la discusión se basó en la determinación de la existencia de un deber objetivo de cuidado observable –o no– por la acusada (ver fundamentos, fs. 242 vta./245 vta.).

Así, detalló las hipótesis controvertidas en el caso y coincidió con el Ministerio Público Fiscal, en el sentido de que la prueba incorporada demostraba que la acusada Difabio comenzó la marcha de su camioneta, saliendo de su propiedad, sin verificar con total seguridad si circulaba algún vehículo por la calle La Pichana (ver fundamentos, fs. 246).

Respecto de la hipótesis defensiva, basada en la atipicidad del comportamiento endilgado a la acusada, en virtud de una autopuesta en peligro de la propia víctima, sostuvo que «de ninguna manera [resultaba] una excusa válida la presencia de vegetación en la zona, ya que ante la existencia de dicha vegetación [la acusada] debió extremar los recaudos para cerciorarse de que no venía nadie» y que «Franco Guerra circulaba correctamente por su propia mano y por la calzada [...], y no por la banquina, ya que la misma tenía vegetación» (ver fundamentos, fs. 246 vta./247).

II.– El recurso de casación

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

En un primer orden de ideas, sostiene que el rechazo de la hipótesis defensiva, basada en una autopuesta en peligro de las víctimas del accidente, no se ha reflejado en la ponderación de la prueba que el magistrado efectuó.

En este sentido, afirma que las pruebas demuestran que la acusada no inobservó reglamentos en la conducción de su automotor, incrementando así el riesgo de producir el resultado que se le reprocha. Explica cuáles son los elementos de prueba que demuestran que, justamente, Difabio cumplió con dicho deber objetivo de cuidado, y advierte que el tribunal de juicio fue contradictorio, toda vez que, por un lado, basó la imputación del suceso en la inobservancia del art. 93 del decreto reglamentario de la ley provincial de tránsito (decreto 867/94, ley 6.082), que determina que los conductores que deban salir a la vía pública desde su domicilio lo hagan «a paso de hombre», pero, por otro lado, afirmó que la acusada se condujo de acuerdo con dicho parámetro. Indica que todos los testigos señalaron que, al tiempo de los hechos –30 de enero de 2015– los matorrales o yuyos que bordeaban la calle Pichana tenían 1,80 mts. O más, y que esto formó un «muro de vegetación».

Asimismo, que quedó probado que la calle La Pichana se encontraba en mal estado, era de ripio y contenía una gran cantidad de pozos y «serruchos».

Entiende que el tribunal de sentencia ha sido arbitrario al no tener por corroborado ese estado de la calzada, puesto que se basó en una inspección ocular celebrada tres años y 11 meses después, en un escenario en el que la autoridad competente y la acusada, respectivamente, se encargaron de ensanchar la calle, borrando pozos y «serruchos», y de limpiar los yuyos.

Los argumentos defensivos que apuntan que el tribunal de sentencia tuvo por corroborados, de un modo arbitrario, el estado de la calzada por el que se conducían las víctimas y las posibilidades de visión de la acusada, no encuentran respaldo suficiente en las constancias de la causa, razón por la que tampoco pueden ser recibidos en esta instancia.

En efecto, a fin de motivar porqué le parecía inverosímil la versión brindada por la acusada –que indicaba que no pudo ver a las víctimas porque estas circulaban «muy cerca de unos yuyos que se encontraban altos»–, el tribunal de sentencia tuvo en consideración la variación del escenario entre la fecha de los hechos y la inspección ocular producida, y, además, basó su motivación no sólo en dicha inspección, sino en otros elementos de prueba que le permitieron tener por corroboradas, al tiempo de los hechos, las posibilidades que tuvo la acusada para cerciorarse de que no transitaba nadie por calle La Pichana.

Así, sostuvo que «[...] de la inspección ocular realizada durante el debate se pudo percibir que, si bien se han cortado en el lugar parte de la vegetación, no obstante, las que se encuentran en las inmediaciones no son tan altas como para impedir la visibilidad. Igualmente, debió haber extremado los recaudos para asegurarse que no venía nadie, con simplemente mirar atentamente hacia los costados, maniobra esta que, dada la altura de la camioneta se podría perfectamente realizar y verificar esa situación [...]» (ver fundamentos, fs. 245 y vta.).

Asimismo, aclaró que «[...] se ha verificado que la vegetación no es tan alta como impedir la visibilidad tomando los debidos recaudos, conforme se percibió en la inspección ocular [...] y se advierte en las fotografías de fs. 31, donde se advierte que la vegetación no [era] alta, pudiendo incluso compararse con la altura de la camioneta» (ver fundamentos, fs. 249).

Con lo anterior, según entiendo, queda acreditado que el tribunal de sentencia tuvo en consideración las particularidades de la zona del accidente al tiempo del hecho y no extrajo conclusiones arbitrarias de la inspección ocular criticada. Afirma que el estado de la calzada en enero de 2015 obligaba a motos y bicicletas a circular en algunas oportunidades en el sentido contrario, buscando espacios sin irregularidades, y en otras ocasiones pegados a los matorrales.

Expone también que, por el horario en el que se produjo la colisión –entre las 17:50 y las 18 hs.– y por el sentido de circulación de las víctimas – de este a oeste y en una calle que no tiene árboles–, el sol las obligó a entrecerrar los ojos.

Manifiesta que, según los testimonios brindados en el debate, las víctimas se conducían entre 60 y 80 km/h. y que, de acuerdo con lo informado en la necropsia de Franco Guerra, éste tenía 0,01 g/l de alcohol en sangre. Sobre este último hecho, entiende que la cantidad de alcohol debió ser mayor en momentos previos a la colisión, puesto que la extracción de sangre de Guerra fue practicada 24 hs. después del accidente y después de haber sido hidratado.

Además, apunta que el tipo de moto en la que se trasladaban las víctimas no se encontraba preparado para transportar más de una persona, puesto que provoca inestabilidad al momento de maniobrar y toda vez que no posee cubiertas adecuadas para calles enripiadas.

Con ello, critica que el tribunal de sentencia no haya hecho referencia en su motivación, ni al grado de alcoholización constatado en el conductor de la motocicleta, ni a la velocidad a la que se conducían las víctimas. Señala que, si la acusada se hubiese incorporado intempestivamente, como lo entendió el a quo, la colisión debió producirse en la parte delantera de su camioneta y no en su parte media, como realmente sucedió.

Entiende que esto demuestra que el vehículo de la acusada ya había ingresado a la calle y que los lesionados no la vieron en virtud de todos los riesgos que asumieron en la conducción. Afirma que el tribunal de sentencia no entendió la pericia de parte y que, por ello, su relevancia fue descartada al momento de dictar sentencia.

Con todo lo dicho, infiere que la acusada fue embestida por quienes manejaban el ciclomotor, puesto que estos no tuvieron el dominio de su vehículo, ni respetaron las precauciones establecidas en la normativa de tránsito. En otro orden de ideas, señala que la regulación de honorarios realizada por el tribunal no se ajustó a la ley 9.131 de Aranceles profesionales, vigente al momento de dictar sentencia, y entiende que el monto regulado tampoco se ajusta a lo estipulado en la antigua ley 3.641.

Repasa la labor realizada por la defensa y afirma que el monto de ocho mil pesos (\$8.000) no se ajusta al sentido común ni a la sana crítica. Solicita que se case la sentencia recurrida y se absuelva a la acusada Marina Antonieta Difabio, y, asimismo, una nueva regulación de honorarios conforme a derecho. Formula reserva del caso federal.

III.– El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General, tras repasar los argumentos del recurrente, sostiene que el recurso de casación incoado no resulta sustancialmente procedente y que debe confirmarse la resolución impugnada.

Ello, puesto que considera que la defensa pretende una **revisión ex novo** de todo lo que ya ha sido tratado en el debate y que insiste en la misma versión de los hechos manifestada en el momento de los alegatos, pero sin adicionar argumentos novedosos que alcancen para controvertir la valoración del tribunal de sentencia de todo el cuadro probatorio reunido.

IV.– La solución del caso

Voto. Dr. Palermo. Preopinante.

Por las siguientes razones considero que corresponde rechazar el recurso de casación formulado por la defensa de la acusada Marina Difabio y, en consecuencia, debe confirmarse la sentencia recurrida y sus fundamentos.

La presentación recursiva arriba detallada plantea dos problemas para resolver en esta instancia.

En primer lugar, debe determinarse si el tribunal se ha valido de premisas arbitrarias en el proceso de valoración de la prueba y si, en este contexto, ha determinado de modo incorrecto que este caso no es un supuesto de atribución del resultado al ámbito de protección de la víctima (a).

En segundo lugar, han de resolverse los planteos defensivos en torno de la regulación de honorarios realizada por el tribunal de mérito (b). Veamos.

a. Sobre la arbitrariedad de la sentencia

Al respecto de la primera cuestión planteada, es decir, respecto de las críticas recursivas que apuntan que el tribunal de juicio se ha valido de premisas arbitrarias para tener por corroborada la plataforma fáctica

acusada, advierto que las mismas carecen de sustento suficiente en las constancias de autos, razón por la que deben ser rechazadas.

Sobre la primera crítica del recurrente, que apunta que el tribunal de sentencia ha sido contradictorio al identificar el deber de cuidado vulnerado por la acusada y afirma que ésta sí cumplió con los reglamentos de la ley de tránsito aplicable, toda vez que se incorporó a la calle La Pichana a paso de hombre, debe decirse lo siguiente.

Si bien es cierto que el a quo indicó, por un lado, que una de las cuestiones no controvertidas fue la velocidad de la camioneta de la acusada –en tanto podía afirmarse que la misma se condujo «a paso de hombre»– y, luego, al analizar los mandatos legales desobedecidos por Difabio, aludió al art. 93 del decreto reglamentario 867/94 de la ley de tránsito n° 6082 –que prescribe la obligación de conducirse «a paso de hombre» al salir hacia la vía pública desde un inmueble o cualquier sitio– (ver fundamentos, fs. 242 vta./243 vta. Y fs.); lo cierto es que esta no es una contradicción capaz de viciar la sentencia recurrida como un acto jurisdiccional inválido.

Ello, puesto que el tribunal de juicio hizo especial hincapié en que el deber de cuidado vulnerado, que determinaba la imputación de responsabilidad, era el de «emprender la salida de su propiedad hacia una calle, sin mirar con absoluta seguridad que por calle la Pichana no venía nadie en sentido Este–Oeste», lo que «constituye una clara omisión del deber objetivo de cuidado propio del delito imprudente, implicando la creación de un riesgo no permitido» (ver fundamentos, fs. 248 vta.).

Tal fue así, que el tribunal explicó que el resultado lesivo se explicaba en el caso concreto en virtud de la confluencia de infracciones que enumeró –entre las que aludió, no solo al art. 93 del decreto reglamentario, sino a los arts. 48 inc. b) y 50 inc. b) apartado 7b) de la ley de tránsito– y explicó que Difabio había violado el mandato legal de «circular con cuidado y prevención» puesto que «salió de su propiedad comenzando a girar hacia su izquierda (el Este) sin verificar con certeza si venía algún vehículo en sentido Este–Oeste, lo que provocó que la moto colisionara con la camioneta que conducía» (ver fundamentos, fs. 249 vta.).

Con ello, debe decirse que la alusión del tribunal a una norma de cuidado que ya había identificado como cumplida por la acusada no ha tenido repercusiones en la individualización del quantum de la pena, motivo por el que tampoco existe un interés atendible detrás de la crítica.

Ello es así puesto que, al ubicar la sanción aplicable en dos años de prisión en suspenso y cinco años de inhabilitación especial, el tribunal de sentencia aclaró que «[d]eben ponderarse para establecer la pena adecuada a la culpabilidad del agente, [...] que si bien hubo omisión del deber objetivo de cuidado el mismo no ha sido excesivo, ya que el mismo consistió en no haber extremado los recaudos para verificar si [...] venía algún vehículo en sentido Este–Oeste, pese a que las condiciones ambientales y vehiculares eran óptimas» (ver fundamentos, fs. 250 y vta.).

Lo anterior demuestra, según entiendo, que el tribunal explicó de manera suficiente cuál era el riesgo creado por la acusada en la conducción de automotores y cómo ello determinó la producción del resultado lesivo causado, razón por la que no puede considerarse su motivación como contradictoria. Por lo demás, las consideraciones críticas relativas a la valoración del hecho como un caso **de «autopuesta en peligro de las víctimas»** tampoco pueden prosperar, toda vez que implican una reedición de la estrategia esbozada en la audiencia de debate que no ha logrado empobrecer el grado de convencimiento alcanzado

por el tribunal de sentencia, ni puede controvertir en esta instancia sus conclusiones acerca de la responsabilidad de la acusada.

En efecto, sobre tal aspecto el tribunal de juicio precisó la estrategia defensiva al señalar que, según esta, **las víctimas fueron imprudentes**, teniendo en cuenta «[...] la declaración de los funcionarios policiales quienes declararon que la calle La Pichana se encontraba en mal estado, que la víctima superó el límite de velocidad de 40 km y que en la moto circulaban dos personas, lo cual no permite el domino completo de la moto por parte de la víctima [...]. Es decir, considera que el resultado producido (muerte) se debe en forma exclusiva al propio accionar de Franco Guerra, quien al circular a gran velocidad y por la calzada, pero en costado de la misma, cerca de vegetación alta (yuyos), fue quien generó el suceso, pudiendo afirmarse que de alguna manera está haciendo referencia a una “**autopuesta en peligro**” de la propia víctima» (ver fundamentos, fs. 246).

Luego, al confrontar dicha hipótesis y la versión acusatoria con la prueba producida, el tribunal entendió que no podía considerarse una «excusa válida la presencia de vegetación en la zona, ya que ante la existencia de vegetación [la acusada] debió extremar los recaudos para cerciorarse de que no venía nadie. [A]dmite que no se veía bien por la alta veía bien por la alta vegetación de la zona [y, pese] a ello, decidió avanzar [...]».

Asimismo, indicó que el «argumento de que [el conductor de la moto] venía en un costado de la calle La pichana y no al medio de la misma no es [...] válido, ya que la obligación del conductor [...] era circular por la calzada, sin importar por qué parte de la calzada [...]», y destacó la prueba que acreditaba que Franco Guerra circulaba correctamente por su propia mano, por la calzada y no por la banquina (ver fundamentos, fs. 246 vta./247).

Además, el a quo explicó porqué consideraba que la maniobra de la acusada fue intempestiva, en la medida en que del acta de fs. 1, croquis de fs. 2 y el informe técnico de fs. 28/29, surgía que «la colisión de la moto al rodado conducido por la imputada ocurrió a menos de dos metros de la salida de su propiedad.

Es decir, no le dio ni siquiera tiempo al conductor de la moto a realizar ningún tipo de maniobra evasiva» (ver fundamentos, fs. 246 vuelta).

Finalmente, se destacan los argumentos del tribunal de sentencia que señalan que la velocidad de la motocicleta conducida por las víctimas no pudo ser corroborada con certeza puesto que, si bien el perito de parte la situaba en unos 75 km/h, Jonathan Guerra (hermano del difunto) la estimó en 60 km/h y el oficial policial que elaboró el informe de policía científica sostuvo que no era posible hacer un cálculo de velocidad ante la falta de rastros de frenada y sólo compulsando el complejo fotográfico en autos –cómo lo había hecho el perito de parte–; razón por la que el tribunal consideró que «incluso en el supuesto de que las víctimas hubieran circulado a exceso de velocidad, no [podía] descartar[se] la marcha imprudente y antirreglamentaria de la imputada» (ver fundamentos, fs. 247).

Con las citas arriba detalladas, según estimo, puede afirmarse que la hipótesis defensiva ha sido contemplada en su totalidad por el tribunal de mérito y ha sido contrastada con todo el plexo probatorio incorporado y producido en la audiencia de debate.

En este proceso, no se advierten premisas arbitrarias ni saltos lógicos en la valoración de la prueba que permitan sostener, como lo hace la defensa, que el hecho pueda ser reconsiderado en esta instancia recursiva como un supuesto de «autopuesta en peligro» de las víctimas.

b. Sobre la regulación de honorarios

En este punto de la crítica, en sencillas palabras, la letrada defensora indica que el tribunal de mérito no ha aplicado la ley vigente al tiempo de dictar sentencia.

En concreto, sostiene que sus honorarios fueron regulados de acuerdo con la ley 3.641 cuando debió aplicarse la **ley 9.131**, en cuanto ésta prevé que sus disposiciones «se aplicarán en todos los casos en los que a la fecha de su promulgación no se hubiere dictado resolución firme regulando honorarios».

Según advierto, la cuestión relativa a la regulación de honorarios ha sido adecuadamente tratada por el tribunal de mérito.

En efecto, si bien es cierto que a la fecha de promulgación de la ley 9.131 –12 de diciembre de 2018– no se había dictado en este caso una resolución regulando honorarios –la sentencia criticada fue dictada el 18 de diciembre de 2018–, lo cierto es que la tarea de representación y asistencia legal de la letrada recurrente se produjo durante la vigencia de la ley 3.641 y, en consonancia con la jurisprudencia del Máximo Tribunal nacional y de esta Suprema Corte de Justicia, el a quo ha aplicado la normativa correcta.

Ello, pues ha regulado los honorarios conforme con la ley vigente al tiempo en que se llevaron adelante las tareas profesionales objeto de remuneración (cfr. **CSJN, Fallos 341:1063, 329:1066, 328:1381, 321:146, 319:1915. Cfr. Esta Suprema Corte de Justicia, ver las causas «Roitman» del 26/09/2018, «Plana» del 22/03/2019, «Ledda» del 21/02/2019 y «Bonnano» del 16/04/2019, entre otros**). En definitiva, por todas las consideraciones hechas precedentemente en los puntos (a) y (b) de la solución propuesta, debe responderse negativamente a la primera cuestión tratada. **ASÍ VOTO.**

Voto. Dr. Valerio y Dr. Adaro. Adhieren.

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y MARIO D. ADARO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de la cuestión anterior, corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. **ASÍ VOTO.**

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

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

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

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación obrante a fs. 260/274 y confirmar la sentencia proveniente del Tribunal Penal Colegiado n°1 de la Segunda Circunscripción Judicial y sus fundamentos, incorporados a fs. 239 y vta., fs. 241/251 vta.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen a sus efectos.

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

3- SOTELO. 27-02-20.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200227_FcSotelo.pdf

Lex: Art. 79 y 41 Bis del CP.

Vox: Homicidio simple agravado. Arma de fuego. Valoración de la prueba.

Summa:

El **TPC** condenó al nombrado a la **pena de trece años de prisión** como autor del delito de homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego (art. 79 y 41 bis del CP); revocó la condicionalidad de la pena impuesta mediante sentencia N° 716, el día 12-06-19, y unificó ambas condenas en la pena única de trece años de prisión.

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 del CPP).

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

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 834 (29-08-19), pronunciada por el TPC N° 1-1° CJ.

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

Fallo:

CUIJ: 13-04873872-3/1((018601-61390)) FC/ SOTELO ROJAS BRANDON LUIS P/ HOMICIDIO SIMPLE EN GRADO DE TENTATIVA (61390) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104957747*

En Mendoza, a los veintisiete días del mes de febrero del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04873872-3 caratulada "FC/SOTELO ROJAS BRANDON LUIS P/HOMICIDIO SIMPE EN GRADO DE TENTATIVA (61390) P/REC. EXT. DE CASACIÓN".

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

A fs. 993/1007 la defensa técnica de Brandon Sotelo Rojas, promueve recurso de casación en contra de la Sentencia N° 834, obrante a fs. 979 vta., de fecha 29 de agosto de 2.019, y sus fundamentos de fs. 981/987 vta., en tanto condena al nombrado a la pena de trece años de prisión como autor del delito de homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego (art. 79 y 41 bis del CP); revocó la condicionalidad de la pena impuesta mediante sentencia 716 el 12/6/19 y unificó ambas condenas en la pena única de trece años de prisión.

El pronunciamiento fue dictado por Sala Unipersonal del Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial actuando en sala unipersonal en autos N° P-61.390/17.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

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

1.- La sentencia recurrida

La resolución cuestionada, tuvo por acreditados los hechos que a continuación se exponen conforme requerimiento de fs. 734/742 vta.: «[...] el día 23 de julio de 2.017, siendo aproximadamente las 00:30 horas, Brandon Luis Sotelo Rojas, junto a otros sujetos no identificados se hicieron presentes en una motocicleta de color naranja y un vehículo marca Mercedes Benz dominio KIE-562 color gris, conducido por Luis Alberto Denaro, en las inmediaciones de calles San Juan y Tomás Guido del departamento de Las Heras, ya que en el salón llamado Biblioteca Palabras del Corazón, se realizaba un evento denominado San Lorenzo Fest. En ocasión de encontrarse Franco Sidan, quien formaba parte de los organizadores de la fiesta comprando en un kiosco ubicado en la esquina del lugar, se le acercó una moto en la que se trasladaba en calidad de acompañante Brandon Sotelo Rojas, quien le manifestó que si no suspendían la fiesta iban a entrar e iban a matar a todos exhibiéndole un arma de fuego. Posteriormente el vehículo Mercedes Benz y la moto en la que se trasladaba Sotelo Rojas se detuvieron frente al ingreso al salón donde se desarrollaba la fiesta, bajándose de la misma Sotelo Rojas se acercó donde se encontraba Gastón Álvarez, quien se encontraba controlando el ingreso y le efectuó un disparo de arma de fuego que le produjo la muerte». Para así decidir el juez de sentencia valoró: testimoniales de Brian Matías Aravena, Florencia Jofré, Paula Muñoz; Franco Sidán; Juan Alfonso Aravena; Carlos Gutiérrez; Nancy Rojas; Loana

Morelato; Katerina Sosa; Luis Alberto Denaro; Brian Rivas; las manifestaciones del imputado, como también el resto de los elementos de prueba debidamente incorporados.

II.- El recurso de casación

La defensa técnica de Brandon Sotelo Rojas formula recurso de casación a tenor del art. 474 del CPP. La recurrente critica la sentencia ya que entiende que no ha podido ubicarse a su asistido en la escena del crimen.

Agrega que para llegar al «aparente» estado de certeza se descartó evacuar citas esenciales del acusado señaladas al ejercer su defensa material.

Califica al razonamiento del juez como antojadizo y basado en un análisis parcial de elementos de prueba a partir de los cuales construyó una resolución fundada en apariencia. Explica que el juez de grado otorgó relevancia a tres testimonios: el de Bryan Matías Aravena, Florencia Jofré y Paula Muñoz.

Detalla las declaraciones de Aravena, Franco Sidan, Florencia Jofré, Paula Muñoz y Juan Alfonso Aravena y considera que con esos elementos no es posible concluir en que su defendido haya sido el autor del hecho. Cuestiona la valoración efectuada en relación al reconocimiento en rueda de personas llevado a cabo por Paula Muñoz a fs. 671, y califica a su declaración como inverosímil.

Califica el reconocimiento en rueda de personas de fs. 671 llevada a cabo por Paula Muñoz como una «declaración inverosímil». Añade que en el debate dijo que se bajó de la moto quien la manejaba y no surge de su declaración si quienes se movilizaban eran una o dos personas.

Agrega que ninguno de los otros testigos dijo que el autor de los disparos se bajó de la moto y que por otra parte era de noche. Señala que el autor del crimen usó casco integral y tenía toda su cabeza y casi todo el rostro tapados.

Refiere que de las fotografías de fs. 785/789 surgen las características semejantes de los jóvenes retratados que son todos en mayor o menor medida relacionados con el acusado. Sostiene, en función de los argumentos expuestos, que la sentencia padece de falta de motivación en violación a las reglas de la sana crítica racional y el principio de inocencia del que gozan las personas.

Formula reserva del caso federal.

III.- Dictamen del señor Procurador General

A fs. 1015/1016 se expide el Procurador General. Luego de examinar los agravios promovidos, refiere que la defensa analiza ciertos indicios y medios de prueba en forma aislada, poniendo de resalto ciertas contradicciones entre lo declarado por testigos en la instrucción y en el debate, para así poner en duda la participación del imputado en el homicidio.

Expresa que el a quo no se limitó a valorar los testimonios referidos sino que analizó todos los rendidos en el debate, considerando que fueron coincidentes en lo nuclear, como también que se podría sospechar de una intencionalidad por parte de los testigos vinculados familiarmente a la víctima.

En ese marco fue que concluyó que los relatos de los testigos fueron coincidentes y que sostuvieron que el autor del disparo fue el de la moto roja, el «Tuchi» o Brandon Sotelo, desde el mismo instante del homicidio.

Considera que las contradicciones a las que alude la defensa aparecen como secundarias o carentes de entidad necesaria para restarle validez a la valoración efectuada por el sentenciante.

En relación al reconocimiento en rueda de personas que surge del acta de fs. 671 considera que se llevó a cabo con las formalidades impuestas por la ley con la presencia de la defensa que no formuló reparos, objeciones ni planteos cuestionando la medida.

Expresa que a la luz del abundante plexo probatorio no se puede soslayar que si se recurre a la supresión mental hipotética de tal prueba el resultado no sería distinto, ya que el nombre del acusado surgió la primera noche del hecho por parte de los asistentes a la fiesta.

Por ello aconseja el rechazo del recurso casatorio y la confirmación de la sentencia criticada puesto que su motivación no es contradictoria, ilógica, falsa ni arbitraria de modo tal que el planteo defensivo es infundado.

IV.- La solución del caso

Voto. Dr. Valerio. Preopinante.

Del examen del recurso de casación promovido y el acto sentencial puesto en crisis adelanto opinión en el sentido de que aquél debe ser rechazado en tanto no se verifican los vicios referidos por el recurrente. Analizado el escrito recursivo entiendo que la crítica se centra en cuestionar la autoría de Brandon Sotelo Rojas en el hecho.

A fin de justificar tal planteo la defensa cuestiona la valoración de los medios de prueba llevada a cabo por el juez a quo.

En ese sentido señala que se ha descartado evacuar citas esenciales del acusado y parcializa el análisis de los elementos de convicción. Por otro lado pone en crisis la meritación de aquellos medios probatorios que resultan perjudiciales a la hipótesis defensiva.

Como anticipé, no concuerdo con los cuestionamientos formulados. Por el contrario advierto que en los fundamentos de la sentencia el juez procedió a detallar los elementos convictivos legítimamente incorporados a la causa. En relación a las testimoniales vertidas en el juicio oral las clasificó en dos grupos.

Por un lado señaló aquellas que resultaban cargosas y abonaban la hipótesis acusatoria y, por el otro, describió las desincriminatorias. Luego, procedió a valorarlas explicando el motivo por el cual otorgó preponderancia a las mencionadas en primer término y vinculó tales medios de prueba entre sí.

De tal manera, contrariamente a lo que afirma la defensa, el acto sentencial no resulta fundado sólo en apariencia, ni se han vulnerado las **reglas de la sana crítica racional**, como tampoco principios que resguardan los derechos y garantías del imputado.

En ese sentido advierto que la ponderación de las declaraciones testimoniales rendidas en el debate se llevó a cabo adecuadamente.

Así es que no surge de las presentes actuaciones que se hayan alegado y probado motivos válidos para restar crédito a las manifestaciones de las personas que estuvieron presentes al momento del hecho y, que en definitiva, fueron quienes aportaron los datos que permitieron identificar del autor del disparo que provocó el deceso de Gastón Álvarez.

Por otro lado, del análisis del contenido de los dichos de tales testigos – concretamente Franco Sidan, Florencia Jofré, Paula Muñoz y Brian Aravena–, se advierte que en el curso del debate las partes tuvieron la posibilidad de confrontar las versiones brindadas por los testigos en el debate con aquellas prestadas en el curso de la investigación penal preparatoria y pudieron preguntar y repreguntar.

Ahora bien, tal labor el a quo no sólo la llevó a cabo respecto de los testigos que apuntalaron la versión de la parte acusatoria. En relación al segundo grupo de testigos el juez señaló que se trataban testimonios de oídas, emitidos por familiares directos de las partes y con interés en el resultado del juicio (ver fs. 983 vta.).

Así frente a éstos, privilegió las declaraciones de quienes relataron hechos coincidentes con los de las personas que se encontraban en la puerta de la fiesta al momento del hecho, quienes sostuvieron que el autor del disparo circulaba en una moto chica de color roja, sindicando así al imputado desde un primer momento.

De igual manera, acertadamente consideró que esas afirmaciones se encontraban reforzadas con el reconocimiento en rueda de personas llevado a cabo por Paula Micaela Muñoz (fs. 985).

Tampoco acierta la defensa al sostener que no se evaluaron las circunstancias derivadas de las declaraciones defensivas de Brandon Sotelo Rojas.

Por el contrario la declaración de Brandon Sotelo fue objeto de análisis por parte del juzgador, quien descartó las explicaciones por éste brindadas, como también la interpretación pretendida por la hipótesis defensiva en relación a las grabaciones aportadas.

Al respecto señaló que no podían atribuirse con exactitud la pertenencia de las voces grabadas a las personas que se mencionan y aún así no cuentan con mayor valor que las declaraciones de los testigos presenciales, ni conmueven sus dichos.

En similar sentido se expidió respecto a la pretensión de la defensa al asegurar que debido a una confusión de los testigos el autor del hecho no fue Sotelo sino una persona que formaba parte de su grupo y con características físicas parecidas.

Al respecto, señaló el a quo que el alegado parecido con la persona señalada por Sotelo en su declaración –relativo a la contextura física, y las cejas del imputado– no pudo ser acreditado al momento del hecho, ni logra desmerecer el resultado del reconocimiento en rueda de personas llevado a cabo, resultando una hipótesis de la defensa sin apoyo en la prueba incorporada (ver fs. 986).

Coincido con el Procurador General en que las contradicciones apuntadas por la defensa no cuentan con entidad suficiente como para restar validez a la ponderación de los elementos de prueba llevada a cabo por el a quo.

En ese sentido el reconocimiento en rueda de personas se llevó a cabo con pleno cumplimiento de las garantías procesales sin que la defensa, presente en el acto, objetara la medida ni como se llevó ésta a cabo.

Por otra parte las conclusiones que de ella se desprendieron se vieron reforzadas con los testimonios de Franco Sidan, Brian Aravena y Florencia Jofré.

Por los motivos expuestos concluyo que el recurso casatorio promovido no puede prosperar toda vez que no se advierten en el acto sentencial impugnado los vicios promovidos.

De esta manera, la censura luce como mera discrepancia con la valoración llevada a cabo por el juez en relación a la valoración de los elementos de convicción en base a los cuales estableció la autoría del imputado en el hecho y, por resultar tal meritación contraria a sus intereses de parte.

Por lo tanto, y opinión concordante del señor Procurador General, corresponde confirmar la sentencia cuestionada y rechazar el recurso de casación interpuesto. ASÍ VOTO.

Voto. Dr. Palermo y Dr. Adaro. Adhieren.

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

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

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

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

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa del imputado Brandon Luis Sotelo Rojas a fs 993/1007 vta.
- 2.- Téngase presente la reserva federal formulada.
- 3.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen a sus efectos.

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

4- NARAMBUENA. 04-03-20.

| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
|----|------------------------|----|------|------------|---------|---------|----------|---------|---------|---------|---------|-------------|---|--------------------------|
| - | M NNA | - | | PCE | - | - | A | - | - | - | - | - | - | 495 -4° |

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200304_Narambuena.pdf

Lex: Art. 165 y 41 quater del CP. Art. 495 inc. 4° del CPP. Art. 144 inc. 9° de la Constitución de la Provincia.

Vox: Homicidio en ocasión de robo. Intervención de menor. NNA. Recurso de revisión: interpretación restrictiva.

Summa:

La **Primera Cámara del Crimen- 2°CJ** condenó al señalado a la pena de **dieciocho años de prisión** como autor responsable del delito de homicidio en ocasión de robo agravado por la intervención de un menor de 18 años (arts. 165 y 41 quater del Cód. Penal), sentencia que fue confirmada por esta Sala Penal

La **defensa** presenta recurso de revisión- previa interposición in pauperis del sindicado-.

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

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 5164, pronunciada por la **Primera Cámara del Crimen- 2°CJ**.

Precedentes citados

a-SCJM

- Olguín Lemoine.
- Centorbi. 23-02-05:

<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/sumfal.php?fallo=MDUxOTkxMjA=&tabla=c2M=>

Precedentes relacionados

Homicidio en ocasión de robo.

- Ramírez. 20-03-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=19>
- Oro. 26-03-19: Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190326_FcOSR.pdf
- Barrionuevo tarragona. 03-05-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190503_FcBTD.pdf
- Amaya. 05-09-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190905_FcAmaya.pdf
- González Zacca. 25-11-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191125_FcGonzalez.pdf
- Vildoza Soria. 15-06-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=856>

SCJM. Dres.: **Valerio. Llorente. Gómez**

Fallo:

CUIJ: 13-04799376-2() NARAMBUENA SEPULVEDA JOSE LUIS P/ RECURSO EXT.DE REVISIÓN *104879094*

En Mendoza, a los cuatro días del mes de marzo de dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04799376-2 caratulada “NARAMBUENA SEPÚLVEDA, JOSÉ DANIEL P / REVISIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. PEDRO J. LLORENTE y tercero DR. JULIO R. GÓMEZ.

La defensa oficial de José Luis Narambuena Sepúlveda funda el recurso de revisión (fs. 16/21 vta.) contra la sentencia N° 5.164 en tanto condena al nombrado a la pena de dieciocho años de prisión como autor responsable del delito de homicidio en ocasión de robo agravado por la intervención de un menor de 18 años (arts. 165 y 41 quater del Cód. Penal), pronunciamiento dictado por la Primera Cámara del Crimen de la Segunda Circunscripción Judicial, sentencia que fue confirmada por esta Sala Penal.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

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

1.- Resolución recurrida

La sentencia de la Primera Cámara del Crimen de la Segunda Circunscripción Judicial, confirmada por este Cuerpo en su oportunidad y con otra integración, en lo pertinente establece que «en la ciudad de Malargüe, Mendoza, el día seis de agosto de 2013, en horas de la madrugada, José Daniel Narambuena Sepúlveda, Rodrigo Martín Rivero Carrasco –de 17 años de edad– y Pablo Rubén Valenzuela –de 15 años–, ingresaron al domicilio de calle El Salitral N° 2358, de Luis Alberto Soverso (de 78 años de edad), previo a ejercer fuerza hasta romper la cerradura de la puerta principal, para apoderarse ilegítimamente de algunos de sus bienes, además de revolver toda la casa generando un gran desorden, ejercieron violencia física sobre Soverso, golpeándolo con crueldad de forma desmesurada y reiteradamente. Mortalmente lastimado, lo abandonan dejándolo en el piso de su dormitorio, debajo de la cama, sustrayéndole una garrafa de gas con pantalla, un radio con CD y varios pares de calzados. Dos días después, el ocho de agosto a las 09.30 hs., Soverso falleció en la Clínica Ciudad de San Rafael, a causa de las lesiones sufridas –traumatismo craneo encefálico y encefalopatía hipóxica (por contricción del cuello)–. Presentó también: dos excoriaciones de 10 x 5 mm. En región frontal media, equimosis de 3x2 cm en región frontal derecha, de 1,5 x 2 en región malar derecha, excoriocontusión de 1 cm. el labio superior izquierdo, herida desgarrada de 1x1,5 en mucosa interna de labio superior (lado izquierdo, coincidente con las piezas dentarias), dos equimosis en lado izquierdo del mentón, de 2 cm de diámetro y otra lineal, vertical, de 3 cm; impronta de compresión cervical por lazo: equimosis figurada, rojo violácea, horizontal, única, a nivel laríngeo, de 20 mm de ancho y 20 cm de longitud, extendiéndose desde el lado derecho del cuello (línea medio clavicular) hasta la región latero posterior izquierda, equimosis extensa, azul verdosa que se extiende alrededor de la lesión del cuello desde región submentoniana hasta zona supraclavicular,

equimosis de 11x3 cm en región sutra e infra claviclar izquierda, equimosis rojo violácea, ovoidea de 4x2 cm en cara posterior interna de brazo izquierdo (tercio medio), equimosis verdosa de 10x7 en cara interna de brazo derecho. Al examen interno se constató un hematoma frontal derecho y temporal izquierdo en cuero cabelludo, en meninges hemorragia subaracnoidea difusa, masa encefálica congestiva, área contusa hemorrágica de 2 cm de diámetro, con zona de reblandecimiento central y halo de puntillado hemorrágico en lóbulo frontal izquierdo».

2.- Recurso de revisión

Refiere la defensora oficial que el encartado interpuso en la modalidad in pauperis recurso de revisión, alegando ser inocente y pidiendo que continúe la investigación, ya que el principal testigo de la causa – José Jáuregui– apareció muerto tres días antes del juicio, y su muerte no fue investigada.

Funda su petición en el art. 495 inc. 4 CPP, en tanto determina el recurso procede cuando existen nuevos hechos o elementos de prueba que solos o unidos a los ya examinados, evidencian que el hecho no existió.

Relata que el testimonio precedentemente individualizado es dirimente, ya que su producción en el debate oral hubiera conllevado su absolución, corroborando su versión, la que no fue contemplada porque se le otorgó credibilidad a los dos coimputados menores de edad, en desmedro de ella.

Destaca que la posición defensiva se encontraba avalada por testigos de descargo que fueron descartados por el tribunal de juicio, reiterando que el fallecido Jáuregui era el principal testigo que tenía a su favor. Indica que la causa de muerte de Jáuregui fue asfixia por sumersión, y ocurrió el 23 de julio de 2014 en horario ignorado en el río Salado de San Rafael, unos días antes que comience el debate oral.

Que quien era la defensora del encartado en ese momento, pidió que se investigara la causa de muerte, y el tribunal ordenó que así se procediera, lo que sin embargo no se hizo.

Alega que a la defensoría a su cargo compareció la hermana del imputado, que expresó que al momento del hecho, Jáuregui era quien vivía con él, y por lo tanto, conocía que la relación que tenía con el coimputado Valenzuela era inexistente; que sabía que el día de los hechos el imputado estaba en su domicilio. Que vio que cuando Sánchez fue aprehendido ingresaron con dos radios que estaban en el domicilio de éste.

Refiere que se comenta que a Jáuregui lo mataron porque conocía datos fundamentales, y que iba a decir la verdad; que los coimputados siempre estuvieron juntos y siguen juntos. Manifiesta que también declaró en su despacho la hermana de Jáuregui, quien dijo que éste no acostumbraba a bañarse en el río, habiendo sido encontrado a escasa profundidad.

Destaca que el día del hecho estaba de franco, y a pedido de Cirilo Rojas accedió a cuidar unos días su puesto, ocasión en la que falleció.

Esta versión fue refrendada por los puesteros y caseros Matías Rojas y Rosa Ibarra, quienes dijeron que en el puesto las luces estaban prendidas, las chivas encerradas, el caballo tapado y faltaba un cuchillo y una radio, lo que los llevó a pensar que el difunto salió intempestivamente, llamándoles la atención que no haya salido a caballo; que les comentó que debía regresar para testificar en la causa del encartado, porque era inocente.

También depuso ante la defensora recurrente el propietario del Puesto Rojas, que coincidió con los anteriores que es extraño que Jáuregui fuera hallado tan lejos del puesto, a unos 4 km. Continúa la letrada

relatando que Jáuregui vivía con Nambuena, y fue testigo del secuestro de las cosas robadas, según surge de fs. 58; que sabía que la casa donde residían no tenía medidas de seguridad, de donde deriva que es factible que los coimputados hayan ingresado sin conocimiento del imputado a su casa a dejar la garrafa que le sustrajeron a Soverso.

Aduce que es posible que los coimputados se hayan puesto de acuerdo en señalar el encartado como autor, porque Rivero tenía una relación sentimental con la hermana de Valenzuela, lo que también posibilita que hayan matado a Jáuregui para que su testimonio no pudiera ser incorporado al debate.

Agrega que el dueño de un almacén que está en las cercanías, recuerda que le vendió una botella de fernet de vidrio a un joven distinto de los coimputados y que Nambuena llevaba fernet en botella de plástico por el precio, y no de vidrio.

Resalta que, se encontraron dos radios como la sustraída en el domicilio de Valenzuela o Rivero, y que la garrafa que fue robada a Soverso, es posible que haya sido introducida por los coimputados con conocimiento de Jáuregui pero no de Nambuena, ya que según dijo, él estaba durmiendo al momento de los hechos. Indica que las lesiones que presentó Nambuena no son compatibles con golpes de puño y que sí lo son con los golpes de puño observados en la víctima, los que tenía Valenzuela, a lo que le suma las contradicciones en que incurrieron los entonces menores, que cita.

A ello suma que el testimonio de Graciela González, sobre el que también se basó la condena, resultó contradictorio con el que brindó en la instrucción.

Que las botas de petróleo y zapatillas que le encontraron a su pupilo se deben a que solía a veces arreglar calzados; que él tomaba vino y no fernet, que no era violento cuando tomaba y que es más verosímil que los coimputados se hayan puesto de acuerdo. Ofrece nueva prueba.

Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador opina que el recurso no puede prosperar, porque la versión que brinda fue esgrimida durante el juicio, y que indagar las circunstancias de la muerte de Jáuregui no conmueve la plataforma fáctica existente, que se basa en otros elementos.

4.- La solución del caso

Voto. Dr. Valerio. Preopinante.

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

Ello por cuanto por su propia naturaleza, el recurso de revisión autorizado por el **art. 144 inc. 9) de la Constitución de la Provincia**, constituye una vía de excepción, reservada para supuestos especiales taxativamente enumerados en la aludida norma constitucional, en los que se constata en forma directa el motivo que lo justifica, razón que explica que se lo considere un recurso de interpretación restrictiva («**Incidente Olguín Lemoine**»).

En efecto, la sentencia atacada así como los hechos fijados en ella, gozan de una presunción de legitimidad que sólo puede ceder ante nuevos hechos y pruebas que tengan un efecto convictivo tal, que puedan conmover la estabilidad de la cosa juzgada.

En este sentido, se ha dicho que este recurso deberá ser admitido formalmente sólo cuando el motivo que se invoca permite presumir un efecto sobre el **fallo («Centorbi»)**, por lo que en este marco estricto, debe ser analizado, conforme a la finalidad a que responde.

Así, el artículo 495 inciso 4) del C.P.P. dispone que el recurso de revisión procederá contra la sentencia firme «[c]uando después de la condena sobrevengan nuevos hechos o elementos de prueba, que solos o unidos a los ya examinados en el proceso, hagan evidente que el hecho no existió, que el condenado no lo cometió, o que el hecho cometido encuadra en una norma penal más favorable», extremos que en la especie no concurren.

Efectivamente, la presentante pretende un nuevo control de la sentencia de grado, propio del remedio casatorio, que ya fue intentado y rechazado por esta Sala, según consta a fs. 558/564 de los principales que se tienen a la vista.

Además, la inclusión mental hipotética, según el método adoptado por esta Corte reiteradamente (L.S. 397-124, 397-177, 400-38), de los hechos y probanzas que señala la defensora, no revisten entidad alguna para modificar la decisión adoptada, frente al sólido cuadro cargoso reunido.

De este modo, convergen en la intervención del encausado en el delito en trato, entre otros elementos probatorios, el hallazgo de parte de la res furtiva en su poder, el testimonio de los dos coimputados y el de Graciela González, que dijo que la víctima –Sovarzo–, al ser preguntada sobre quién la había atacado, le comunicó en dos oportunidades, en las condiciones en que se encontraba, que fue el encartado, habiendo corroborado una médica perito del Cuerpo Médico Forense, que la examinó antes de morir a raíz de las lesiones sufridas, que podía comunicarse mediante movimientos simples en forma directa y personal.

Dicho en otras palabras, si bien Jáuregui falleció unos días antes de que empezara el debate, y vivía en la misma casa que el imputado (fundamentos, fs. 485/487 vta. de los principales), una eventual investigación de las causales de su muerte, o bien la producción de las pruebas que enumera la defensora, en el contexto de autos, de ninguna forma tornarían evidente que el encartado no cometió el hecho por el que fue condenado, ni generarían la duda que habilite su absolución, según alega la letrada.

Resta decir que a pesar de que «[...] el difunto José Amador Jáuregui fue el principal testigo que tenía a mi favor» (recurso de revisión, fs. 18 vta.), de acuerdo a lo que cita la recurrente, su declaración no fue ofrecida durante la instrucción, ni en el acto procesal destinado a ese fin, o sea, en el ofrecimiento de pruebas de fs. 412 y vta. de los principales, que se tienen a la vista, sino en el debate, después de su fallecimiento.

Por lo tanto, y opinión concordante del señor Procurador General, corresponde rechazar el recurso de revisión intentado. ASÍ VOTO.

Voto. Dr. Llorente y Dr. Gómez. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. PEDRO J. LLORENTE Y JULIO R. GÓMEZ adhieren, por sus fundamentos, al voto que precede. SOBRE LA

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

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

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de revisión interpuesto a fs. 16/21 vta. por la defensa oficial de José Luis Narambuena Sepúlveda.
- 2.- Tener presente la reserva federal formulada.
- 3.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. JULIO R. GÓMEZ Ministro DR. PEDRO J. LLORENTE Ministro

Delitos contra las personas. Lesiones.

5- GATTAS. 05-03-20.

| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
|----|-------------|----|------|------------|---------|---------|----------|---------|---------|---------|---------|-------------|---|------------|
| - | Aut. | - | | PCE | | | | | | | | | | 474 |
| | | | | IE | - | - | A | - | - | - | - | - | - | -2° |

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=325>

Lex: Art. 84 Bis, 2° párrafo en función del 1° párrafo del CP. Arts. 42 inc. b) y 59 de la ley de tránsito

Vox: Homicidio culposo agravado. Fuga posterior. Riesgos propios de la circulación. Violación del deber de cuidado.

Summa:

El TPC condenó al señalado a la pena de **cuatro años de prisión efectiva y seis años de inhabilitación especial** para conducir vehículos automotores, más costas, por considerarlo autor penalmente responsable del delito de homicidio culposo agravado por la situación posterior de fuga (art. 84 bis segundo párrafo en función del primer párrafo del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 del CPP).

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

La **SCJM** rechazó el recurso de casación, y, en consecuencia, confirmar la sentencia.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 481, pronunciada por el TPC N° 1-2° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Adarme
- Matas

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

Fallo:

CUIJ: 13-04808030-2/1((018601-4712)) FC/ GATTAS LOZANO ELIAS ABDON P/ HOMICIDIO CULPOSO AGRAVADO (4712) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104888214*

En Mendoza, a los cinco días del mes de marzo del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04808030-2/1“F. C/ GATTÁS LOZANO”.

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

La defensa del acusado Elías Abdón Gattás Lozano interpone recurso de casación (fs. 683/714 vta.) contra la Sentencia N° 481 y sus fundamentos (fs. 660 y vta, fs. 664/677 vta., respectivamente), dictados por el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Segunda Circunscripción Judicial, en tanto condenó al acusado a la pena de cuatro años de prisión efectiva y seis años de inhabilitación especial para conducir vehículos automotores, más costas, por considerarlo autor penalmente responsable del delito de homicidio culposo agravado por la situación posterior de fuga que se le atribuyera en los autos N° 46/T-4712/18/01 (art. 84 bis segundo párrafo en función del primer párrafo del CP).

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO:

I.- La resolución recurrida

La sentencia mencionada tuvo por acreditado que, en la ciudad de San Rafael, siendo aproximadamente las 08:00 horas del 31 de mayo de 2018, Kevin J. Disparte se desplazaba al mando de una motocicleta Zanella 150 cc. Por calle Pedro Vargas con sentido de circulación sur-norte, en circunstancias en que José Ariel Castro se desplazaba en una bicicleta con idéntico sentido vehicular. Así, a la altura municipal n° 3015 de la calle Pedro Vargas, Kevin Disparte colisionó con el biciclo de Castro y, como consecuencia de dicho impacto, perdió el dominio de su rodado y cayó sobre la carpeta asfáltica –más precisamente en el carril este de la Avda. Pedro Vargas–, en tanto que Castro también cayó al suelo, pero sobre la banquina. En ese momento el imputado, Elías Gattás Lozano, conducía al mando de su vehículo Renault Break 18 por la misma arteria y en el mismo sentido que lo había hecho Disparte, pero detrás de una camioneta Ford F-100 que conducía Nelson J. Quintana. Este último, al observar el choque entre la moto y la bicicleta, decidió salirse rápidamente de su carril de marcha, en tanto que Gattás, que iba detrás de la camioneta Ford F-100, aunque sin que esté precisada la distancia –mínimamente entre 15 a 20 mts. Según el imputado, o quizás algunos metros más–, embistió y arrolló a Disparte, que se estaba reincorporando, toda vez que circulaba «sin la debida atención, cuidado y total dominio de su vehículo que le exigían las circunstancias del tráfico vehicular de la arteria por la que transitaba y las condiciones del tiempo»; ocasionándole lesiones de gravedad que le provocaron la muerte poco tiempo después. Inmediatamente

después del hecho, Gattás detuvo su vehículo a cierta distancia por delante del lugar del evento, regresó caminando hasta donde estaba la persona herida, estuvo allí por espacio de pocos minutos y luego se dio a la fuga del lugar (ver fundamentos, fs. 673 vta./674). Para tener por acreditada dicha plataforma fáctica, el tribunal de sentencia valoró la prueba instrumental agregada al debate y las diversas declaraciones testimoniales brindadas en la causa, y, tras ello, entendió que no se encontraban controvertidos la materialidad del hecho, el resultado dañoso, ni la autoría, sino una serie de «porciones o partes» del evento. En este sentido, dijo que la cuestión controversial quedaba circunscripta a la diferente y enfrentada valoración que hicieron los acusadores y la defensa en cuanto a los acontecimientos previos al hecho puntual de «arrollamiento» y, también, respecto de la situación de fuga posterior (ver fundamentos, fs. 666 y fs. 668). Al respecto, el tribunal de juicio entendió que no podían prosperar las consideraciones críticas alegadas por la defensa. En este sentido, consideró que el accidente previo protagonizado por Disparte y Castro fue un hecho accidental, de modo que no podía considerarse que habían colocado un obstáculo en la vía de circulación capaz de reconducir, hacia ellos, la atribución del resultado acusado a Gattás. Asimismo, respecto de la intervención de Quintana –conductor de la camioneta Ford F-100–, el tribunal advirtió que, si bien el testigo reconoció que al percatarse del accidente no colocó ninguna señal indicadora, éste comportamiento no podía atribuirle algún grado de responsabilidad por el hecho, ni eximir la del acusado (ver fundamentos, fs. 668/669).

II.- El recurso de casación de la defensa

La defensa impugna la resolución antes individualizada en razón de lo dispuesto por el art. 474, inc.2 del CPP.

Indica que la acusación no contiene una descripción clara del comportamiento endilgado a Gattás y que esto se constata en la pieza de avoque, en la declaración indagatoria del acusado y en la pieza de elevación a juicio.

Señala que el órgano acusador sólo ha reproducido el art. 42 de la ley de tránsito haciendo una referencia abstracta y sin especificar si el imputado violó el deber de cuidado por algún comportamiento negligente o imprudente específico.

Concretamente, afirma que se atribuyó a Gattás la vulneración del «deber» de «circular con cuidado y precaución conservando en todo momento el dominio efectivo del vehículo», pero que no se indicaron los actos que habrían vulnerado dicho deber, ni la prueba que sostiene dicha acusación.

Advierte que la generalización en la descripción de la acusación se debió a que el órgano acusador realizó una investigación defectuosa, en la que no indagó sobre la responsabilidad de Castro –conductor de la bicicleta– o de Quintana –conductor de la camioneta Ford F-100–.

Indica que las dudas de la acusación se encuentran acreditadas con el pedido fiscal de compulsa en el marco del debate para investigar la responsabilidad de Castro. Según afirma el recurrente, éste fue quien aportó la causa necesaria para el deceso de la víctima.

Con ello, afirma que el tribunal tampoco precisó la infracción de la norma de tránsito que habría posibilitado la ocurrencia del accidente fatal, de modo que inventó una infracción haciendo consideraciones abstractas de negligencia e imprudencia.

Apunta que el magistrado sentenciante se explayó en reproches que no fueron incorporados por el órgano acusador en sus conclusiones y que completó las circunstancias de tiempo, modo y lugar en la imputación.

Advierte que, de este modo, el tribunal adoptó un rol de parte que ha violado la garantía de imparcialidad del Juez, el debido proceso y el derecho de defensa. Entiende que el tribunal ha sido arbitrario pues, para fundar la violación del debido cuidado, utilizó premisas hipotéticas.

Destaca así que el juez de sentencia ha considerado que «[p]leno domino habría existido si [el acusado] hubiera frenado ante la maniobra de la Ford F100 y hubiera reducido su velocidad a punto tal de poder controlar [su vehículo], evitando cualquier accidente» y, a modo de refutación, afirma que también se hubiese evitado el accidente si Gattás hubiese salido más tarde o más temprano de su domicilio.

Realiza consideraciones sobre el tipo penal controvertido y, en este marco, sostiene que la violación del deber de cuidado implica previsibilidad y evitabilidad, requisitos que no se observan en el caso concreto.

Ello, por cuanto el conductor que iba delante del acusado se corrió a un lado sin alertar sobre la colisión que la víctima había tenido con una bicicleta, y toda vez que el comportamiento del acusado fue mecánico. Al respecto estima que, si en una zona semirural el vehículo precedente se estaciona u orilla sin hacer una advertencia concreta de peligro, lo usual es que el vehículo siguiente no se detenga y continúe la marcha. Entiende por ello que el acusado no actuó por fuera del riesgo permitido.

Entiende que el accidente, que tuvo la víctima previamente con una bicicleta, fue un suceso que previsiblemente para Quintana –conductor de la Ford F-100–, generaría el segundo accidente en el que falleció Disparte. Por esta razón, afirma que Quintana debió dar aviso sobre el mismo y que su comportamiento vulneró los arts. 42 inc. b), 51 y 52 de la ley de tránsito.

Al respecto, repasa los testimonios brindados en la causa y afirma que la distancia entre Quintana y el accidente de Disparte con una bicicleta, fue suficiente para que Quintana tomase todas las precauciones necesarias para no agravar la situación –colocar balizas, colocar un guiñe al salirse de la carpeta asfáltica o detenerse sobre esta–. Insiste que dicho primer accidente fue una circunstancia imprevista para el acusado, un riesgo que no fue introducido por él, y sostiene que el error del tribunal ha considerado en no valorar la dinámica del suceso.

Finalmente, realiza precisiones sobre la **inconstitucionalidad de la figura de «fuga»**, prevista como agravante en el art. 84 bis segundo párrafo del CP, y de la declaración de reincidencia.

Respecto de lo primero, indica que el accidentado estaba cubierto por la única ayuda posible y que se esperaba el arribo de especialistas médicos, razón por la que no hubo un bien jurídico susceptible de ser protegido por la norma. Argumenta que la decisión del acusado, de quedarse o irse del lugar del accidente, se encuentra amparada por el derecho a no declarar contra sí mismo.

Explica que en ningún otro delito contemplado en la legislación penal se exige al sujeto activo quedarse en el lugar del hecho.

Respecto de la declaración de reincidencia, considera que comprende un nuevo juzgamiento de un hecho que implica la vulneración de los principios de culpabilidad y non bis in ídem. Destaca, asimismo, que agrava innecesariamente las condiciones de prisión.

Además, señala que la primera condena de Gattás fue impuesta en virtud de atribuirle responsabilidad por un delito doloso, siendo incomprensible que se declare la reincidencia por un hecho culposos, es decir, por un delito de diferente calificación penal.

Formula reserva del caso federal.

III.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General, advierte que el recurso incoado por la defensa del acusado debe ser rechazado sustancialmente.

Indica que los ataques de la defensa a la validez de la imputación deben ser desestimados, puesto que no planteó, en ningún momento del proceso, la nulidad del avoque, el acta de imputación o el requerimiento de citación a juicio.

Además, considera que la elevación a juicio no puede contener todos los elementos que surgen luego en el debate con la producción de prueba, por lo que debe aceptarse cierta provisoriedad y generalidad en su redacción.

Entiende que el resto de las condiciones del hecho que han sido valoradas por el tribunal y, según el recurrente, no se encuentran en la pieza de acusación, están presentes en las constancias de la causa y son de necesaria valoración para acreditar la responsabilidad en un accidente de tránsito.

Afirma que desde el avoque se le imputó al acusado la falta de domino en la conducción de su vehículo, razón por la que no puede sostenerse que hubo una invención del a quo al identificar los medios de evitación que el acusado no implementó.

Con ello, advierte que el tribunal explicó cuáles fueron las señales que anunciaban peligro y demandaban precaución, y cuál el comportamiento que, a pesar de dichas señales, el acusado observó violando así el deber de cuidado que impone la norma de tránsito.

En este sentido afirma que, con las circunstancias observadas por el acusado, no puede sostenerse que el hecho haya sido imprevisible para él.

Señala que el primer accidente, que tuvo la víctima con una bicicleta, no puede ser calificado como un dato fortuito.

Entiende que fue un hecho que integra los **riesgos propios de la circulación** y las circunstancias del tránsito a los que debió estar atento el acusado, y explica que la **violación del deber de cuidado** consistió en no bajar la velocidad al mínimo posible, para constatar el estado de situación, y en acelerar su vehículo perdiendo así el dominio efectivo de su vehículo.

Señala que el intento de responsabilizar a Quintana, conductor de la camioneta Ford F-100, es injustificado puesto que el accidente entre la motocicleta y la bicicleta se produjo entre 15 y 20 mts. Delante suyo y, en ese contexto, resulta ilógico exigirle que, además de tirarse a la banquina, haya colocado una luz de giro.

En este contexto, además, considera que el hecho de que no se haya determinado la responsabilidad de todos los intervinientes no es relevante y que el pedido de compulsas para investigar el comportamiento de Castro –conductor de la bicicleta– no alimenta las dudas respecto de la responsabilidad del acusado en este caso.

Finalmente, considera que las consideraciones de inconstitucionalidad de la agravante de fuga y de la declaración de reincidencia deben ser rechazadas por no haber sido formuladas en el recurso extraordinario correspondiente.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

Puestos en consideración los diversos motivos de agravio invocados por la parte recurrente, adelanto mi posición en el sentido de que corresponde hacer lugar a la presentación recursiva.

En forma preliminar, debo señalar que comparto el criterio sostenido reiteradamente por este Cuerpo según el cual es atribución del tribunal de casación tratar el motivo casatorio que más convenga a la solución del caso, esto en razón de que la ley adjetiva no establece un orden de procedencia que deba seguirse en el examen de las causales de impugnación extraordinarias si se cuestiona una resolución por la concurrencia de vicios (LS 183-188; 202- 001; 269-234 entre otros).

Por tal motivo concentraré mi atención en el tratamiento de uno de los vicios denunciados por el recurrente, pues según entiendo, allí se encuentra el tema decidendum» de la presente causa, que de prosperar conduce a la nulidad de la resolución cuestionada.

Conforme con ello, estimo que lo relevante para la solución del caso reside en la revisión de los argumentos dogmáticos que formaron la hipótesis acusatoria y que fueron avalados por el tribunal de sentencia. En concreto, debe decidirse si han sido suficientes las razones utilizadas para sostener que Gattás se ha comportado de manera arriesgada, produciendo así la muerte de Kevin Disparte.

Las demás consideraciones recursivas, acerca de la inconstitucionalidad de la figura agravante de «fuga» y de la declaración de reincidencia, no serán tratadas puesto que, debido a la solución que propongo, devienen en abstracto.

Para ello, organizaré la exposición de la siguiente manera. En primer lugar, identificaré las premisas fundamentales que forman la hipótesis fiscal y que han sido apoyadas por el tribunal de juicio (a). Luego, diré porqué entiendo que la condena de Elías Gattás no da buenas razones para responsabilizarlo por el homicidio que se le imputa (b).

a. Acerca de la hipótesis acusatoria y la sentencia condenatoria

Conforme con la pieza acusatoria elevada a juicio, el acusado perdió el dominio de su vehículo y provocó el deceso de Kevin Disparte al vulnerar los deberes de cuidado previstos en los arts. 39, 42 inc. b) y 59 de la ley de tránsito.

En concreto se estipuló que, si bien el acusado condujo a la velocidad permitida para avenidas –según lo constatado, a una velocidad no menor a 55,44 km/h–, la arteria por la que circulaba demandaba que redujera más su velocidad para mantener el correcto dominio de su rodado, puesto que «todavía estaba oscuro, lloviznaba, y había tránsito vehicular intenso» (ver fs. 599/560 y fs. 602).

Por su lado, la fiscal en instancia de juicio sostuvo que, si bien el acusado se condujo dentro del margen de velocidad permitido, también vulneró los **arts. 42 inc. b) y 59 de la ley de tránsito**, pues, condujo sin los debidos cuidado y atención y sin el total dominio de su rodado que le exigían las circunstancias del tráfico.

Al respecto destacó que, según la prueba, al momento del hecho estaba oscuro o amaneciendo, que, a pesar de haber buena visibilidad, lloviznaba o garuaba, y que el acusado aceleró luego de que el conductor que le precedía – Quintana– se orilló al ver el accidente de Disparte y la bicicleta.

Con ello, la acusación sostuvo que el hecho de conducirse dentro de la velocidad permitida no eximía de responsabilidad a Gattás, puesto que el deber de cuidado abarca muchas otras variables –tales como el clima, la visibilidad, el horario nocturno y el lugar–, que debieron ser sopesadas por el acusado para decidir a qué velocidad conducir, con independencia del máximo permitido.

Así, la fiscal de juicio indicó que, si el imputado hubiera cumplido lo establecido en la normativa referida –si hubiera manejado de modo diligente, con cuidado, atención y cautela–, podría haber evitado el resultado.

Asimismo, que si el acusado hubiese estado concentrado y hubiese tenido en cuenta las condiciones climáticas, si hubiese mirado la calzada – atento a que la llovizna y la luminaria del lugar exigía una atención superior–, hubiese podido evitar el accidente (ver soporte audiovisual del día 24/4/2019, minutos 13 a 26:30).

El tribunal a quo, en este sentido, señaló que debía evaluarse el accionar del acusado con las condiciones constatadas de visibilidad y de clima. Puntualizó que la maniobra evasiva de Quintana –tirarse a la banquina–, debió «activar en Gattás su deber de previsibilidad» y, concretamente, de cuidado y precaución.

Al respecto aseveró que, puesto que Quintana pudo haberse orillado debido a cualquier circunstancia peligrosa, el acusado, incluso por su propia seguridad, debió frenar su rodado o detenerlo hasta una velocidad mínima que le permitiera no crear riesgos para sí o para terceros.

Explicó que dicho deber de cuidado también debió ser observado con mayor intensidad, atento a las condiciones del clima y cierta intensidad en el tránsito.

En consonancia con la acusación indicó que, si bien el acusado respetó el máximo de velocidad, la regla previstas en el art. 59 de la ley de tránsito «se impone», de modo que los conductores deben tener en cuenta diferentes situaciones –estado del vehículo y su carga, visibilidad, condiciones de la vía y tiempo, densidad del tránsito– que garanticen la **dominabilidad del vehículo**.

Profundizando en esta idea, el a quo entendió que las huellas de frenado constatadas –que dieron cuenta de que, al frenar, Gattás mantuvo el vehículo en forma recta y con escaso desplazamiento antes de embestir a Disparte–, no habilitaban a deducir que el acusado tuvo el pleno dominio de su vehículo (ver fundamentos, fs. 669 vta./672).

b. Acerca de los fundamentos en la condena de Elías Gattás

En esencia, la defensa critica la vaguedad con la que el órgano acusador y el tribunal de sentencia han tenido por comprobado que el comportamiento del acusado ha sido desaprobado y se ha producido en el resultado lesivo que se le endilga.

Estimo que le asiste razón, pues no han explicado de manera suficiente cómo es que la conducción de Elías Gattás fue una actividad desaprobada que explica el accidente que se le imputa.

Las constancias citadas indican que, en lo fundamental, al acusado se lo acusa de haber vulnerado la regla prevista en el **art. 59 de la ley de tránsito**, que prevé el deber del conductor de «[...] circular siempre a una velocidad tal que, teniendo en cuenta su salud, el estado del vehículo y su carga, la visibilidad existente, las condiciones de la vía y el tiempo y densidad del tránsito, tenga siempre el total dominio de su vehículo y no entorpezca la circulación».

Asimismo, de no haber respetado el **art. 42 inc. b)** en tanto estipula el deber de «circular con cuidado y precaución conservando en todo momento el dominio efectivo del vehículo, teniendo en cuenta los riesgos propios de la circulación y demás circunstancias del tránsito». En concreto, al acusado se lo responsabiliza por no observar, en las circunstancias en que se produjo el hecho, una «velocidad tal» que le asegurase siempre «total dominio» de su vehículo.

Lo criticable de la condena de Elías Gattás es, según estimo, que no explica de qué modo el acusado, aunque conservando una velocidad permitida, ha generado otros riesgos en la conducción y, de ese modo, ha perdido el dominio de su vehículo provocando así el accidente.

En efecto, lo que no ha cumplido la acusación, y la sentencia en concordancia con ella, es el deber de describir cómo es que el acusado no tuvo en cuenta las variables constadas en el caso –tales como el clima, el horario o el tránsito– y perdió el dominio de su rodado en consecuencia.

Es decir, cuál fue la conducta que explica una desatención de tales circunstancias del tránsito, provocando una pérdida en la capacidad de dominar su vehículo.

Según entiendo, el tribunal ha deducido un comportamiento desaprobado sólo en razón de que el resultado, efectivamente, se ha producido; más no ha descrito, ex ante, el modo en qué se violaron aquellas normas detalladas por la acusación y el tribunal, produciendo así el resultado lesivo. En la sentencia criticada no se detalla cuál debió ser «tal velocidad» en el caso concreto o qué implicaba, ex ante, un total dominio del vehículo.

En definitiva, considero que, tanto la acusación, como la sentencia condenatoria de Elías Gattás, no contienen una adecuada determinación del comportamiento que se entiende violatorio del riesgo permitido en el tráfico rodado.

Por dichas razones, debe hacerse lugar al recurso de casación presentado por la defensa y, en consecuencia, debe anularse la sentencia criticada, reenviando las actuaciones para la sustanciación de un nuevo debate. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Disidencia.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, EN DISIDENCIA, DIJO: Por las siguientes razones no comparto la solución a la que arriba mi colega preopinante.

En consecuencia, entiendo que corresponde desestimar la presentación recursiva y confirmar la sentencia recurrida.

Según estimo, el recurso de la defensa de Elías Gattás puede sintetizarse en dos aspectos.

Por un lado, implica una disconformidad con los argumentos utilizados por el tribunal de juicio para condenar (a), y, por otro lado, pretende la declaración de inconstitucionalidad de la figura prevista en el párrafo segundo del art. 84 bis del CP –en concreto, de la agravante por fuga–, así como de la declaración de reincidencia prevista en el **art. 50 del CP (b)**. Veamos cada aspecto por separado.

A. La primera perspectiva de análisis se basa, según entiendo, en **agravios que carecen de suficiente sustento en las constancias de la causa**, razón por la que los argumentos de la defensa deben ser desestimados.

Respecto de la pretendida generalidad en la intimación de la plataforma fáctica, las constancias de la causa no sólo indican que la defensa del acusado no ha dado mayores precisiones que ilustren el modo en que su labor se ha visto entorpecida o disminuida en virtud de la intimación de los hechos por parte del órgano acusador, sino también, tal como lo destaca el Procurador General, que la defensa no ha articulado a lo largo de todo el proceso pedido alguno de nulidad contra los actos que critica (avoque, imputación formal y requerimiento de citación a juicio).

Estas circunstancias, según estimo, demuestran que la crítica recursiva carece de un interés atendible en esta instancia y que esconden un pedido de nulidad por la nulidad misma.

No obstante ello, estimo que las actuaciones también muestran, que la representante del Ministerio Público Fiscal detalló en qué consistieron los comportamientos que calificó como vulneraciones del deber de cuidado del delito controvertido, así como la prueba de cargo que apoyaba su hipótesis, y que el tribunal a quo no «inventó» o «creó» infracciones, ni hizo consideraciones imprecisas sobre imprudencia.

En este sentido, considero que el detalle incorporado en el punto (a) del voto que antecede, acerca de las consideraciones de la acusación y el tribunal de sentencia sobre el deber de cuidado vulnerado, no implica una descripción insuficiente o inadecuada.

De los extractos hechos en ese punto se desprende, según entiendo, que la representante del Ministerio Público Fiscal no ha sido laxa o genérica en la imputación formulada, ni que el tribunal ha incorporado consideraciones no aludidas por ésta, vulnerando así el principio acusatorio.

Además, respecto de la tarea argumentativa del tribunal, tampoco se observan premisas que indiquen que la sentencia criticada sea un acto arbitrario susceptible de ser declarado nulo.

Finalmente en este aspecto, también deben ser desestimadas las críticas del recurrente que indican que el a quo ha valorado inadecuadamente la dinámica del suceso.

Al respecto, se advierte que la defensa filtra una reedición de la hipótesis defendida en el debate y que fue ampliamente refutada, pero sin mayores precisiones relativas al pretendido error del tribunal a quo.

En efecto, las consideraciones defensivas sobre el comportamiento permitido del acusado –al conducirse éste dentro de los márgenes legales de velocidad– y la atribución del suceso al conductor de la camioneta Ford F-100 que precedía a Gattás –por no adoptar éste maniobras que advirtieran sobre el accidente que la víctima tuvo previamente–, son ideas que ya fueron expuestas en la instancia de juicio y suficientemente descartadas por el tribunal.

En este sentido, el tribunal a quo señaló que « [¿] acaso la maniobra ya descrita de Nelson Jesús Quintana tiene la entidad suficiente para cumplir el doble propósito que sugiere la defensa?, esto es, eximir de responsabilidad a Gattás por un lado, y -de algún modo atribuirle algún grado de responsabilidad en el evento principal al propio [...] Quintana? Mi respuesta a esta proposición es negativa.

Ese salirse de la ruta de modo “intempestivo” si se quiere, - y si se asimila en esos términos la propia expresión del nombrado de “inmediatamente” [...] - y el hacerlo sin anunciar esa maniobra, esto es, con guiñe o balizas como efectivamente la ley de tránsito lo establece; no puede asumirse como una conducta con el alcance que pretende la defensa técnica, porque ello no es otra cosa que desviar el punto de observación donde debe fijarse la mirada para evaluar la verdadera responsabilidad en este caso concreto [...]».

Así, en consonancia con ello, el a quo indicó que «[...] al evaluar el evento del modo que lo hace la defensa técnica se está soslayando que lo que corresponde aquí evaluar es el accionar de Gattás en el momento y en el lugar preciso que debe hacerse, con las condiciones de visibilidad y clima que ya se han referenciado, si esa conducta fue imprudente o no y si en la situación concreta le era exigible otra conducta» (ver fundamentos fs.669 y vta.).

Contra esta refutación, por su parte, la parte recurrente no ha aportado mayores precisiones capaces de explicar porqué el razonamiento del tribunal es errado, de qué manera es arbitrario, o qué elementos probatorios incorporados demuestran algo distinto a lo sostenido por el tribunal. Por ello, estimo que el agravio debe ser desestimado.

B. El segundo orden de críticas realizadas por la defensa, es decir, aquellas destinadas a discutir la constitucionalidad de la figura **agravante de «fuga»**, en supuestos de homicidios mediante la conducción antirreglamentaria de un vehículo automotor, así como de la declaración de reincidencia, tampoco puede ser recibido favorablemente.

Entiendo que le asiste razón al Procurador General al indicar, que debe rechazarse el planteo de la defensa por resultar formalmente improcedente.

Conforme lo prevé nuestra ley procesal, la impugnación de las normas aplicadas en una resolución jurisdiccional por considerarlas infraconstitucionales debe instarse siguiendo los requisitos del art. 489 del código de forma, es decir, mediante la formulación del recurso de inconstitucionalidad, siendo este un presupuesto que no ha sido cumplido por la parte recurrente (**ver causa «Adarme»**).

Además, debe recordarse que la cuestión constitucional debe ser oportunamente introducida para que el tribunal de la instancia anterior se expida sobre el planteo, presupuesto no cumplido por la parte recurrente.

En este contexto y a fin de determinar los alcances de la denominada «introducción oportuna», la jurisprudencia ha señalado que ostentará ese carácter el planteo que haya sido efectuado en la primera oportunidad en que la cuestión se suscitó o podía preverse que se suscitara.

Es decir, en cuanto se tenga conocimiento efectivo que la norma se puede aplicar en el caso concreto y sólo por excepción es admisible el planteo posterior cuando los jueces recurren a una norma cuya utilización no podía estar en los cálculos de los litigantes, porque de lo contrario la impugnación resulta tardía (**ver causa «Matas y ots.»**).

En el caso de estudio, puede advertirse que la inconstitucionalidad de la figura penal de «fuga» prevista en el art. 89 segundo párrafo del CP fue introducida en el debate – aunque no como un planteo ante el tribunal de juicio sino, estrictamente, como parte de los argumentos con los que la defensa bregó por la absolución del acusado–, y no en la primera oportunidad en la que se tuvo conocimiento de que la norma podía aplicarse al caso concreto, eso es, al ser imputado Elías Gattás (ver acta de imputación de fs. 133/vta. Y audiencia de debate del día 24/4/2019, a partir del minuto 57).

Asimismo, la compulsa de las actuaciones indica que el **planteo de inconstitucionalidad de la declaración de reincidencia** ha sido introducido de modo coetáneo con el recurso de casación contra la sentencia condenatoria de Gattás, y no en el momento en el que se agregaron los antecedentes del acusado o en ocasión de solicitar dicha declaración de reincidencia el órgano acusador.

Por las razones expuestas precedentemente, entiendo que el recurso de casación incoado debe ser rechazado en esta instancia y, en consecuencia, debe confirmarse la Sentencia N° 481 del Tribunal Penal Colegiado de la Segunda Circunscripción Judicial. ASÍ VOTO

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

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

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

Sobre la segunda cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

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

Sobre la segunda cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

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

- 1.- No hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 683/714 vta. Por la defensa de Elías Abdón Gattás Lozano y, en consecuencia, confirmar la Sentencia N° 481 del Primer Tribunal Penal Colegiado de la Segunda Circunscripción Judicial.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen a sus efectos.

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

6- LIOY BONGIOVANNI. 12-03-20.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200312_FcLioy.pdf

Lex: Art. 84, 2° párrafo, 2° supuesto del CP. Ley 25189.

Vox: Homicidio culposo agravado. Concurrencia de riesgos. Curso causal lesivo. Competencia de la víctima.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **dos años de prisión y cinco años de inhabilitación especial** para conducir vehículos automotores por entenderlo autor penalmente responsable del delito de homicidio culposo agravado (art. 84, segundo párrafo, segundo supuesto del CP, Ley 25.189).

La **defensa** interpone recurso de casación.

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

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 548, pronunciada por el TPC N° 1- 2° CJ.

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

Fallo:

CUIJ: 13-04850121-9/1((028601-28601)) FC/ LIOY BONGIOVANNI HECTOR PEDRO P/ HOMICIDIO CULPOSO A ANGELICA DANIELA RIOS (0024) (21079) (106345) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104932621*

En Mendoza, a los doce días del mes de marzo del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04850121-9/1, caratulada “FC/ LIOY BONGIOVANNI HECTOR PEDRO S/ CASACIÓN”.

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

La defensa técnica interpone recurso de casación (fs. 209/230) contra la Sentencia N° 548 (fs. 201 y vta.) y sus fundamentos, mediante la cual el Tribunal Penal Colegiado de la Segunda Circunscripción condenó a Héctor Pedro Lioy Bongiovanni a la pena de dos años de prisión y cinco años de inhabilitación especial para conducir vehículos automotores por entenderlo autor penalmente responsable del delito de homicidio culposo agravado (art. 84, segundo párrafo, segundo supuesto del CP, Ley 25.189).

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

I.- Sentencia recurrida

El magistrado interviniente tuvo por acreditado con la certeza absoluta requerida para el dictado de una sentencia condenatoria, que el día 22 de abril de 2015, siendo las 08:10 horas aproximadamente, Héctor Pedro Lioy Bongiovanni, quien a la sazón conducía el vehículo de su propiedad tipo «pick up», marca Rastrojero, dominio UUB-344, por calle Tirasso en dirección Sur-Norte a la altura del numeral 4000 de dicha arteria, en razón de no prestar la debida atención dadas las características de la arteria en ese lugar –muy deteriorada–, el horario, la cercanía de una escuela, la consuetudinaria afluencia de tránsito –de vehículos y bicis– y de peatones, dada la cercanía con el establecimiento educativo colisionó con la bicicleta en la que se desplazaba en la misma dirección Ángela Daniela Ríos. Del impacto ocasionado, la víctima salió despedida de su bicicleta, golpeó con su cuerpo en el capó y el techo del vehículo de Lioy Bongiovanni y luego cayó al suelo golpeando su cabeza contra el asfalto, lo que le provocó un traumatismo craneoencefálico grave, lo que generó una internación de quince días y su posterior deceso en fecha 04 de mayo de 2015 (f. 203 vta.).

Para decidir en tal sentido, el a quo valoró, el descargo del acusado, la pericia de Policía Científica, la declaración testimonial brindada en el debate por el Médico Forense Fernando Barrera y por el testigo

presencial Luis Alberto Aguirre Orozco, así como toda la prueba instrumental válidamente incorporada al proceso.

II.- Recurso de casación

La defensa técnica de Lioy Bongiovanni entiende que la resolución atacada es arbitraria en tanto adolece de vicios en la lógica de su motivación.

En concreto, postula que el comportamiento del acusado sería atípico en tanto y en cuanto el hecho lesivo se explicaría por el comportamiento imprudente de la víctima.

En este sentido, explica que la colisión se produjo debido a que la víctima realizó un abrupto giro con su bicicleta sin advertir que la estaba sobrepasando la camioneta Rastrojero del acusado, lo cual condujo a la colisión que acabó con su vida.

A partir de aquí, despliega una serie de argumentos que sustentan su postura y refutan la del a quo.

III.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General entiende que corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto (fs. 240/241).

Descarta la tesis defensiva, en primer lugar, poniendo de relieve que se trata de una interpretación que se opone al plexo probatorio de autos.

En particular, subraya que el informe pericial de Policía Científica no constata los extremos alegados por el recurrente y, por el contrario, sustenta la hipótesis acusatoria.

En segundo lugar, explica que la ausencia de una maniobra evasiva de parte del conductor se basa también en la evidencia del tipo neumáticas desarrolladas por la camioneta Rastrojero y la declaración del perito interviniente en la confección del informe de Policía Científica.

IV.- La solución del caso

Voto. Dr. Palermo. Preopinante.

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

La pregunta central que ha de contestarse, de acuerdo al agravio esgrimido por el recurrente, residen en si la muerte es competencia de la víctima o si, por el contrario, es competencia del conductor de la camioneta Rastrojero, tal como lo entendió el a quo.

Anticipo mi tesis en relación con esta cuestión: la sentencia condenatoria se encuentra debidamente fundada en las constancias de autos y, en consecuencia, debe ser confirmada. La cuestión anterior es un problema de imputación objetiva.

Inicialmente, un curso lesivo puede explicarse normativamente debido al comportamiento del autor, de la víctima o, dado el caso, de un tercero.

Retomando el caso: el hecho pudo explicarse debido a que Lioy Bongiovanni fue encandilado por el sol y no advirtió la existencia de la bicicleta o debido a el abrupto giro de Ángela Daniela Ríos.

Comportamiento de la víctima o comportamiento del autor, al que debe sumársele la eventual intervención de un tercero –hipótesis que, de cualquier modo, no hace al caso concreto–.

Desde luego, podrían verificarse hipótesis en las que se combine la imputación a la víctima, al autor y al tercero (**conurrencia de riesgos**) y, a la inversa, supuestos de cursos causales lesivos que no sean competencia de ninguno de los intervinientes.

Así, aparte de la explicación por medio de la imputación, hay una explicación que tiene lugar sin que haya imputación, una explicación meramente cognitiva (**la desgracia**), en tanto y en cuanto a ninguno de los intervinientes pueda reprochársele nada –imagínese ahora que la causa del deceso hubiese sido la caída de un rayo en la ruta–.

Bien, presentada esta panorámica de posibilidades ¿cuál es la correcta en el caso sometido a decisión? Esta pregunta no puede ser contestada sin tener en cuenta la lógica del accidente referida a las tesis defensiva y acusatoria.

La defensa sostuvo –y reitera en esta instancia– que el hecho se produjo debido a un giro abrupto de la víctima sin advertir que estaba siendo adelantada por el acusado, el cual, a su vez, se desplazaba de manera reglamentaria conforme la velocidad permitida y las condiciones del lugar.

A favor de esta tesis, el recurrente expresa una serie de argumentos que ya se encuentran refutados en la sentencia puesta en tela de juicio y, además, contradichos por las pruebas de cargo.

Principalmente, la defensa se basa en la declaración del imputado y en el informe Policía Científica.

De la primera se derivaría que fue la víctima quien se cruzó de manera prohibida en la trayectoria del acusado. Del segundo, se deduciría que el conductor intentó una maniobra evasiva hacia la izquierda y de frenado, con el fin de no tocar a la bicicleta, lo que no pudo evitar.

En contra de esta visión de los hechos, el magistrado interviniente brindó en el debate tres razones que estimo acertadas y cancelan cualquier posibilidad de éxito del recurso defensivo en orden a lo que se propone, esto es, presentar una explicación del caso en la que la lesión es responsabilidad de la propia víctima.

En primer lugar, el magistrado explicó que del croquis de fs. 2 y de la planimetría de fs. 43 se desprende que, si la intención de la víctima hubiese sido la de dirigirse a su domicilio, no había necesidad de realizar el abrupto giro con «tanta anterioridad al lugar preciso en el que se encuentra la arteria por la que pretendía doblar.

Esta argumentación de sentido común contesta la versión brindada por el imputado al momento de realizar su descargo, en orden a que la maniobra de la víctima se explicaría porque vivía en las inmediaciones» (f. 221).

En segundo lugar, el magistrado considera que la supuesta intención de la víctima es deducida por la defensa del imputado sólo con base en que, después del accidente, se enteró que Ángela Daniela Ríos vivía en esa calle, por comentarios de vecinos que residían en la zona.

Pero esto no alcanza, pues bien pudo ser que la víctima «se haya dirigido a otro sitio y no a su casa [...] no hay ningún otro elemento que permita certificar esa deducción del imputado» (f. 221).

En tercer lugar, el a quo opone a la versión defensiva que, si la bicicleta hubiese sido alcanzada de costado, de ningún modo ésta hubiese terminado incrustada de forma perpendicular en línea recta sobre sus dos ruedas a una distancia de veinticinco metros de la colisión, en el paragolpes de la camioneta.

Y agrega «el bicicleta se encuentra secuestrado y, a simple vista, se puede observar que la rueda trasera ha sufrido una deformación que la ha cuadrado prácticamente, asumiendo un sector de su circunferencia, la forma exacta del paralogpes del Rastrojero: esa deformación requiere necesariamente que el impacto haya sido recibido por el bicicleta de atrás en línea recta» (f. 221 vta.).

Si bien es cierto que el informe de fs. 41/46 expresa que el «conductor habría realizado una maniobra del tipo evasiva previo al siniestro» (f. 42 vta.), no es menos cierto que, en la planimetría y fotografías del informe referido, de las que se derivan las tres razones anteriores, hablan en contra de la versión brindada por el imputado. En el mismo sentido se expresó el testigo presencial Luis Alberto Aguirre Orozco, quien afirmó que el acusado no frenó y la colisionó de atrás (f. 205).

Así, el tribunal de juicio concluyó correctamente que «una vez descartada la indagatoria del encartado – por contradictoria con la prueba rendida– surge claro que el deceso de Ángela Ríos tiene una única explicación y es la de que el prevenido Lioy Bongiovanni, directamente no la vio, no advirtió la circulación en su mismo sentido del bicicleta de la mujer víctima y, entonces, la embistió desde atrás ‘como venía’, sin disminuir su velocidad ni frenar» (f. 222).

A lo anterior, la sentencia analizada suma que la secuencia de los hechos derivada de la labor de Policía Científica arrojó que el encausado accionó sus frenos dieciséis metros con treinta centímetros después de la colisión, lo que hablaría también en contra de la maniobra defensiva del conductor: recordemos que el recurrente postula que Lioy Bongiovanni al divisar la bicicleta intentó evitar la colisión.

De este modo, y en sentido coincidente con el señor Procurador General, entiendo corresponde contestar negativamente la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazar el recurso de casación interpuesto. ASÍ VOTO.

Voto. Dr. Adaro y Dr. Valerio. Adhieren.

Sobre la misma cuestión los DRES. MARIO D. ADARO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento en este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse como afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. MARIO D. ADARO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

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

Sobre la misma cuestión los DRES. MARIO D. ADARO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

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

SENTENCIA:

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

1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 209/230 por la defensa técnica de Héctor Pedro Lioy Bongiovanni.

2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.

3.- Tener presente la reserva federal formulada.

4.- Remitir las presentes presentes actuaciones al tribunal de origen a sus efectos.

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

7- ORTEGA RAGONESI. 19-03-20. (JJ)

| | | | | | | | | | | | | | | |
|-----------|-------------|----|------|------------|---------|---------|----------|---------|-----------|---------|---------|-------------|---|------------|
| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 54 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
| VG | Par. | - | - | PPP | - | - | A | - | CI | - | - | - | - | 474 |

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200319_FcORD.pdf

Lex: Art. 80 inc. 1° y 11° del CP. Art. 2 del CP. Art. 1, 16, 22, 29, 36 de la CN. Ley 9106. Art. 4 del CPP. Ley 27499. Art. 8.2.h de la CADH y 14.5 del PIDCP.

Vox: VG. Homicidio agravado. Vínculo. Violencia de género. Concurso ideal. Femicidio. Juicio por Jurado. Instrucciones iniciales. Instrucciones finales. Alegato de apertura. Alegato de cierre. Veredicto de culpabilidad. Revisión integral. Modelo constitucional de enjuiciamiento. Soberanía Popular. Irretroactividad de la ley penal. Principio de inocencia. Debido proceso. Norma procesal. Norma de fondo. Capacitación sobre VG. Ley Micaela. Audiencia de Voir Dire. Prisión perpetua.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **prisión perpetua** por encontrarlo penalmente responsable del delito de homicidio agravado por el vínculo y por mediar violencia de género, en concurso ideal (art. 80 incisos 1 y 11 del Código Penal).

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 del CPP)

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

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 495, pronunciada por el TPC N° 1-2° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Petean Pocoví. 07-02-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=276>
- Alaniz Pinera. 23-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=37>
- Di Cesare. 08-01-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210108_FcDCM.pdf
- Brancello Urbón. 05-03-20.: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=392>
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcCCE.pdf
- Merlo Lassa. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=243>
- Ojeda Pérez. 22-08-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190822_FcOPJ.pdf
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191210_FcVTL.pdf
- Ruiz Gutiérrez. 31-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180731_FcGRJ.pdf
- Galdeano Reyes. 31-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180731_FcGRJ.pdf
- Cruz Huanca.
- Minati Krier. 08-08-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190808_FcMKC.pdf
- Ortega Ragonesi. 19-03-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200319_FcORD.pdf

b-CSJN

- Canales. Fallos 342:697 y 249:343; 321:1865.

c-CIDH

- Liakat Ali Alibux vs. Suriname. 30-01-14. Párrs. 69 y 70

https://corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?lang=es&nId_Ficha=435

Doctrina citada.

FERRAJOLI, Luigi, 2007, Principia Iuris, Teoría del Derecho y la Democracia, vol. II “Teoría de la Democracia”, Ed. Trotta, trad., Perfecto Andrés Ibáñez, 2011, p. 49.

SCHIAVONE, Aldo, 2005, IUS. La invención del derecho en occidente, Torino, Ed. Adriana Hidalgo Editora, trad. Germán Prósperi, 2012, pp. 126 y 127

BENAVIDEZ, Sofía, Cuestiones sobre la función del juicio por jurados en la Argentina y la posibilidad de regular jurados civiles, en Diario Constitucional, 24/02/2020, www.diarioconstitucional.cl

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

Fallo:

foja: 2618 CUIJ: 13-04819259-3/1((028601-124158)) FC/ O. R. D. A. P/ HOMICIDIOS AGRAVADOS (124158) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104900004*

En Mendoza, a los diecinueve días del mes de marzo del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04819259-3/1 caratulada "F. c/ O. R., D. A. P/ HOMICIDIO AGRAVADO POR EL VÍNCULO Y VIOLENCIA DE GÉNERO S/ CASACIÓN".

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

La defensa de D. A. O. R. formula recurso de casación contra la Sentencia N° 495 pronunciada por el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Segunda Circunscripción Judicial, por cuanto condenó a su representado a la pena de prisión perpetua por encontrarlo penalmente responsable del delito de homicidio agravado por el vínculo y por mediar violencia de género, en concurso ideal (art. 80 incisos 1 y 11 del Código Penal), en estos autos n° P2-124.158/16.

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

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

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

1.- Sentencia recurrida

La decisión impugnada condenó a D. A. O. R. a la pena de prisión perpetua a raíz de que el jurado popular constituido en autos conforme a las previsiones de la ley 9.106 encontró al acusado culpable del hecho que se le atribuyó según la calificación que al mismo asignó el Ministerio Público Fiscal (MPF).

En este sentido, se acusó O. R. de que el día 13 de septiembre del año 2016, después de las 20.30 horas aproximadamente, el imputado ingresó a la casa de la víctima F.P. -donde estaba su hijo en común A.O.R.- , la golpeó en la nuca muy fuerte con un objeto similar a un palo de escoba, una botella o canto de celular, desmayándola.

Luego corrió los sillones para bloquear la puerta de una habitación y evitar que el menor A.O.R. entrara, intentó asfixiarla con la mano, sin lograrlo; buscó un cable o algo parecido y haciendo fuerza la estranguló.

Posteriormente simuló un robo: rompió la abrazadera del pasador que tenía la puerta, desde adentro, sustrajo el celular de la víctima y una notebook, y se fue con el niño, dejando la casa cerrada, la puerta cerrada y la luz prendida, como estaba.

Cerca de las once de la noche regresó con el niño, abrió la puerta, se encontró con el cadáver de F.P. que nadie había visto, y llamó al 911 -ver registros audiovisuales, primera audiencia del 07/05/19, min. 39:30 a 51:35-.

2.- Recurso de casación

La defensa impugna la sentencia condenatoria pronunciada en autos y funda la admisibilidad formal del recurso en ambos incisos del **art. 474 del CPP y en el art. 41 de la ley 9.106.**

Como disposiciones legales violadas o erróneamente aplicadas invoca el inc. b) de la última de las normas señaladas, que refiere a supuestos de arbitrariedad de la decisión que rechace o admita medidas de prueba de modo que se hubiera cercenado el derecho de defensa en juicio y condicionado la decisión del jurado.

También invoca el inciso d), que alude a aquellos casos en los que la sentencia condenatoria o la que impone medidas de seguridad se derive de un veredicto de culpabilidad del jurado que sea arbitrario o se aparte manifiestamente de la prueba producida en el debate.

a.- En primer lugar, la defensa se queja de la introducción de prueba irregular y arbitraria que no estaba en el expediente y que fue expuesta al jurado en el debate, por lo que requiere la anulación del veredicto por haberse introducido al proceso prueba que cercenó el derecho de defensa, con el propósito de condicionar la decisión del jurado.

Considera que el veredicto no está basado en la sana crítica racional –como lo hubiera hecho un magistrado judicial- sino en la íntima convicción, y condicionado por el ingreso de prueba al debate que no estaba en el expediente. Este agravio se apoya en diversas críticas que serán enunciadas a continuación.

Cuestiona que el sargento N. T., de la División de Toximanía de la Brigada de Investigaciones, introdujo al proceso fotografías que habían sido tomadas de su celular y que fueron expuestas al jurado para acreditar que O. había sido detenido el día 13/09/16.

Ni las partes ni el juez, fueron informadas del ingreso de esa prueba, que fue ocultada de manera maliciosa, lo que habría cercenado el derecho de defensa y el debido proceso y condicionado la deliberación del jurado.

En relación a la perito del Cuerpo Médico Forense, Dra. Adriana Virginia Gómez, señala la defensa que al serle expuestas tales fotografías, negó haberlas visto en el expediente y dijo que «las marcas en la mano se notaban muy pronunciadas».

El procedimiento llevado adelante, a criterio de la defensa irregular, condujo a la perito a pronunciar una conclusión perjudicial para el imputado.

También afirma que el hecho de que las fotografías condicionaron al jurado queda acreditado porque durante sus deliberaciones, los jurados pidieron que las fotos les fueran expuestas nuevamente.

El juez les comunicó que no podían mostrárselas porque no obraban en el expediente.

Tales imágenes habrían contrariado el art. 27 de la ley 9.106 que dispone que sólo pueden ser incorporados al debate por su lectura o exhibición audiovisual aquellos actos que hubiesen sido controlados por las partes que por su naturaleza y características fueran definitivos y de imposible reproducción.

La norma también prevé que toda otra prueba que se pretenda introducir al juicio por su lectura o exhibición no tiene valor alguno, sin perjuicio de la presentación de documentos al testigo, perito o

imputado para facilitar su memoria o dar explicaciones sobre lo que allí conste, previa autorización del juez.

La defensa sostiene que el ingreso irregular de la prueba fue intención manifiesta del acusador público para condicionar la decisión del jurado, y que el veredicto al que se arribó condicionadamente es arbitrario.

b.- En un segundo orden, se agravia de que se manipuló al hijo de la víctima y del acusado, el menor A.O.R, mediante fotografías e introduciéndolo –en los alegatos finales- en la escena del delito.

La defensa asevera que tal ignominiosa manipulación del niño A.O.R. afectó de modo irrazonable su derecho a la intimidad reconocido por la CDN art. 16, y que sin razones justificadas se introdujo en los alegatos finales una foto de la familia de la víctima F.P. con su hijo A.O.R., que fue transmitida en vivo y expuso al menor de edad a las redes sociales.

Por otro lado, el querellante particular introdujo en su alegato a A.O.R. en la escena del delito, al afirmar al jurado que el niño había presenciado el homicidio de su progenitor contra su madre.

Ese proceder sorpresivo, irregular y arbitrario del querellante particular hizo que el jurado se apartara manifiestamente de la prueba producida en el debate, por encontrarse condicionado por las imágenes que le habían sido expuestas. La defensa transcribe fragmentos del debate de donde surgiría que el representante fiscal formuló preguntas que presuponían que el niño había presenciado el homicidio.

El juez solicitó al fiscal que no confundiera al profesional que estaba interrogando, dando por supuesto en sus preguntas que el niño estaba presente en el hecho. A criterio del recurrente, no hay prueba alguna que acredite que el niño A.O.R. haya presenciado el hecho que incrimina a su padre.

El querellante particular violó el acuerdo de proteger el interés superior del niño al que habían arribado las partes al afirmar que el niño había visto el suceso, apartándose de la prueba y haciendo incurrir en error emocional al jurado.

c.- En tercer lugar la defensa cuestiona que el principio de irretroactividad de la ley penal fue mal aplicado, en perjuicio de la presunción de inocencia: según la fecha en que ocurrió el hecho -anterior a la sanción de la ley 9.106- y los principios de irretroactividad de la ley penal, retroactividad de la ley penal más benigna, inocencia y debido proceso, al imputado le cabía la opción de optar entre jueces de derecho y jueces de hecho.

d.- Por otra parte, solicita la nulidad del veredicto del jurado por violación del principio de imparcialidad, recogido por el **art. 2 de la ley 9.106, 18 de la CN, 8.1 de la CADH y 14.1 del PIDCP**.

Explica que la defensa solicitó el cambio de circunscripción judicial en base a lo establecido por el **art. 2 de la ley 9.106**, dada la conmoción y trascendencia social que tenía ese juicio dada la vasta difusión en medios periodísticos de San Rafael a través de diarios digitales, periódicos gratuitos, programas locales y redes sociales, en donde los comentarios condicionaban la decisión del jurado y socavaban su legitimidad. El tribunal rechazó la petición por considerarla excepcional y en consideración de la libertad de prensa, derecho constitucionalmente reconocido. De tal manera omitió, a criterio de la defensa, tomar en cuenta la cantidad de habitantes de San Rafael.

e.- Sostiene también el recurrente que el jurado se apartó de las pruebas producidas en el debate y de las instrucciones dadas por el juez, en particular al principio de inocencia, la carga probatoria (máxime considerando que el MPF, en su alegato de apertura, habría manifestado que O. R. no había probado su inocencia), así como del concepto de duda razonable y los extremos que deben acreditarse para dar por cierta la hipótesis acusatoria. En este sentido, afirma que el MPF y el querellante particular no pudieron probar en el plenario cuál fue el elemento contundente que golpeó la cabeza de la víctima F. P., así como cuál fue el elemento de constricción que se utilizó para estrangularla, ni cuáles fueron las pruebas existentes en la escena del delito que incriminan en forma directa a D. O. R. y que lo sitúan en el lugar del hecho al momento en que se produce el deceso. Como prueba que no ubica al acusado en el lugar del hecho enumera los estudios de ADN, un estudio de las computadoras de los padres y familiares de O. y la prueba de geolocalización de los dispositivos móviles efectuada por un ingeniero en telecomunicaciones sobre los teléfonos de F. P., D. O., M. Q. y C. F. desde las 18.00 a las 24.00 hs del día 13/09/16.

Por otra parte, refiere que P. O. P. S. cuenta que recibió un llamado por teléfono de una mujer, desconocida, a las 22.45, que le comentó que F.P. estaba descompuesta, mientras que a las 23.08 O. R. llamó al 911. La defensa afirma que no se conoce el nombre de la persona que llamó a P. S. y que O. aún no llegaba al lugar de los hechos, puesto que la geolocalización muestra que su teléfono se activó luego de llamar al 911, cuando llamó a su padre V. O..

En relación a la «autopsia psicológica» de la licenciada Roxana López Dardanelli, la defensa afirma que según la doctrina y jurisprudencia este procedimiento es considerado un proceso de recolección de datos del occiso que permite reconstruir su perfil psicológico y estado mental anterior al hecho. Para ello, es necesario un trabajo interdisciplinario entre médicos, abogados, psiquiatras y psicólogos forenses que no se verificó en el caso, pues no se entrevistó a familiares ni amigos de la víctima, sino que hizo un análisis de las testimoniales obrantes en el expediente. De tal manera, la prueba en cuestión carece de valor legal por no cumplir los requisitos legales exigibles. Respecto de la testigo N. C. M., la defensa afirma que en el debate declaró, de forma contradictoria a su testimonio durante la investigación, que «D. estaba llorando y yo le dije, ¿qué hiciste?» y él respondió «yo abrí la puerta y la vi así», contradicción que debe ser evaluada. También sostiene que la declaración de F. P. S. F. es contradictoria con la de N. C.. S. F. habría sostenido que el sábado anterior a la muerte de la víctima subieron a L... y estuvieron juntas hasta las 7.00 o 7.30 hs de la mañana, mientras C. dijo que a las 4.00 hs. apareció D. (O. R.) y le golpeaba la puerta, sin dejarla dormir. Luego la defensa invoca las declaraciones de F. P. S. F. y J. F. M., por cuanto señalan que no conocían a D. O. R. y no presenciaron agresiones de él hacia la víctima. Alude a la declaración de la Dra. A.V. G., quien, al serle mostrada una foto, señaló que esa no es la que había tomado ella. La defensa afirma que no se la mostraron cuando declaró ante el Juzgado, porque esa foto no estaba en el expediente y fue incorporada de manera irregular, de forma tal que no se conoce si la mano que aparece en la foto es de D. O. R., pues no hay un acta en el expediente que incorpore las fotografías traídas a la causa por el oficial F. T.. No se conoce así la manera en la que esas fotos fueron entregadas al fiscal, o cómo accedió a ellas. Señala entonces que fue una prueba introducida de mala fe procesal por el MPF, no detectada por el Tribunal, y que tuvo una influencia decisiva en el jurado.

En cuanto al testimonio de E. A. A., refiere que el policía no consiguió registros de cámaras de vigilancia que hubieran captado el automóvil en el que se manejaba O. R.. Tampoco hay registros sobre la hora y fechas en que se buscó el teléfono y la computadora del acusado. Efectúa reserva del caso federal. f.- Durante el trámite del recurso ante este Tribunal la defensa mantuvo en forma escrita la impugnación y

reiteró los agravios manifestados al momento de interponerlo. Además, agregó un análisis de las llamadas entrantes y salientes del teléfono de la víctima, de las que deduce que el testimonio de M. Q., según quien el viernes 9 de septiembre de 2019 estuvo junto a la víctima toda la noche, es falso, pues ese día la víctima entró a trabajar a las 20.00 hs por un turno de 24 hs. También intenta mostrar una incoherencia en el contenido de la declaración de Quinteros, quien dijo que tenía que «cuidar al enano», mientras que su esposa estaba de licencia. En esa oportunidad la defensa también sostuvo que de las pericias de ADN no surgen rastros compatibles con O. R..i.

3.- Contestación de vista por parte del querellante particular

Durante la tramitación del recurso la parte querellante solicitó su rechazo.

Respecto de la prueba que a criterio de la defensa habría ingresado ilegítimamente al proceso, afirma que no fue valorada por el jurado precisamente porque no era prueba que constara en el expediente.

El oficial Tello sólo mostró las fotos en cuestión a efectos de respaldar su propio testimonio, que no pudieron ser valoradas por el jurado. Agrega que, durante el debate, la defensa no se opuso a la exposición de las fotos al jurado.

Por otra parte, el imputado mismo reconoció tener una marca en la mano izquierda del mismo tenor que el de las fotografías cuando fue interrogado por el fiscal.

De manera tal que los dichos de la defensa no resultarían suficientes para fundar sus cuestionamientos en torno a la deliberación del jurado. Por otro lado, sostiene que no es posible determinar si una prueba en particular condicionó al jurado dado que se trata de doce personas que deciden en base a su íntima convicción y a un conjunto de pruebas que no sólo incluye la foto cuestionada.

Además, esas fotos no constituyen prueba válidamente ingresada al proceso, no constan en el expediente y nunca estuvieron al alcance del jurado. Insiste en que, cuando T. espontáneamente las exhibió, la defensa no se opuso.

En relación a los cuestionamientos de la defensa sobre la posible afectación de derechos y del interés superior del niño A.O.R., afirma que los mismos se vieron afectados en el momento en el que O. planificó dar muerte a su expareja F.P., madre del niño, dejándolo simultáneamente sin madre y sin padre dada la pena que le cabe al delito cometido.

Tampoco se ha conmovido, a criterio del querellante, el estándar de la duda razonable. El jurado ha decidido en base a pruebas y así le fue indicado en la instrucción general n°1, cuarto párrafo.

Respecto de la ley aplicable al caso, afirma que el art. 49 de la ley 9.106 es claro en cuanto dispone que se aplique a todos los procesos iniciados con posterioridad a su entrada en vigencia, incluyendo las causas en trámite que no tuvieran fijada audiencia de debate.

Además, afirma que la ley 9.106 es más favorable para el acusado, pues dispone que si el veredicto es de no culpabilidad, el procedimiento concluye definitiva e irrevocablemente, sin que se admita recurso acusatorio alguno –salvo que se demuestre que respondió a un acuerdo espurio-. Lo mismo ocurre respecto de la sentencia absolutoria dictada a consecuencia del estancamiento del jurado.

En cuanto a la petición de la defensa de cambio de circunscripción judicial por conmoción de la comunidad, el querellante afirma que el planteo fue rechazado como consecuencia del escaso sustento

probatorio presentado por la defensa para sostener sus dichos. Sobre los cuestionamientos de la defensa a la valoración probatoria efectuada por el jurado, afirma el querellante particular que se encuentra acreditado el contexto de violencia de género –psicológica, económica y de hostigamiento– que rodeaba la relación entre O. R. y la víctima F.P., quien fue golpeada en la parte posterior del cuello y encontró la muerte a través de estrangulamiento, ejerciéndose también presión en su boca.

Afirma que del hecho de que no se haya encontrado ADN de O. R. y de que no haya sido posible determinar mediante análisis de las antenas telefónicas su localización, no se sigue que éste no haya estado involucrado en el hecho. Además, el propio acusado se ubica en la escena del hecho en su declaración.

Dice haber estado allí cerca de las 20.00 hs., mientras que el Ingeniero Garbaz lo ubica a esa hora a mucha distancia de ese lugar. En relación con el testimonio de P. O. P. S., que dijo que a las 22.45 había recibido un llamado de una mujer diciéndole que F.P. estaba descompuesta, afirma el querellante que esa referencia horaria debe ser tomada como una aproximación, pues el testigo así lo afirmó y calculó la hora en base a actividades que había realizado previamente, pero sin conocerla a ciencia cierta.

Aclara que quien realizó la llamada era F. P. S. F., quien se encontraba en servicio policial y escuchó por la frecuencia policial la novedad en la casa de F. P., según la cual ésta se encontraba desvanecida en el piso, y que dijo «qué le habrá hecho este hijo de puta», en alusión a D. O. R.. En consecuencia, toda esta secuencia lógicamente debe haber ocurrido luego de las 23.08 hs.

Sobre las críticas que efectúa la defensa a la idoneidad de la «autopsia psicológica» realizada por la Licenciada Roxana López Dardanelli, afirma el querellante que la conclusión a la que arribó fue que «estaba asustada con respecto al papá de su nene, por los seguimientos que le hacía y las conductas que las amigas relataban. Ella hablaba de que el Sr. O. pudiera hacerse un daño a sí mismo, en contra de la vida de él».

Esa conclusión se condice con los resultados de investigaciones empíricas del Observatorio «Ahorquesinosven», que demuestra que las víctimas no creen que realmente vayan a ser lastimadas, hasta que llega el primer golpe, y tampoco creen que vayan a ser asesinadas hasta que lo son.

A criterio del querellante, la crítica defensiva sobre la falta de carácter multidisciplinario de la «autopsia psicológica» no tiene sustento alguno, en tanto la profesional que la llevó a cabo se valió en su análisis del informe médico-forense de la Dra. Adriana Gómez y del trabajo de los abogados defensores y fiscales en lo relativo a la incorporación de testimonios de testigos.

Por otra parte, la defensa no identifica con claridad cuál sería el agravio que se le causa. Lo mismo ocurre con la crítica a la testimonial de N. C. M.. Su afirmación según la cual ella no sabía si F.P. y D. O. R. tenían problemas, debe ser interpretada en contexto.

Explica que N. C. era la pareja del padre de la víctima y la relación entre ellas era buena pero no era de madre-hija, lo cual no es un dato menor si se considera que F.P. no había relatado sus padecimientos ni siquiera a su madre, G. B..

Además, sostiene que las víctimas de violencia de género y abusos sexuales suelen tener distintos tiempos para exteriorizar esas violencias, ya sea por lo traumático, por la falta de aceptación a vivir esos momentos dolorosos o simplemente por la negación de no querer transmitir lo que viven y padecen.

A criterio del querellante, es probable que la víctima de violencia de género no relate a nadie su sometimiento, lo cual no impide concluir –a partir de los demás relatos– que D. O. ejerciera violencia psicológica, económica y social, sin perjuicio de que los testigos le den o no ese nombre. Explica que la violencia de género es normalizada por la sociedad como algo corriente.

Respecto de las contradicciones que la defensa encuentra entre la declaración de C. en el debate y la efectuada el 20/09/16, afirma la querellante que es normal que existan diferencias entre relatos prestados con tres años de diferencia por una persona mayor, y que no se trata de verdaderas contradicciones.

Sobre la falta de precisión respecto del horario en el que recibió el llamado con la noticia del desvanecimiento de F.P., explica que tampoco P. P. –padre de la víctima– lo recordaba, y eso se vincula al tenor de la novedad que recibieron.

En relación con la contradicción que la defensa advierte entre las declaraciones de C. y S.r respecto de lo ocurrido el sábado anterior al hecho, afirma la querellante que tal contradicción no existe y expone la valoración de la prueba sin perspectiva de género que realiza la defensa. S. habría dicho que estuvo con F.P. hasta las 7.00 o 7.30 hs. el bar «C.....», mientras que C. aludió a que a las 4.00 hs. llegó D. O. R., y que golpeaba la puerta de F.P. y no la dejaba dormir. Ahora bien, en su declaración testimonial en el expediente, C. dijo que no sabía a qué hora O. R. golpeaba la puerta de F.P., que no le había especificado el horario.

A criterio del querellante, la defensa pretendió durante el debate confundir al jurado haciéndole creer que solamente existe violencia de género cuando ésta se ejerce físicamente.

Sobre las fotos aportadas por N. F. T., explica que en su testimonio éste afirmó haber tomado fotos a D. O., que el fiscal solicitó que fueran mostradas al jurado y la defensa no se opuso, y que por eso fueron expuestas a modo de respaldo de la declaración de T., mas no se incorporaron al expediente como prueba independiente. Por ese motivo, no fueron mostradas al jurado durante su deliberación. Además, O. R. reconoció tener una marca en su mano.

Suerte adversa deben tener, a criterio del querellante particular, también las críticas relativas al testimonio de la Dra. A. V. G., quien afirmó que las fotos aportadas por Tello que se le exponían en el debate no correspondían con las que ella había tomado, pues el mismo O. R. afirmó que tenía una marca en su mano y que en la investigación le habían tomado fotos a su mano.

Tampoco tiene, para el querellante, significación alguna sostener como agravio el resultado negativo de la búsqueda del celular y la computadora de F. P., así como la localización de cámaras o domos. Esto no determina una convicción del jurado para sostener un veredicto de culpabilidad.

Por último, afirma que el recurso de la defensa es manifiestamente improcedente por no citar las disposiciones legales que considera vulneradas y por haber sido planteado de manera infundada.

4.- Dictamen del señor Procurador General

En oportunidad de contestar la vista conferida, el titular del Ministerio Público Fiscal considera que el recurso de casación de la defensa debe ser rechazado.

Si bien a su entender la impugnación procede desde el punto de vista formal, no ocurre lo mismo con el aspecto sustancial, pues a su entender se ha dado acabado cumplimiento al procedimiento dispuesto por **la ley 9.106.**

Respecto de las fotografías que habrían ingresado de manera irregular al debate afirma que el juez técnico, ante la solicitud del jurado popular durante la deliberación, informó que las fotografías sobre las que contestaron la Dra. A. G. y el funcionario policial N. T. no obraban en el expediente, y no podían ser remitidas a la deliberación.

Tal circunstancia, sumada a las instrucciones de las que surge que el jurado sólo debía atenerse a las pruebas producidas durante el juicio, permite sostener que las mismas no determinaron el veredicto.

Además, advierte que el jurado contó con una fotografía de la mano del imputado que fue tomada por personal de Policía Científica, por lo que no asiste razón a los recurrentes cuando mencionan que las fotografías incorporadas por T. lograron condicionar al jurado.

No es el caso de que imágenes extrañas al proceso que incidieron en el jurado, pues imágenes similares se encontraban incorporadas.

Tampoco considera el Procurador General que haya existido manipulación alguna del menor A.O.R. y que durante el debate no se protegiera su interés superior.

Las alegaciones del querellante particular no vulneraron sus derechos ni condicionaron al jurado. Afirma que el veredicto del jurado no es arbitrario, sino que luce razonado y consecuente con la totalidad de las pruebas rendidas.

En relación al agravio asociado a la aplicación del juicio por jurados populares a este caso, sin brindar al imputado la posibilidad de optar por el procedimiento común ante jueces profesionales, refiere que el **art. 49 de la ley 9.106** establece expresamente que el juicio por jurados se aplicará a procesos iniciados con posterioridad a su sanción y a todas las causas en trámite que no tuvieran fijada audiencia de debate.

Asimismo, el art. 2 de la mencionada ley determina los casos respecto de los cuales corresponde este procedimiento, norma que incluye el presente en el cual se atribuye al acusado el delito de homicidio agravado por el vínculo y por violencia de género (art. 80 incs. 1 y 11 del CP), y en el cual no se había fijado –al momento de entrar en vigencia la ley 9.106- audiencia de debate.

Contra los cuestionamientos a la imparcialidad del jurado, afirma el señor Procurador General que la garantía de imparcialidad del juzgador ha sido asegurada en tanto el jurado que intervino fue seleccionado conforme lo ordenado por la normativa vigente, con cabal cumplimiento del capítulo II de la ley 9.106.

En cuanto a la trascendencia social del caso, no se diferencia de cualquier otro homicidio agravado, crímenes que por sus características generan un lógico mayor impacto que otros delitos. Tal trascendencia no resulta suficiente para afirmar que el jurado se hallara contaminado y fuera parcial.

Asimismo, explica que la ley 9.106 es clara cuando establece que sólo cuando un hecho hubiera conmocionado a la sociedad y no pudiera razonablemente obtenerse un jurado imparcial, a pedido del acusado, con presencia de las partes y en audiencia, el juez podrá disponer que se juzgue en una distinta jurisdicción, lo que en el caso no ocurrió.

A más de ello, en las instrucciones que se brindaron al jurado se le aclaró que no debían dejarse influir por sentimientos, pasiones, prejuicios derivados de informaciones periodísticas o de redes sociales. A criterio del Procurador General, las críticas defensivas constituyen sólo una discrepancia con el veredicto del jurado, que no surge como arbitrario a la luz del plexo probatorio rendido durante el juicio.

Por último, respecto de las afirmaciones sobre un apartamiento del jurado de las instrucciones dadas sobre presunción de inocencia, carga probatoria, duda razonable y de los extremos de la acusación que debían acreditarse, así como de la prueba producida, considera que más que un agravio constituyen manifestaciones que denotan la disconformidad defensiva con el veredicto. Por tales razones, el señor Procurador General considera que corresponde rechazar el recurso de casación planteado por la defensa.

5.- Audiencia de informe oral del recurso

La defensa solicitó informar in voce el recurso de casación planteado. En su alegación oral, las partes hicieron alusión a los agravios y posiciones que constan en el expediente. En lo pertinente me referiré a las aclaraciones efectuadas por las partes al momento de ingresar en el tratamiento de cada agravio concreto.

6.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Puesto a resolver la cuestión en tratamiento, adelanto que –en base a los motivos que expondré a continuación- a mi entender corresponde rechazar el recurso de casación formulado por la defensa de D. A. O. R., y confirmar el **veredicto de culpabilidad** al que arribó el jurado popular interviniente, así como la sentencia pronunciada por el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Segunda Circunscripción Judicial.

A efectos de exponer de manera clara las razones que me conducen a esta solución y de garantizar una revisión completa y debidamente justificada de cada una de las cuestiones que plantea la defensa, ordenaré mi voto del modo que sigue.

En primer lugar, y por cuestiones de orden lógico, me ocuparé de abordar los agravios vinculados a vicios en el procedimiento seguido para juzgar al acusado: los relativos a la posibilidad de solicitar un juicio con jueces profesionales, sin jurado, y a la petición de cambio de circunscripción rechazada (a). Dilucidadas estas cuestiones previas, ingresaré al tratamiento de los demás agravios en el orden en que fueron planteados por el recurrente (b).

a.- Consideraciones acerca del procedimiento seguido para juzgar a D. A. O. R.

De manera preliminar entiendo oportuno destacar que «[t]odas las constituciones dignas de ese nombre han nacido como ruptura con el pasado y, a la vez, como proyectos de futuro. La idea del contrato social no es sólo una categoría filosófica. Se identifica con la idea misma de la liberación y la refundación sobre bases pacticias de la convivencia civil, por obra de las convenciones constitucionales con las que los padres constituyentes del moderno estado de derecho sancionaron el fin del absolutismo» (FERRAJOLI, Luigi, 2007, *Principia Iuris, Teoría del Derecho y la Democracia*, vol. II “Teoría de la Democracia”, Ed. Trotta, trad., Perfecto Andrés Ibáñez, 2011, p. 49). «Y se convino, por eso mismo, en estipular en el pacto constitucional la inderogabilidad del pacto mismo y de sus cláusulas, es decir, de los derechos fundamentales y de la separación de poderes» (ibidem).

Consagrado, en nuestro caso, en el **artículo 29 de la Constitución Nacional** y –más recientemente con la reforma constitucional del año 1994-, complementado por el **artículo 36**.

Como ya he referido en el **precedente «Petean Pocoví»**, el modelo constitucional republicano federal que se declara instituido en el **art. 1 de la Constitución Nacional** consagró aquella ruptura con el sistema institucional político precedente, del absolutismo monárquico.

Esa ruptura tuvo implicancias en distintos órdenes. Por un lado, la titularidad del poder ahora se reconoce en el pueblo, como soberanía popular.

Por otra parte, la estructura del estado pasa a ser federal en lugar de unitaria.

En cuanto a la forma de gobierno, se establece la república federal de carácter democrática en lugar de la concepción republicana unitaria y aristocrática, propia del sistema romano.

En cuanto al enjuiciamiento, se dispone que deberá establecerse el **juicio por jurados -que presupone el sistema acusatorio adversarial-** frente al sistema inquisitivomonárquico. Con ello, se abandona la idea de la organización de la sociedad estamental (derecho y jurisdicción distintos para cada estamento) para consagrar **la igualdad** entre todos los seres humanos (art. 16 de la Constitución Nacional) como, asimismo, simultáneamente eliminar los fueros personales, los títulos de nobleza, abolir definitivamente la esclavitud y eliminar el patriarcado.

Al decidir nuestro contrato social, basado en el modelo de **república de las ciudades griegas**, se consagra **la lex**, la democracia como mecanismo político y el enjuiciamiento por jurados populares, sobre el modelo del ius romano «**En las doce tablas** se reflejaba la imagen de una dura sociedad de ciudadanos, controlada por una cerrada aristocracia de linaje rigurosamente patrilineal y patriarcal [...]» (SCHIAVONE, Aldo, 2005, IUS. La invención del derecho en occidente, Torino, Ed. Adriana Hidalgo Editora, trad. Germán Prósperi, 2012, pp. 126 y 127).

Este **modelo constitucional de enjuiciamiento** constituye una verdadera reserva de soberanía popular y no simplemente una concesión de participación del pueblo en el juicio por jurados.

Así, podemos comprobar que el **artículo 22 de la Constitución Nacional**, al disponer que «el pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución» deja perfectamente aclarado que no existe una representación del pueblo en el juicio por jurado como concesión de quien ejerce el poder, sino que el pueblo ejerce efectivamente la soberanía popular.

En consecuencia, el **juez natural, imparcial e independiente** que -por principio consagra la Constitución, es el **jurado de pares**. Ese juzgador imparcial, que no ha participado en el trámite de la investigación previa ni tiene conocimiento de las actuaciones, y que posee una imparcialidad originaria por su composición -dadas las reglas de conformación del jurado, la **audiencia de selección**, donde las partes tienen la posibilidad de des-seleccionar a los potenciales jurados- asegura de ese modo la mayor imparcialidad constitucional que se le puede brindar a todo acusado. Se trata de un jurado de doce personas de distinto género y extractos económicos, sociales y culturales, que contribuye a consagrar esa conciencia media ciudadana de sentido común en la decisión judicial de importancia social y de esta manera, afianzar la justicia con legitimidad constitucional (BENAVIDEZ, Sofía, Cuestiones sobre la función del juicio por jurados en la Argentina y la posibilidad de regular jurados civiles, en Diario Constitucional, 24/02/2020, www.diarioconstitucional.cl).

1. Ahora bien, la defensa sostiene que no se le ha brindado al acusado la posibilidad de optar entre un juicio con jueces profesionales y el juicio por jurados. Expresa que se aplicó la **ley 9.106** a un hecho anterior a su entrada en vigencia, lo que implica una **vulneración de la regla de irretroactividad de la ley penal**, del principio de inocencia y del debido proceso. El agravio no puede tener acogida favorable en esta instancia.

El CPP es claro respecto de que la **norma procesal debe aplicarse desde su entrada en vigencia**, aún en los procesos por delitos anteriores, salvo disposición en contrario (art. 4 del CPP).

Tal regla también ha sido prevista por la **ley 9.106**, que dispone su aplicación para los procesos iniciados con posterioridad a su entrada en vigencia y a todas aquellas causas en trámite **que no tuvieran fijada audiencia de debate (art. 49)**.

La defensa ha invocado una disposición prevista para la aplicación e interpretación del **derecho de fondo**, según la cual no se puede aplicar **retroactivamente la ley penal**, a excepción de los casos en los que ello resulta más beneficioso para el acusado (art. 2 del CP).

Sin embargo, no argumenta en torno a motivos que hagan aplicable un principio sustancial al proceso, limitándose a solicitarlo. Lo dicho hasta aquí resulta suficiente para descartar el motivo de agravio invocado.

Aun así, resulta apropiado señalar que el criterio referido, además de reconocer origen normativo, ha sido reconocido por la jurisprudencia de este Tribunal, por la Corte Federal concretamente en relación al juicio por jurados y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En este sentido, esta Sala ha sostenido que la operatividad de las normas procesales resulta ser inmediata, salvo disposición en contrario (conf. «**Di Césare**»), mientras que la CSJN ha señalado, en el **precedente «Canales»**, que «las leyes modificatorias de la jurisdicción y competencia se aplican de inmediato a las causas pendientes, en tanto la facultad de cambiar las leyes procesales es un derecho que pertenece a la soberanía. En ese sentido, no existe derecho adquirido a ser juzgado por un determinado régimen procesal, pues las normas de procedimiento y jurisdicción son de orden público, especialmente cuando estatuyen acerca de la manera de descubrir y perseguir delitos» (conf. **Fallos 342:697 y 249:343; 321:1865; que cita «Canales»**). Esta inteligencia responde a que «la cláusula del artículo 18 de la Constitución Nacional, que establece que ningún habitante de la Nación puede ser sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa, no impide la inmediata aplicación de nuevas normas de competencia, inclusive a causas pendientes, a menos que ello signifique, en el caso concreto, despojar de efecto a actos procesales válidamente cumplidos, lo que obstaculizaría la pronta terminación de los procesos que exige una buena administración de justicia» (conf. **Fallos 327:5496, que cita «Canales»**).

Sobre la cuestión, también la **CorteIDH** ha sido clara respecto a que «la aplicación de normas que regulan el procedimiento de manera inmediata, no vulnera el artículo 9 convencional, debido a que se toma como referencia el momento en el que tiene lugar el acto procesal y no aquél de la comisión del ilícito penal, a diferencia de las normas que establecen delitos y penas (sustantivas), en donde el patrón de aplicación es justamente, el momento de la comisión del delito.

Es decir, los actos que conforman el procedimiento se agotan de acuerdo a la etapa procesal en que se van originando y se rigen por la norma vigente que los regula. En virtud de ello, y al ser el proceso una secuencia jurídica en constante movimiento, la aplicación de una norma que regula el procedimiento con posterioridad a la comisión de un supuesto hecho delictivo no contraviene per se, el principio de legalidad. [...] En razón de lo anterior, el principio de legalidad, en el sentido que exista una ley previa a la comisión del delito, no se aplica a normas que regulan el procedimiento, a menos que puedan tener un impacto en la tipificación de acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable o en la imposición de una pena más grave que la existente al momento de la

perpetración del ilícito penal» (v. **Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname, sentencia del 30 de enero de 2014, párrs. 69 y 70**).

Por los motivos expuestos, corresponde rechazar el agravio defensivo.

2. Por otra parte, la defensa ha impugnado la decisión del Tribunal Penal Colegiado que rechazó el planteo de cambio de jurisdicción.

Afirma que la decisión del a quo omitió considerar la cantidad de habitantes de la ciudad de San Rafael, por lo que imparcialidad del jurado se vio afectada y el veredicto al que se arribó es nulo. Considero que este agravio tampoco puede ser admitido.

En la audiencia preliminar, según consta en los audios que fueron provistos a este Tribunal, el juez Yapur Meca tomó en consideración la petición de la defensa y los argumentos formulados por la acusación pública y el querellante particular, y rechazó la petición de manera fundada.

Afirmó que «[...] derivar del hecho de que -en este caso dos medios periodísticos que ha traído como toda prueba la defensa para fundar su planteo- derivar automáticamente de la publicación o de las publicaciones que se hubieran realizado sobre este caso la conclusión de que en toda la circunscripción judicial -que comprende las ciudades de General Alvear y Malargüe, no sólo los ciudadanos y vecinos de San Rafael- y que en todo ese cúmulo de gente no vamos a poder seleccionar a 16 personas –doce, en particular, jurados titulares- es una deducción errónea. Además de que, definitivamente, no se prueba solamente con sólo exhibir dos medios periodísticos. Definitivamente es una facultad de excepción la que ha invocado la defensa, que el tribunal debe ejercer con suma prudencia y que no encuentro motivada, sobre todo en esto de que no vamos a poder encontrar a ciudadanos imparciales. Definitivamente, con ese criterio, dado que la ley de jurados sólo prevé el trámite del juicio por jurados para los homicidios agravados, prácticamente en ninguno de esos delitos –porque todos tienen una natural repercusión pública- ninguno se podría hacer en esta ciudad, basados en una presunción sin prueba de que no vamos a encontrar ciudadanos imparciales. Por otra parte, está en juego [...] un derecho constitucional de la prensa, de la libertad de prensa de informar, y lo realmente llamativo sería que un caso de semejante gravedad no tuviera una repercusión pública natural [...]» -v. audiencia preliminar, min. 22:52 y ss.-.

Advierto que la defensa no ha cuestionado ninguno de los argumentos sostenidos por el juez. Por el contrario, se ha limitado a reiterar en esta instancia las razones invocadas en la audiencia preliminar, a sostener que se omitió considerar la cantidad de habitantes de San Rafael y a invocar –de manera abstracta- la conmoción y trascendencia social que tenía ese juicio dada la vasta difusión en medios periodísticos de San Rafael a través de diarios digitales, periódicos gratuitos, programas locales y redes sociales, en donde los comentarios condicionaban la decisión del jurado y socavaban su legitimidad.

De manera tal que el cuestionamiento no constituye más que una discrepancia con el criterio expuesto por el juzgador, insuficiente para anular la decisión.

b.- Consideraciones acerca de los demás agravios planteados por la defensa

1.- Sobre la posible introducción de prueba de manera ilegal al proceso

El agravio central en el que la defensa basa su recurso versa sobre la introducción ilegal de prueba al proceso.

Explica que el sargento N. F. T. prestó testimonio durante el debate, y que al hacerlo mostró al jurado fotografías del acusado que le habría tomado en sede policial cuando fue trasladado desde el lugar del hecho, pero que no fueron agregadas al expediente ni acompañadas al acta de procedimiento. Las fotografías muestran una mano, adjudicada a Ortega Ragonesi, con una marca.

A su vez, las imágenes fueron expuestas por el MPF a la perito del Cuerpo Médico Forense, Dra. Adriana Virginia Gómez, quien notó más pronunciadas las marcas que en la foto de la mano que ella luego había tomado. La defensa afirma que la prueba ingresó de manera irregular al proceso, pues no fue ofrecida por el Ministerio Público Fiscal y, por ello, no pudo ser controlada por esa parte, de manera contraria a lo dispuesto por el art. 27 de la ley 9.106.

A su vez, señala que implicó que la perito modificara sus conclusiones en perjuicio del imputado, y condicionó al jurado en su decisión, hecho que –según el recurrente– quedaría demostrado porque durante la deliberación el jurado solicitó ver nuevamente las imágenes.

Además, considera que el ingreso irregular de la prueba fue intención manifiesta del acusador público para condicionar la decisión del jurado, y que el veredicto al que se llegó bajo tales condicionamientos es arbitrario. Razones de diferente índole me convencen de que el agravio no puede ser acogido en esta instancia. En este sentido, advierto que el jurado fue instruido respecto a qué material probatorio debía ser evaluado.

En efecto, a fs. 2398 obra una constancia suscripta por el juez, en la que –a solicitud del jurado– remitió la única fotografía de la mano del imputado que existe en el expediente, que es la que tomó personal de Policía Científica. Además, aclaró que las fotografías que se expusieron en pantalla y sobre las que contestaron N. F. T., de Policía de Investigaciones, y parcialmente la Dra. Adriana Virginia Gómez, del Cuerpo Médico Forense, no obraban en el expediente.

En consecuencia, les hizo saber que no podía remitírselas y, conforme a las instrucciones que se impartió al jurado sobre la prueba que podían valorar, no podían tomarla en consideración.

La presencia de esta indicación concreta brindada al jurado sobre el punto en cuestión despeja, a mi entender, la posibilidad de que se hubiera arribado al veredicto de culpabilidad mediante la valoración de prueba ilegalmente incorporada al debate.

Debe tenerse en cuenta que la instrucción que se dirigió al jurado durante la deliberación, si bien no niega que la prueba en cuestión haya ingresado inválidamente al proceso, deja perfectamente aclarado que no estaba en el expediente, con lo cual no podía ser tomada en consideración. En consecuencia, no considero que la conclusión a la que llega la defensa sea correcta.

El agravio se basa en que, sin la existencia de la prueba que fue expuesta por el sargento T., el jurado no podría haber concluido en la culpabilidad de O. R. Sin embargo, este planteo omite considerar la existencia de otras fotos de la mano del acusado que no fueron cuestionadas, así como el hecho de que el informe de la Dra. Gómez del CMF había incluido el análisis de la imagen.

Dicho en términos claros, la defensa afirma que, de no mediar la exposición de las fotografías realizadas por T., el veredicto del jurado habría sido distinto. A mi entender lo relevante de estas fotografías para el caso radica en que con ellas se pretendía acreditar que O. R. tenía una marca en la mano izquierda, que podía ser asociada al hecho de tirar de un cable o cuerda con ella, lo cual a su vez sería compatible con la

forma en la que se produjo la muerte de la víctima, es decir, por estrangulación mediante un cable o cuerda. Sin embargo, tales circunstancias también podían acreditarse mediante otras pruebas que fueron expuestas en el debate.

La existencia de una marca en la mano de O. R. surge, como mínimo, del testimonio del sargento N. F. T. –sin considerar las fotografías que acompañó para demostrar la veracidad de sus dichos–; de la declaración prestada por la Dra. Adriana Virginia Gómez del Cuerpo Médico Forense y de la declaración del mismo acusado, quien al explicar su teoría del caso y dar cuenta de sus movimientos de aquel día, relató que se hizo la marca en cuestión porque su hijo A.O.R. le cerró la puerta en la mano –v. registros audiovisuales de las audiencias IX y XIII respectivamente–.

No hay discusión sobre la existencia de la marca en la mano del acusado y sus características, sino sólo sobre la foto que también da cuenta de ella, pero que mostraría mayor nitidez. Una última razón me convence de rechazar el agravio.

Analizado desde una perspectiva extensiva, si el razonamiento expuesto por la defensa fuera válido se aceptaría como condición suficiente para contaminar al jurado que cualquiera de las partes expusiera un elemento de prueba no controlado por la contraparte.

Por el contrario, considero que lo relevante es que las partes puedan controlar durante la audiencia la producción de pruebas, y participar en la elaboración de instrucciones, donde se señala qué prueba es válida y puede ser considerada en la deliberación.

En el caso que nos ocupa, resulta decisivo que el juez instruyera al jurado para que, concretamente, no tuviera en cuenta la prueba impugnada.

Por las razones expuestas, el agravio debe ser rechazado en esta instancia, en tanto no resulta susceptible de conmover el veredicto de culpabilidad al que arribó el jurado popular constituido en autos.

2.- Sobre la pretendida «manipulación» del menor de edad A.O.R.

La misma suerte deben correr, según entiendo, los agravios vinculados a la incorporación del hijo del acusado y la víctima, el niño A.O.R., en la escena de los hechos y en la argumentación llevada a cabo durante el debate.

En este tramo de su impugnación, la defensa cuestiona que durante el debate se haya «manipulado» a A.O.R. mediante la exposición de fotografías de la víctima con él y, durante los alegatos, introduciendo al niño en la escena del delito. Esto habría vulnerado su interés superior como niño y su derecho a la intimidad.

Además, señala la defensa que su presencia durante el hecho no está acreditada y operó como un condicionante emocional de la imparcialidad del jurado.

Agrega que ello significó, por otro lado, una violación del acuerdo al que habían arribado las partes para proteger su interés superior. Como anticipé, este agravio no puede tener acogida en esta instancia.

La defensa se ha limitado a cuestionar las referencias que las partes hicieron al niño A.O.R., sin concretar la forma en la que éstas habrían perjudicado los intereses de su parte. No se ha ocupado de acreditar el perjuicio al interés superior del niño que invoca que aconteció en este caso, ni el modo en que esto debería impactar en la revisión del veredicto del jurado popular que pretende.

Por otra parte, y en lo que a esta instancia interesa, las alegaciones sobre la afectación emocional del jurado no pueden ser acreditadas, sin perjuicio de que al jurado se le brindaron instrucciones específicas sobre el modo en que debía valorar la prueba.

En efecto, a fs. 2414 vta. se observa que en las instrucciones finales se incluyó una instrucción específica sobre este punto denominada «irrelevancia de prejuicio o lástima», en la que se sostuvo que «[1] Ustedes deben considerar la prueba y decidir sobre el caso sin dejarse influenciar por sentimientos de prejuicio, parcialidad, miedo o lástima hacia el imputado, la víctima, los testigos, sus respectivas familias, etc. Nosotros esperamos y tenemos derecho a que la valoración que ustedes hagan de la prueba rendida en el juicio, sea imparcial».

Ahora bien, si bien la existencia de la instrucción no garantiza su cumplimiento, la defensa cuenta con herramientas procesales para, durante el debate, tachar la exposición de imágenes u objetar preguntas de las partes, e incluso de solicitar que se impartan instrucciones concretas al jurado sobre el modo en que debe ser valorada la prueba o excluida cierta evidencia de la valoración.

En el caso que nos ocupa, la defensa intervino en la redacción de las instrucciones que fueron leídas al jurado, y no ha efectuado cuestionamiento alguno al respecto. De manera tal que el agravio no puede ser recibido, en tanto no se ha demostrado el perjuicio invocado.

3.- Corresponde ahora ingresar a los múltiples argumentos a través de los cuales la defensa apoya su tesis de que el jurado se apartó de las pruebas producidas en el juicio y de las instrucciones que le fueron impartidas.

i. Dicho esto, no considero que los agravios directamente asociados a la valoración de prueba puedan ser de recibo. La existencia de un grupo de pruebas practicadas oportunamente por el Ministerio Público Fiscal y utilizadas como de descargo por la defensa en el juicio -dado que se trataba de prueba que no logró agregar elementos de cargo respecto del acusado, como los exámenes de ADN llevados a cabo, las investigaciones sobre las antenas telefónicas y computadoras, la falta de hallazgo de los elementos con los que se atacó a la víctima, etc.- no implica, con la necesidad lógica que lo plantea la defensa, que el acusado haya sido erróneamente considerado culpable por el jurado.

En efecto, la estrategia defensiva se ha limitado a poner de resalto los que entiende como puntos contradictorios o poco asertivos de la prueba de cargo, enfatizando la atención en aquellas medidas probatorias que no lograron dar con pruebas que incriminaran a O. R..

Sin embargo, esta estrategia no resulta suficiente para afirmar que el jurado haya ignorado o desatendido ciertas pruebas, o que no haya sido capaz de encontrar una explicación tal que lo haya conducido al veredicto de culpabilidad.

Al respecto, y tal como afirmé recientemente en el **precedente «Petean Pocoví»**, la tarea de este Tribunal queda circunscripta a un doble análisis.

Por una parte, a una evaluación «externa» o «formal» del juicio, es decir, de la corrección jurídica de los actos procesales que preparan la decisión del jurado, tales como la selección y constitución del jurado; las decisiones y acuerdos sobre elementos probatorios; la elaboración de instrucciones iniciales y finales al jurado; etc.

Por otro lado, a un examen de razonabilidad «interna» entre las premisas que componen el razonamiento, y su conclusión.

Dentro de este doble espectro, las partes pueden plantear aquellos puntos que pretenden que formen parte del objeto de revisión.

Sobre este último punto, el delicado análisis que a mi entender está encomendado al tribunal revisor implica –para satisfacer acabadamente las exigencias de «doble conforme» establecidas por el **art. 8.2.h de la CADH y 14.5 del PIDCP**– un estudio serio de la plausibilidad de las acusaciones a partir de las pruebas producidas en el debate.

De ninguna manera esto supone superponerse a la labor del jurado ni reeditar instancias previas al juicio, sino evaluar la posible existencia de lagunas entre la acusación, prueba e instrucciones que hayan pasado inadvertidas al jurado.

Sólo de este modo, según mi modo de ver, es posible garantizar que el veredicto de culpabilidad del jurado no sea arbitrario ni se aparte manifiestamente de la prueba producida en el debate, tal como ordena el art. 41 de la ley 9.106 y el debido proceso.

En la concepción que vengo sostenido en anteriores pronunciamientos (**«Brancello Urbón», «Cruz Caporiccio», «Merlo Lassa», «Quiroga Morales», «Ojeda Pérez», «Vázquez Tumbarello»**, entre otros, a los que me remito en lo pertinente), no existen diferencias en la valoración probatoria según quienes sean las partes o cuales sean las pruebas a valorar, sino que en todos los casos la prueba debe valorarse en contexto.

En los casos de vulnerabilidad o asimetrías de poder, siempre deben tenerse en cuenta estas situaciones dentro del contexto.

De esta manera, se asegura el principio de igualdad en la valoración de la prueba con relación a todas las personas.

Principio de igualdad consagrado en el art. 16 de la Constitución Nacional y, con mayor profundidad, en el art. 7 de la Constitución de Mendoza.

En consecuencia, la valoración de la prueba debe responder a este principio de igualdad constitucional que todos los tratados de derechos humanos -con y sin jerarquía constitucional- consagran expresamente.

Los jueces, en las directivas que imparten al jurado, deben asegurar el principio de igualdad en la valoración probatoria garantizando la fuerza uniforme que lo despoje de estereotipos y prácticas relacionadas con la cultura patriarcal inquisitiva, con xenofobia o con cualquier otra forma de discriminación.

Las instrucciones finales deben ser claras, precisas y atinentes a lo que debe deliberar y decidir el jurado, evitando innecesarios academicismos y/o confundir al jurado. En este orden, la versión del acusado no aparece verosímil en tanto no se encuentra respaldada en prueba alguna más que sus dichos.

En efecto, las únicas testigos de descargo presentadas por la defensa, O. E. F. y M. M., declararon haber visto el auto de O. R. en la casa de sus padres entre las 20.30 hs. y las 22.00 hs., lo que no contradice la versión de la acusación, según la cual el hecho ocurrió antes de las 23.00 hs., pero después de las 20.30 hs. –v. audiencia XI–.

Ello, sin perjuicio de que la acusación cuestionó la imparcialidad de esas testigos, que conocían a la familia del acusado desde que llegó al barrio, y su capacidad de visión –v. alegatos, audiencia XIV–. Esta conclusión de ninguna manera importa una alteración de la regla de la carga probatoria, en tanto las hipótesis alternativas de la defensa a la cimentada por la acusación deben constituir, al menos, alternativas racionales respaldadas en las constancias de la causa.

ii. En segundo lugar, corresponde ingresar al mérito de las afirmaciones de la defensa relativas al **apartamento, por parte del jurado, de las instrucciones** que le fueron impartidas en relación al concepto de duda razonable, a los extremos que deben tenerse por acreditados para tener por cierta la hipótesis acusatoria, al principio de inocencia y a las reglas sobre la carga probatoria.

A mi modo de ver, estos argumentos tampoco pueden tener acogida favorable en esta instancia.

Estas críticas se fundamentan, lisa y llanamente, en especulaciones de la defensa sobre la tarea que llevó a cabo el jurado en su deliberación, desvinculadas de elemento probatorio alguno.

No existe evidencia que permita considerar que el jurado omitió acatar determinadas instrucciones o sopesar delitos menos graves por los cuales también podría haber considerado culpable al acusado.

En función de ello puede decirse que la crítica en tales términos no constituye más que la expresión de desacuerdo de parte con las conclusiones a las que arribó el jurado popular, sin sustento alguno.

Por estos motivos entiendo que este cuestionamiento a la labor del jurado no puede tener acogida favorable en esta instancia.

c.- Conclusión

En base a las razones expuestas precedentemente, entiendo que el recurso de casación incoado por la defensa de D. A. O. R. debe ser rechazado en esta instancia y, en consecuencia, confirmarse la Sentencia N° 495 pronunciada por el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Segunda Circunscripción Judicial. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Ampliatorio.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO DIJO, EN VOTO AMPLIATORIO: Puesto a resolver la cuestión en tratamiento, comparto la solución a la que arriba el ministro preopinante, aunque estimo pertinente detenerme en consideraciones relativas a la forma en que el sistema de jurados populares debe abordar casos como el presente en **función de la perspectiva de género**.

Con anterioridad he sostenido que, para juzgar los conflictos en los cuales las mujeres son víctimas de violencia en sus distintas manifestaciones, hay que partir de aceptar que la realidad se encuentra atravesada por patrones de dominación masculina que reproducen la discriminación en los distintos ámbitos en los cuales la mujer se desarrolla.

Por esta razón, los distintos operadores del derecho, tanto en la recaudación de elementos probatorios como al momento de valorarlos deben orientar su labor a detectar las circunstancias que perpetúan la violencia estructural contra las mujeres con el fin de visibilizar y tomarlas en consideración al resolver en el caso concreto.

Para ello resulta necesario que quien juzga comprenda el concepto de género y sus implicaciones jurídicas, receptadas distintas convenciones y leyes que garantizan los derechos de las mujeres cuando son víctimas

de violencia en sus diversas formas. Ese conjunto de normas debe ser comprendido por todos los operadores del derecho para su efectiva aplicación (**conf. «Alaniz Pinera»**).

Los juicios que se resuelven mediante jurados populares presentan un desafío frente a este escenario, dado que un elemento esencial del jurado es su carácter lego, ajeno a conocimientos jurídicos que, además, en general suelen ser complejos.

Si bien la ley se presume conocida, lo cierto es que nos encontramos ante una etapa de cambio disruptivo –tanto en el nivel de las prácticas como en el normativo–, que alcanza tanto a los operadores jurídicos profesionales en funciones como a la sociedad toda.

Tal como he sostenido con anterioridad, la violencia sexista se trata de «[...] una problemática compleja que afecta un colectivo de personas en situación de vulnerabilidad que, por distintas circunstancias o factores, se ven privadas del pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales.

Los problemas derivados de esta especial situación de vulnerabilidad, así, exceden un abordaje meramente jurídico en tanto se trata de una problemática compleja que atraviesa y debe ser atendida, comprendida y abordada desde conocimientos interdisciplinarios [...]».

Esto importa que el administrador de justicia deba ponderar los **patrones socioculturales y estereotipos** sobre los que se construye esta problemática, a fin de tener una verdadera comprensión del fenómeno de violencia de género y, de esta manera, poder lograr desde el Derecho aportar soluciones que contribuyan a atacar el flagelo de la violencia y trabajar en pos de la igualdad de género (**conf. «Galdeano Reyes»**).

Ahora bien, el jurado es parte de una sociedad que se encuentra en un proceso de cuestionamiento y redefinición de sus costumbres, valores y formas de entender las relaciones interpersonales.

La deconstrucción con perspectiva de género aporta, en este sentido, un paradigma desde el cual es posible revisar –entre otras cuestiones– los presupuestos desde los que se parte al analizar la responsabilidad delictiva.

Esto ha motivado que tanto el Estado nacional como provincial hayan dictado leyes que obligan a todos los funcionarios a capacitarse al respecto.

Los miembros del jurado, como operadores jurídicos ocasionales, deben encontrarse al tanto de la problemática y de la normativa y criterios relevantes para incorporar la perspectiva de género a la administración de justicia.

Este mandato encuentra fundamento en la necesidad de garantizar una visión que neutralice los sesgos patriarcales en todo proceso judicial, incluso aquellos en los que interviene un jurado popular.

Existen, a mi entender, dos oportunidades en las cuales puede dotarse al jurado de herramientas conceptuales y críticas que le permitan resolver con perspectiva de género los casos concretos que son llamados a juzgar.

La primera de ellas puede tener lugar mediante una capacitación específica sobre la temática, antes o después de la **audiencia de selección del jurado –voir dire–**.

Ello, en cumplimiento con los lineamientos en la temática de género y violencia contra las mujeres establecida por la **ley 27.499 («Ley Micaela»)**, a la cual la provincia de Mendoza adhirió mediante la ley 9.196 y esta Suprema Corte de Justicia lo hizo mediante la Acordada n° 29.318.

A tales efectos, sería aconsejable la intervención de la Dirección de la Mujer y de la Dirección de Derechos Humanos y Acceso a la Justicia del Poder Judicial. La segunda oportunidad debe, a mi entender, producirse en las instrucciones iniciales y finales impartidas al jurado.

El jurado interviene en los casos de delitos previstos por el art. 80 del CP, que incluyen homicidios agravados por el vínculo, la relación de pareja (actual o pasada), cuando mediare violencia de género o cuando se cometieran para causar sufrimiento a una persona con la que se mantiene o ha mantenido una relación de pareja (conf. art. 80, incs. 1, 11 y 12 del CP).

Los hechos de esta índole requieren instrucciones claras respecto del régimen normativo vigente sobre la problemática de género –a nivel general–, y a nivel particular sobre la o las figuras penales que se someten a juzgamiento, así como de la forma en que la perspectiva de género debe ser considerada al valorar la prueba.

En el caso que nos ocupa, D. A. O. R. es acusado de homicidio agravado por el vínculo y por violencia de género, en concurso ideal. Por eso, y tal como sostuve en el **precedente «Cruz Huanca»** para considerar acreditado que el hecho tuvo lugar en un contexto de violencia de género «[...] entre la ejecución del homicidio y la violencia de género debe existir una relación de mediación no en tanto elemento subjetivo ultra intencional, sino como contexto objetivo de violencia que precede y motiva la ejecución.

Este último hace referencia a una relación de sometimiento entre victimario y víctima (asimetría) que coloca a esta última en una especial posición desventajosa por su condición de mujer».

Además «[...] la violencia de género requerida por el tipo agravado, presupone un espacio ambiental específico de comisión y una determinada relación entre la víctima y el agresor, en donde la mujer se encuentra en una situación de sometimiento y de vulnerabilidad, circunstancia que encuentra su génesis en las distintas formas de violencia que el hombre puede ejercer hacia la mujer en una sociedad estructuralmente desigual, las que se encuentran definidas en la Ley 26.485 (arts. 4 y 5)» (conf. **«Minati Krier»**).

Por otra parte, tal como referí en el **precedente «Ruíz Gutiérrez»**, desde una perspectiva procesal si bien el principio in dubio pro reo no es una regla de valoración probatoria sino una **regla de decisión**, no es menos cierto que su correcta aplicación presupone una actividad de valoración de la prueba que requiere la incorporación de las particularidades propias de los casos de violencia de género.

Es decir, para determinar el valor probatorio que corresponde atribuir a cada elemento de juicio, se debe ponderar el bien jurídico protegido y su específico modo de ataque.

Ello, si se pretende derivar conclusiones lógicamente controlables para determinar si ha de absolverse o condenarse.

Como mínimo, estas cuestiones esenciales y determinantes para comprender el derecho aplicable deben ser explicadas con términos claros al jurado.

Las instancias propuestas constituyen, a mi criterio, buenas prácticas para incorporar la perspectiva de género en la justicia. ASÍ VOTO.

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

Sobre la misma cuestión, el Dr. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede.

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

Sobre la misma cuestión, el Dr. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

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

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

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO DR. MARIO D. ADARO Ministro Ministro Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 19 de marzo de 2020.-

8- TONETTO MANZANO. 20-03-20.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200320_FcTonetto.pdf

Lex: Art. 84, 2° párrafo del CP.

Vox: Homicidio culposo agravado. Conducción antirreglamentaria.

Summa:

La **Cámara de Apelaciones** resolvió revocar la sentencia de sobreseimiento dictada por el Tercer Juzgado de Garantías -1° CJ- y dispuso la elevación de la causa a juicio por el delito de homicidio culposo agravado por la conducción antirreglamentaria de un vehículo automotor (art. 84, segundo párrafo del C.P.).

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 del CPP)

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

La **SCJM** resolvió hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa de S.V. T. M., y, en consecuencia, casar la resolución proveniente de la entonces Cámara de Apelaciones, modificando su resolutive que así quedó redactado: «I.- NO HACER LUGAR al recurso de apelación interpuesto por Alejo Guajardo por el querellante particular, Sergio Fabián Aguirre Castro, a fs. 136 de autos, con costas, y en consecuencia, CONFIRMAR la resolución de fs. ... dictada por el Tercer Juzgado de Garantías. II.- REGULAR LOS HONORARIOS PROFESIONALES por la labor desarrollada en la alzada del abogado Alejo Guajardo, en la suma de ..., de conformidad con el art. 506 CPP ley 6730».

Resolución cuestionada: Auto pronunciado por la Cámara de Apelaciones-1° CJ.

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

Fallo:

CUIJ: 13-03822358-9/1((014701-38829)) FC/ TONETTO, SERGIO VALENTIN P/ HOMICIDIO CULPOSO. (38829) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *103863803*

En Mendoza, a los veinte días del mes de marzo del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa CUIJ N° 13-03822358-9/1, caratulada “FC/ TONETTO MANZANO, SERGIO VALENTÍN P/ HOMICIDIO CULPOSO AGRAVADO POR LA CONDUCCIÓN ANTIRREGLAMENTARIA DE UN VEHÍCULO AUTOMOTOR S/ CASACIÓN”.

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

La defensa técnica de Sergio Valentín Tonetto Manzano interpone recurso de casación (fs. 165/171) contra la resolución dictada por la entonces Cámara de Apelaciones (fs. 152/156), en tanto resolvió revocar la sentencia de sobreseimiento dictada por el Tercer Juzgado de Garantías de la Primera Circunscripción Judicial (fs. 126/131).

De este modo, la Cámara de Apelaciones dispuso la elevación de la presente causa N° P-38.829/12 a juicio por el delito de homicidio culposo agravado por la conducción antirreglamentaria de un vehículo automotor (art. 84, segundo párrafo del C.P.).

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

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

I.- La resolución recurrida

La entonces Cámara de Apelaciones decidió hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por el querellante particular (fs. 136), revocar la resolución dictada por el ex Tercer Juzgado de Garantías de la Primera Circunscripción Judicial –en tanto había sobreseído al acusado por lo dispuesto en el art. 352 inc. 2° del CPP–, y elevar las presentes actuaciones a juicio. Para así decidir sostuvo que los elementos probatorios incorporados permitían arribar al grado de probabilidad necesaria para tener por comprobada la materialidad del hecho acusado al imputado y su autoría. Esto es, según la pieza acusatoria de fs. 105/108, que «el día 06 de marzo de 2012 siendo aproximadamente las 22:15 hs., Sergio Tonetto se encontraba conduciendo un camión marca Fiat modelo 619 dominio VLH-599, cabina color blanco y caja de madera, la cual se encontraba vacía, con acoplado de madera sin carga alguna, en calle Resplandor de Fray Luis Beltrán, departamento de Maipú, Mendoza. El Sr. Tonetto se encontraba realizando la maniobra para ingresar el mencionado camión marcha atrás de sur a Noroeste hacia su domicilio, momento en el que un automóvil Renault 9 dominio STE-473 al mando de Orlando Agapito Aguirre que venía circulando en dirección de Sur a Norte por calle Resplandor, colisionó el acoplado del camión Fiat quedando el automóvil Renault modelo 9 apoyado en la parte trasera sobre la camioneta Nissan dominio

DSN-010 que se encontraba estacionada sobre el costado Este de calle Resplandor. El conductor del vehículo Renault 9, [...], quedó atrapado en el interior del vehículo y raíz del impacto falleció en el acto. El conductor del camión Sergio Valentín Tonetto Manzano se encontraba en el carril contrario violando el deber de cuidado y precaución al realizar una maniobra que produjo el resultado mortal que es investigado en el caso de marras» (ver fs. 155).

II.- El recurso de casación

La defensa del imputado impugna la resolución antes individualizada en razón de lo dispuesto por el art. 474, inc. 1° del C.P.P. de la provincia de Mendoza, es decir, por advertir la presencia de vicios in iudicando.

De manera preliminar indica que el tribunal no consideró elementos de prueba obrantes en el expediente, lo que lo llevó a mantener determinaciones arbitrarias y contradictorias con los hechos y la calificación legal.

Sostiene que las constancias de la causa demuestran que el imputado no transgredió ninguna norma de tránsito y que actuó con prudencia y diligencia, razón por la que no puede sostenerse que no mantuvo dominio de su rodado y que realizó una conducta antirreglamentaria.

En este sentido, explica que está acreditado que el acusado Tonetto se preocupó por observar los deberes a su cargo y que realizó una maniobra permitida, tal como ha quedado especificado en el informe de la policía vial de fs. 95. Manifiesta que este informe no fue valorado por el tribunal a quo y que el comportamiento atribuido al imputado se encuentra amparado por los arts. 60 y 57 inc. h de la ley provincial de tránsito. Explica que el acusado realizó todas las maniobras que se encontraban a su alcance y que exige la reglamentación para señalar la maniobra de estacionamiento de su camión.

En este sentido, menciona que Tonetto encendió las balizas y luces del vehículo, utilizó material reflectante y otra camioneta con sus balizas encendidas como soporte, y que sus hermanos señalaron la maniobra en la calzada.

Con ello, encuentra arbitrario lo dicho por el tribunal cuando sostuvo que las personas que se encontraban en la banquina debieron utilizar chalecos reflectantes. Afirma que esta exigencia está prevista para quienes realizan arreglos en la calzada y no para señalar un vehículo al momento de estacionar. Entiende que la premisa del tribunal que indica que las señales de aviso de una maniobra deben realizarse 30 mts. antes es inadecuada, puesto que esta previsión se aplica a vehículos en movimiento y no en supuestos como el investigado. Explica que al momento del hecho no existía visibilidad escasa, tal como lo menciona el tribunal de mérito. Apunta que, a pesar de que la maniobra de estacionamiento fue realizada en horario nocturno, el informe pericial incorporado al expediente constata que existía «iluminación artificial con visibilidad regular sin elementos que interfieran en la misma».

Sostiene que, si bien la resolución cuestionada contiene argumentos basados en la teoría de la imputación objetiva para afirmar la culpa del acusado, el tribunal no tuvo en cuenta la conducta reprochable de la víctima del suceso, lo que resulta reprobable puesto que fue ésta la que infringió una serie de normas causando el accidente y su posterior fallecimiento.

En este sentido advierte que la velocidad mínima del vehículo de la víctima, según el informe pericial incorporado, no fue menor a los 31 km/h, y sostiene que la velocidad real pudo exceder los 100 km/h, toda vez que la magnitud de los daños observados permite inducir esta estimación. Con ello explica que, según reza el art. 69 de la ley de tránsito, la velocidad máxima en zonas rurales es de 100 km/h. Señala el

contenido de los arts. 57 y 85 de dicho cuerpo legal y afirma que ha sido la víctima quien incumplió la reglamentación, toda vez que se encontraba bajo los efectos del alcohol al tiempo del accidente. Entiende que esta circunstancia afectó los sentidos y el campo de visión de la víctima e impidió que tuviera el dominio efectivo de su vehículo, de modo que le fue imposible observar las diferentes señales que el acusado efectuó. Apoya lo dicho en la circunstancia de que los frenos del vehículo colisionante fueron accionados por la víctima a 5,10 mts. del impacto, y sostiene que esto no se debió a una mala señalización o negligencia del imputado, sino a la reacción tardía que provocaron el estado de ebriedad de Orlando y la velocidad a la que se dirigía. Solicita el sobreseimiento del imputado y realiza expresa reserva del caso federal.

III.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General sostiene que la presentación recursiva no resulta sustancialmente procedente y que debe confirmarse la resolución impugnada. Subraya que la conducta de la víctima sí fue valorada por el tribunal de apelaciones, de modo que concluyó que la misma no excluyó el peligro creado por el acusado al efectuar una maniobra de riesgo.

Considera que las medidas de señalización invocadas por el recurrente deben ser acreditadas debidamente en el marco de un debate con todas las garantías para las partes, sobre todo cuando existe prueba testimonial que conviene sea valorada bajo los beneficios de la inmediación.

Concluye al sostener que, a la luz de la naturaleza del delito investigado y las circunstancias del hecho, existen elementos de prueba suficientes para arribar a la realización del debate.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Puestos en consideración los diversos motivos de agravio invocados por la parte recurrente, adelanto mi posición en el sentido que corresponde hacer lugar a la presentación recursiva y, en consecuencia, debe casarse la resolución proveniente de la ex Cámara de Apelaciones.

Conforme con la pieza recursiva, la defensa coincide con los argumentos del entonces Tercer Juzgado de Garantías de la Primera Circunscripción Judicial, en tanto afirma que se encuentra acreditado que el comportamiento del acusado ha sido atípico.

Esto, por cuanto la prueba demuestra que la maniobra de estacionamiento realizada por el acusado ha sido una maniobra permitida y que el resultado lesivo fue la materialización de un riesgo incorporado por la víctima del suceso. Esta afirmación ha sido fundada con diversos argumentos.

Por un lado, se dijo que la maniobra de estacionamiento emprendida por el acusado se apegó a las normas de tránsito y que se tomaron todos los recaudos de señalización necesarios; que esta maniobra fue calificada como «permitida» según la Dirección Provincial de Vialidad; que la visibilidad de la zona era regular, y, que no podía exigirse que los hermanos del acusado, que ayudaban en la señalización desde la calzada, llevaran chalecos reflectantes.

Por otro lado, que la víctima manejaba en estado de alcoholización y que pudo conducir a una velocidad no permitida, elementos que indicarían que su capacidad de percepción y reacción se vieron afectados. El tribunal de instancia anterior ha entendido, por su lado, que los elementos de prueba recolectados no

permitían avalar el sobreseimiento dictado a favor del acusado, sino el avance de la discusión hacia la instancia de juicio.

En este sentido, meritó un elemento de prueba más y, a partir de ello, sostuvo una interpretación distinta de los puntos considerados en el párrafo anterior.

Según dijo, la prueba testimonial y el informe del CEO incorporados indican que a 200 o 300 metros del lugar del accidente existiría una curva que habría dificultado al conductor del Renault 9 advertir, con la debida antelación, la maniobra que realizaba el encartado, razón por la que las medidas precautorias tomadas por el acusado no habrían resultado ajustadas a la norma de tránsito.

En este sentido, sostuvo que la camioneta apostada con las balizas encendidas a modo de advertencia se estacionó a escasos metros del camión y que los hermanos del acusado, presentes en la calzada, no llevaban vestimenta reflectante (ver fs. 153 vta.).

Junto a estas circunstancias –que, según dijo el tribunal, provocaron una situación de riesgo desaprobado o no permitido–, también sostuvo que el grado de alcoholización de la víctima resultaba insuficiente para relativizar dicho riesgo al punto de interrumpir el nexo de imputación (ver fs. 154.).

Ahora bien, sintetizados los argumentos contradictorios de la instancia anterior, estimo que no existen adecuadas razones para afirmar que el acusado cometió las infracciones que se le imputan y, de ese modo, creó un riesgo no permitido que se materializó en el resultado lesivo investigado.

El tribunal en función de apelación entendió, básicamente, que las medidas de señalización que practicó el acusado para advertir la maniobra de estacionamiento que practicaba, habrían sido insuficientes. Ello, debido a que antes de la ubicación del camión habría una curva de unos 200 a 300 metros que habría dificultado la visibilidad de la maniobra con la debida antelación, puesto que las personas que ayudaban a Tonetto en la calzada no llevaban chalecos reflectantes, y toda vez que la camioneta auxiliar colocada con balizas para señalar la maniobra, estaba próxima al camión –sugiriendo que debió estar más alejada–. No comparto los argumentos del tribunal a quo.

Según mi parecer, la causa contiene suficientes elementos que califican al comportamiento del acusado como uno producido en el marco del riesgo permitido. Al respecto, entiendo importante destacar que el informe obrante a fs. 95, de la Dirección Provincial de Tránsito, califica a la maniobra de estacionamiento practicada por el acusado como «permitida».

Con ello, debe resaltarse que el camión y el acoplado que conducía contaba con material reflectante y lumínico encendido (ver informe de fs. 36/41). Además, que el acusado encendió las balizas del vehículo que estacionaba y las de un vehículo auxiliar, colocado al lado para señalar dicha maniobra.

De este modo, el acusado cumplió con en el art. 71 de la ley de tránsito vigente al tiempo de los hechos, en tanto prevé que «[l]a detención de todo vehículo o la presencia de cargas u objetos sobre la calzada o banquina, debido a caso fortuito o fuerza mayor, debe ser advertido a los usuarios de la vía pública, al menos con la inmediata colocación de balizas reglamentarias [...]».

Además, no puede soslayarse que el acusado dispuso de la ayuda de otras personas ubicadas en la calzada para señalar la maniobra, configurando así un contexto ponderable para la reducción de los riesgos propios de la maniobra que intentaba. Con ello, entiendo que la pretensión de mayores medidas de precaución valorada por el a quo ha sido arbitraria.

Por un lado, respecto de la presencia de una curva a unos 200 a 300 metros del lugar del accidente que habría dificultado la visibilidad de los conductores, considero que esta no es una distancia que exija mayores medidas precautorias que las efectivamente cumplidas por el acusado.

Al contrario, considero que, en un marco de visibilidad «regular» y «sin elementos que interfieran en la misma» –tal como reza el informe de Policía Científica de fs. 36/41–, dicha distancia es suficiente como para advertir la presencia de dos vehículos con balizas –un camión y una camioneta–, así como a personas en la calzada haciendo señas.

Por otro lado, estimo que la exigencia contemplada por el tribunal, en el sentido de que las personas que ayudaban a Tonetto debieron usar chalecos con elementos reflectantes, no encuentra reparo en la norma invocada en su apoyo.

El art. 71 de la ley de tránsito vigente en el tiempo de los hechos exige dicha medida a personas que cumplan trabajos sobre la calzada o la banquina y a la autoridad de aplicación de la norma. Las tareas que cumplían las personas que ayudaban a Tonetto no son, según mi parecer, labores encuadrables en este pasaje de la norma.

Finalmente, entiendo que las consideraciones del entonces Tercer Juzgado de Garantías, compartidas por la parte recurrente, se muestran adecuadas para explicar el resultado lesivo a partir de la conducción riesgosa de la víctima.

En efecto, comparto lo dicho por el Juzgado de Garantías en tanto afirmó que, en virtud de las adecuadas medidas de señalización previstas por el acusado, el hecho de que Aguirre no haya advertido el obstáculo presente en su carril y haya accionado sus frenos a escasos 5, 10 metros de distancia, se explica por el enlentecimiento en la respuesta que provoca el grado de alcoholización con el que conducía (ver resolución de fs. 126/130).

Esta idea, según estimo, se ve potenciada por el hecho de que, a unos 36 metros, aproximadamente, del inicio del frenado –o unos 40 metros de la zona de impacto– la calzada contaba con luminarias encendidas, lo que configuraba otro elemento más para guiar la conducción y permitir la visibilidad de la maniobra de Tonetto (ver croquis de fs. 41).

Por otro lado, entiendo adecuado la conclusión que indica que el resultado finalmente provocado –esto es, la muerte por un shock hipovolémico y politraumatismos graves, según la necropsia de fs.76–, se explica por la velocidad de conducción observada por Aguirre (ver resolución de fs. 126/130).

En este sentido debe decirse que, si bien la Policía Científica determinó que Aguirre conducía a una velocidad no menor de 31 km/h, las imágenes del daño producido a raíz del accidente permiten deducir que la víctima condujo a una velocidad mucho mayor que esta.

Aunque la velocidad máxima permitida en la zona del accidente exceda ese número, no puede dejar de destacarse que los daños generados en su propio rodado y la forma en la que éste terminó posicionado –por encima de la camioneta auxiliar–, permiten afirmar que conducía por encima de los límites permitidos (ver informe de fs. 35/41).

Además, no puede dejar de agregarse a lo dicho que la cantidad y entidad de las heridas sufridas, así como la posición final del cuerpo de la víctima –sentada sobre su asiento, pero inclinada y apoyada sobre el asiento del acompañante–, indican que no llevaba colocado el cinturón de seguridad.

En definitiva, y atento al estado de las actuaciones, discrepo con el tribunal de instancia previa cuando afirma que existen elementos suficientes como para avanzar a la instancia de juicio oral.

Conforme con la prueba incorporada al expediente, la acusación no ha podido demostrar con el grado de certeza necesario en la etapa atravesada, que el acusado habría vulnerado la normativa de tránsito, generando así riesgos que capaces de explicar el resultado imputado.

En conclusión, entiendo que el recurso de casación incoado por la defensa de Sergio Valentín Tonetto Manzano debe prosperar. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

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

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de la cuestión anterior, corresponde casar la resolución criticada y, consecuentemente, modificar el resolutivo del auto obrante a fs. 152/156, el que quedará redactado del siguiente modo: «I.- NO HACER LUGAR al recurso de apelación interpuesto por Alejo Guajardo por el querellante particular, Sergio Fabián Aguirre Castro, a fs. 136 de autos, con costas y, en consecuencia, CONFIRMAR la resolución de fs. 126/131 dictada por el Tercer Juzgado de Garantías. II.- REGULAR LOS HONORARIOS PROFESIONALES por la labor desarrollada en la alzada del abogado Alejo Guajardo, en la suma de UN MIL DOSCIENTOS PESOS (\$1.200), de conformidad con el art. 506 CPP ley 6730». ASÍ VOTO.

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

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas por su orden y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO. Sobre la misma cuestión el DR. MARIO D. ADARO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

SENTENCIA:

Atento al mérito que resulta del acuerdo precedente, esta Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 165/171 por la defensa de Sergio Valentín Tonetto Manzano.
- 2.- En consecuencia, casar la resolución proveniente de la entonces Cámara de Apelaciones (ver fs. 152/156), y modificar su resolutivo, que quedará redactado del siguiente modo: «I.- NO HACER LUGAR al recurso de apelación interpuesto por Alejo Guajardo por el querellante particular, Sergio Fabián Aguirre Castro, a fs. 136 de autos, con costas, y en consecuencia, CONFIRMAR la resolución de fs. 126/131 dictada por el Tercer Juzgado de Garantías. II.- REGULAR LOS HONORARIOS PROFESIONALES por la labor desarrollada en la alzada del abogado Alejo Guajardo, en la suma de UN MIL DOSCIENTOS PESOS (\$1.200), de conformidad con el art. 506 CPP ley 6730».
- 3.- Imponer las costas por su orden y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 20 de marzo de 2020.-

9- MENDOZA. 06-04-20. (JJ)

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200406_FcMJA.pdf

Lex: Art. 80 inc. 1° y 11° del CP. Art. 2 del CP. Art. 1, 16, 22, 29, 36 de la CN. Ley 9106. Art. 4 del CPP. Ley 27499. Art. 8.2.h de la CADH y 14.5 del PIDCP.

Vox: VG. Homicidio agravado. Vínculo. Violencia de género. Juicio por Jurado. Instrucciones iniciales. Instrucciones finales. Alegato de apertura. Alegato de cierre. Veredicto de culpabilidad. Revisión integral. Modelo constitucional de enjuiciamiento. Prisión perpetua. Capacitación en VG.

Summa:

El TPC impuso al señalado la pena de prisión perpetua. El jurado popular consideró culpable al nombrado del delito de homicidio agravado por mediar relación de pareja preexistente y por mediar violencia de género.

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 del CPP)

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

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1421, pronunciada por el TPC N° 1-3° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Modificación de la plataforma fáctica capaz de afectar el derecho de defensa.

- Torres Surget. 03-05-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180503_FcTSD.pdf
- Ficara, Mariano. 16-04-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180416_FcFMF.pdf
- González Rodríguez. 09-05-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190502_FcGonzalez.pdf

Juicio por Jurado

- Petean Pocoví. 07-02-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=276>
- Ortega Ragonesi. 19-03-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200319_FcORD.pdf

Perspectiva de género

- Alaniz Pinera. 23-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=37>
- Di Cesare. 08-01-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210108_FcDCM.pdf
- Galdeano Reyes. 31-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180731_FcGRJ.pdf
- Cruz Huanca.
- Ruiz Gutiérrez. 18-02-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190218_FcRGO.pdf
- Minati Krier. 08-08-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190808_FcMKC.pdf

Doctrina citada.

MAIER, J., 2012, Derecho Procesal Penal, 2ª ed., Buenos Aires, Tomo I Fundamentos, pág. 568

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

Fallo:

M. CUIJ: 13-04860019-5/1((038601-88944)) FC/ M. J. A. P/ HOMICIDIO AGRAVADO POR MEDIAR RELACION DE PAREJA PREEXISTENTE Y POR MEDIAR VIOLENCIA DE GENERO (88944) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104942995*

En M., a los seis días del mes de abril del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04860019-5/1 caratulada “F. c/ M., J. A. P/ HOMICIDIO AGRAVADO S/ CASACIÓN”.

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

La defensa de J. A. M. formula recurso de casación (fs. 947/954 vta.) contra la Sentencia N° 1421 pronunciada por el Tribunal Penal Colegiado n° 1 de la Tercera Circunscripción Judicial, por medio de la cual un jurado popular consideró culpable al nombrado del delito de homicidio agravado por mediar relación de pareja preexistente y por mediar violencia de género, crimen por el cual el Tribunal le impuso la pena de prisión perpetua en estos autos n° P-88.944/18.

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

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO:

1.- Sentencia recurrida

La decisión impugnada condenó a J. A. M. a la pena de prisión perpetua a raíz de que el jurado popular constituido en autos conforme a las previsiones de la ley 9.106 encontró al acusado culpable del homicidio de I.J.M.C. –v. registros audiovisuales, segunda audiencia del 30/07/2019, min. 41:30 y ss.–. La Sentencia N° 1421, obrante a fs. 923/945, da cuenta de las instrucciones iniciales impartidas al jurado –v. fs. 923/939–, de las instrucciones finales que se proporcionaron una vez clausurado el debate –v. fs. 939/944–, del veredicto unánime –v. fs. 944– y de la individualización de pena efectuada por el juez técnico –v. fs. 945–.

2.- Recurso de casación

La defensa funda su impugnación en los arts. 474 inc. 2° del CPP y 41 inc. d de la ley 9106.

Se agravia de que se habría vulnerado el principio de congruencia, lo que habría tenido como consecuencia una afectación del derecho de defensa del acusado y la determinación de un veredicto arbitrario del jurado.

Explica que, según la plataforma fáctica por la que se requirió la citación a juicio y se acusó a M., éste habría cometido el homicidio de su ex pareja I.J.M.C. el día 28 de octubre de 2018, entre las 19:00 y las 21:40 hs., golpeándola con golpes de puño y con un televisor de 32” marca LG, lo que causó a la víctima múltiples lesiones cráneo-faciales, infiltrados hemáticos en el cuello, lesiones en ambos miembros

superiores y la región anterior del tórax, lesiones que le provocaron la muerte inmediatamente. A criterio de la defensa, tal plataforma fáctica habría sido ampliada y variada durante los alegatos finales, en dos puntos fundamentales: a) mediante la especificación del momento en que habría sucedido el hecho criminoso, situándolo antes de las 19.30 hs.; y b) a través de la afirmación de que el acusado habría dado muerte a I.J.M.C. asfixiándola y pegándole patadas con ambos pies.

Agrega que ello habría constituido una maniobra del Ministerio Público Fiscal para acomodar la acusación a las constancias de la necropsia y a la declaración del Dr. R. M. M., en desmedro del derecho de defensa.

En base a tales razones, considera que la sentencia se encuentra viciada por falta de motivación, dado que deriva de un veredicto de culpabilidad arbitrario del jurado, pues existió una violación del principio de congruencia y de la fundamentación lógica y legal, en tanto el jurado decidió fuera de la plataforma fáctica que delimitaba categóricamente las circunstancias de tiempo y modo en que se habría producido el homicidio.

En consecuencia, el veredicto es irrazonable y no supera el estándar de validez. Cita jurisprudencia de la Corte Federal para afirmar que la acusación constituye un acto complejo integrado por el requerimiento de elevación a juicio y el alegato, de lo cual resulta que un apartamiento de la base fáctica allí plasmada redundaría en una transgresión a las garantías constitucionales de la defensa en juicio y el debido proceso. La congruencia se asienta en que los hechos de la acusación deben mantenerse inmovibles.

Agrega jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos según la cual la calificación de los hechos puede ser modificada durante el proceso por el órgano acusador o por el juzgador, sin que ello afecte el derecho de defensa, siempre que se mantengan sin variación los hechos mismos, y se observen las garantías procesales previstas en la ley.

Afirma que el jurado arribó a un veredicto de culpabilidad apartándose de los términos de la intimación respecto de la cual el imputado tuvo ocasión de defenderse, pues no existió identidad entre la acusación y el pronunciamiento en cuanto al reproche por homicidio.

Considera que el jurado en ningún momento podría haber arribado a la certeza, más allá de toda duda razonable, de que el imputado causó la muerte, sin acoger la modificación introducida por el representante fiscal en desmedro del derecho de defensa que el acusado no tuvo posibilidad de defenderse respecto del medio comisivo «estrangulación», ni del elemento temporal, pues en los alegatos finales el fiscal determinó categóricamente que el hecho ocurrió antes de las 19:30 hs., en tanto los mensajes que recibió la testigo N.A.P. fueron enviados por el imputado mientras huía de la escena del crimen en su vehículo.

Esta prueba, contrastada con la necropsia médica según la cual la víctima habría fallecido a las 21:00 hs. aproximadamente, torna ilógica la conclusión del jurado.

En otro orden, la defensa afirma que no es posible reeditar el debate, dadas las características propias de todo juicio oral y público y la imposibilidad de retrotraer el proceso hasta una etapa válidamente cumplida.

Explica que, dada la forma en que está estructurada la actividad en el código procesal, a modo de capítulos, el debate sólo puede reabrirse si el tribunal estima absolutamente necesario recibir nuevas pruebas o ampliar las recibidas.

También es consecuencia de los principios de publicidad, inmediación, continuidad, concentración e identidad física que gobiernan la realización de audiencias de debate.

Sostiene que la imposibilidad material de concretar actos procesales en cabeza de un juzgador distinto al que ya intervino y la necesidad de observar las reglas de todo debate, determinan la preclusión de las etapas ya realizadas. Efectúa reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador General analiza los argumentos planteados por la defensa y dictamina que el recurso debe ser admitido formalmente, por cumplir los requisitos de impugnabilidad objetiva y subjetiva, aunque debe ser rechazado en el fondo.

Considera que en autos se ha cumplido acabadamente el procedimiento dispuesto por **la ley n° 9.106** sobre juicio por jurados, en particular el art. 33 pues las instrucciones al jurado fueron plasmadas en forma verbal y escrita, dejando constancia las partes de su expresa conformidad con ellas.

Entiende que la alegada violación del principio de congruencia no se configura en el caso de autos pues el imputado no ha sido sorprendido ni se le ha endilgado un hecho del cual no ha podido defenderse.

En el requerimiento de citación a juicio obrante a fs. 777 se hace especial referencia al informe de la necropsia de fs. 726/727 vta., incluido entre la prueba instrumental que fue ofrecida tanto por el fiscal como por la defensa según consta a fs. 862 vta. De manera tal que la defensa no puede verse sorprendida por las conclusiones de ese informe.

La acusación fiscal se ha mantenido conteste con el plexo probatorio y contiene los elementos esenciales para permitir el pleno ejercicio del derecho de defensa del imputado.

A ello agrega que existió una convención probatoria entre las partes sobre el deceso comprobado de la víctima para las 23:00 hs., momento en el que arribó la policía al lugar del hecho. Además, expresa que al jurado le fueron explicadas las opciones a las que podían arribar en su veredicto, que se pronunció luego de apreciar debidamente el plexo probatorio.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

Puesto a resolver la cuestión en tratamiento, adelanto que –en base a los motivos que expondré a continuación– a mi entender corresponde rechazar el recurso de casación formulado por la defensa de J. A. M. y confirmar el veredicto de culpabilidad del jurado popular interviniente, así como la sentencia pronunciada por el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Tercera Circunscripción Judicial.

Una recapitulación de los agravios del recurso en análisis da cuenta de que el Ministerio Público Fiscal habría producido en su acusación una variación en las circunstancias de tiempo y modo en que ocurrió el hecho. Ello habría causado, simultáneamente, una afectación al derecho de defensa y la arbitrariedad del veredicto del jurado popular que se basó en el hecho acusado en los alegatos finales.

En base a esas razones, la defensa solicita la casación de la sentencia y explica que no puede reeditarse el juicio por preclusión. Los agravios expuestos por la defensa son de carácter procedimental y se encuentran subordinados sucesivamente.

De este modo, corresponde comenzar por el análisis de la pretendida vulneración del principio de congruencia, pues de ello deriva el desarrollo posterior.

Esto, en tanto la ley adjetiva no establece un orden de procedencia que imperativamente deba seguirse en el examen de las causales de impugnación extraordinaria (L.S. 183:188; 202:001; M. 269:234, entre otros), a lo que en este caso se agrega como razón la implicación argumentativa de los agravios defensivos.

Dicho esto, corresponde señalar que, del estudio del recurso, así como de las constancias de la causa y los registros audiovisuales de las audiencias de debate en las que se desarrolló el juicio, a mi entender no se verifica afectación alguna al principio de congruencia. Veamos.

Un criterio esclarecedor sobre el modo de analizar posibles vulneraciones del principio de congruencia sostiene que la base de interpretación en cada caso está dada por la relación del principio con la inviolabilidad de la defensa, de manera tal que todo aquello que en la sentencia signifique una sorpresa para quien se defiende –en el sentido de un dato con trascendencia en ella sobre el cual el imputado y su defensor no se pudieron expedir– lesiona el principio referido (**MAIER, J., 2012, Derecho Procesal Penal, 2ª ed., Buenos Aires, Tomo I Fundamentos, pág. 568**).

De este modo, resulta determinante evaluar si existe **una modificación de la plataforma fáctica capaz de afectar el derecho de defensa del acusado (conf. «Torres Surget», «Ficara, Mariano», «González Rodríguez», entre otros)**. Considero que ello no ocurre en el caso que nos ocupa.

Concretamente, la defensa afirma que el Ministerio Público Fiscal modificó el hecho atribuido a J. A. M. para adecuarlo a las pruebas rendidas en el debate, y al hacerlo afectó el derecho de defensa pues alteró el medio comisivo que habría sido empleado para atacar a la víctima, así como el momento en que la agresión habría tenido lugar.

Sin embargo, diversas razones me convencen de que las modificaciones introducidas por el fiscal no son esenciales ni capaces de causar sorpresa a la defensa.

En lo que sigue explicaré, respecto de las pretensas modificaciones temporales, por qué éstas en verdad no se verifican en el caso de autos y, en todo caso, no importan una alteración de la base fáctica. Además, advertiré por qué el contraste probatorio que realiza el defensor no resulta en un cuestionamiento determinante del veredicto del jurado.

En relación con la alegada modificación en las circunstancias modales del hecho, me ocuparé de identificar las variaciones, de analizar su relevancia en el hecho acusado a J. A. M. y de justificar por qué, a mi entender, no son decisivas ni afectan el derecho de defensa.

En primer lugar, y en cuanto al momento en que J. A. M. habría cometido el ataque contra su entonces pareja J.M.C., según sostiene la defensa el Ministerio Público Fiscal habría situado el hecho entre las 19:00 hs. y las 21:40 hs. en el alegato de apertura, y lo habría modificado a antes de las 19:30 hs. en el alegato de clausura –v. recurso, fs. 952 vta.–.

Por una parte, la compulsa de los registros audiovisuales no permite constatar que el representante fiscal haya realizado expresamente esa modificación –v. alegatos de clausura, min. 01:15 a 48:24–, que la defensa deriva del hecho de que se ubicó el ataque antes de una serie de mensajes de texto del acusado.

Esto impide considerar serio el cuestionamiento, pues el Fiscal mantuvo su teoría del caso y lo hizo dentro del margen horario explicado en el alegato de apertura.

Pero por otra parte, a mi entender una modificación de esta índole no resultaría susceptible de afectar el principio en cuestión, pues no supone una alteración de la plataforma fáctica sino, simplemente, una acotación horaria del momento en que habría ocurrido el suceso, incluida dentro de la franja temporal que se acusó a J. A. M. y respecto de la cual pudo defenderse.

Ahora bien, la defensa hilvana este agravio con una supuesta irracionalidad del veredicto, dado que el momento consumativo limitado hasta las 19:30 hs. no soportaría el contraste con la necropsia, que sitúa el deceso de la víctima aproximadamente a las 21:00 hs. –v. fs. 953–.

Según la acusación, a esa hora J. A. M. se encontraba huyendo. Sin embargo, una argumentación defensiva de esa índole no puede tener acogida favorable en esta instancia, pues se asienta en una interpretación parcial y aislada de la prueba, insuficiente para cuestionar la validez del veredicto del jurado popular.

En este sentido, el solo señalamiento de la hora de muerte de la víctima a las 21:00 de manera «aproximada» por parte del perito médico no resulta suficiente, por sí sólo, para contradecir el veredicto del jurado popular que se basa en un mérito amplio de toda la prueba de cargo expuesta durante el debate, que la defensa no ha cuestionado –v. constancias fs. 726/727–.

El argumento defensivo omite considerar que el resultado de muerte y la hora en que ésta se produjo no necesariamente determinan la hora en la que se creó el riesgo.

En segundo lugar, la defensa expresa que en el alegato de cierre el Ministerio Público Fiscal modificó el medio comisivo empleado por el acusado, pues a los golpes de puño y con un televisor agregó patadas y ahorcamiento.

Ahora bien, no considero que esta variación haya resultado significativa ni haya menoscabado el derecho de defensa del acusado, por lo que la sanción de nulidad que pretende la defensa carece de efecto práctico para el acusado. En efecto, la víctima I.J.M.C. presentaba –según declaró el médico Rubén Marcelo Martínez y consta en la necropsia que la defensa emplea en sus alegaciones– un serio cuadro de múltiples lesiones que incluía fracturas en diferentes partes del cuerpo, marcas de golpes y lesiones defensivas.

La acusación sostuvo que algunas de ellas correspondían a golpes de puño a partir de la constatación de una lesión «de boxeador» en la mano del acusado, y que otras presentaban indicios de haber sido producidas con el televisor que se encontraba en el recinto.

Durante el debate, se produjo prueba que mostraba una lesión en el pie del agresor y un rastro en el cuello de la víctima, compatibles con patadas y ahorcamiento respectivamente según el Ministerio Público Fiscal.

Esta vinculación, que a criterio de la defensa modifica irregularmente la acusación, no M. resulta suficiente –a mi entender– para considerar alterada en lo esencial la plataforma fáctica, pues se acusó a J. A. M. de haber golpeado a su pareja hasta matarla, sin que la eventual exclusión de las patadas y ahorcamiento impida considerar acreditado ese hecho a partir de golpes de puño y con un televisor.

Dicho con otras palabras, la inclusión de otras maniobras ofensivas en el hecho, dadas las circunstancias en que habría tenido lugar, no importa una modificación susceptible de afectar el principio de

congruencia. Resulta a mi entender decisiva, para explicar esto, la declaración del médico que realizó la necropsia en la que la defensa apoya su argumento.

La compulsa de las constancias audiovisuales de la audiencia en la que declaró ante el jurado popular da cuenta de que, una vez detalladas todas las lesiones que presentaba la víctima, preguntado para que especificara cuál de ellas había sido la causante de su deceso, a lo que contestó que «todas las lesiones fueron concomitantes y sinérgicas para producir la muerte» –v. registro audiovisual audiencia del 31/07/19, min. 16:00 y ss.–.

Este dato es de particular importancia para el análisis de los agravios defensivos, pues la crítica se basa en la identificación de la causa de muerte con la asfixia. Sin embargo, el agravio pierde su potencial impugnativo si se toma en consideración que, aun excluida la asfixia, el jurado pudo tener por acreditada la culpabilidad de J. A. M. a partir de las lesiones con golpes de puño y un televisor.

A ello se agrega que la defensa no ha demostrado de qué manera las dos pretensas alteraciones de la base fáctica –en tiempo y modo– habrían afectado el derecho de defensa en juicio.

La compulsa del alegato final de la defensa permite constatar que el defensor técnico de J. A. M. tomó en consideración los cuestionamientos que ahora reedita, y los manifestó al jurado.

Allí explicó que, aún con variaciones en el modo de comisión del hecho, no se encontraba acreditado que J. A. M. hubiera sido el atacante de I.J.M.C. y contrastó las conclusiones del Ministerio Público Fiscal con su propia valoración de la prueba.

De manera tal que no se advierte la sorpresa requerida para considerar que los matices introducidos al relato del hecho hayan afectado el derecho de defensa. Tampoco en el libelo recursivo el defensor explica qué prueba o defensas no pudo solicitar o ejercer, de manera que pueda comprobarse un gravamen a la estrategia defensiva.

Por último, debo señalar que en el procedimiento del juicio por jurados resulta esencial la intervención de las partes para la garantía de sus derechos, pues el procedimiento incluye múltiples instancias de participación y control de las partes de la información que se aporta al jurado popular.

En el caso que nos ocupa, la defensa tuvo oportunidad de determinar el contenido de las instrucciones impartidas al jurado durante la litigación de las mismas, así como respecto de las opciones de decisión respecto de las cuales el jurado popular podía pronunciarse.

No sólo la defensa participó activamente de aquellos procedimientos, tal como surge de los registros audiovisuales –v. audiencias del día 02.08.19–, sino que en esta instancia no ha impugnado el contenido de las instrucciones finales. Lo dicho hasta aquí permite descartar la existencia de una variación en la plataforma fáctica susceptible de afectar el derecho de defensa del acusado.

Como consecuencia de ello, los demás agravios planteados por el recurrente deben ser rechazados, en la medida en que dependen de la procedencia del que ya ha sido analizado.

En efecto, las consideraciones realizadas permiten descartar que se haya producido una vulneración al principio de congruencia capaz de afectar el derecho de defensa del imputado, pues las alteraciones en la plataforma fáctica que invoca la defensa no son susceptibles de variar el orden lógico en que según la acusación sucedieron los hechos y, así causar sorpresa a la defensa.

Ello importa, también, que el veredicto al que arribó el jurado popular constituido en autos no sea arbitrario a los términos que exige la ley 9.106 y la jurisprudencia de este Tribunal –conf. **«Petean Pocoví»**–, razón por la cual el agravio al respecto debe ser rechazado, al igual que las argumentaciones defensivas tendientes a explicar que un nuevo debate no podía ser realizado.

Por las razones expuestas, considero que debe rechazarse el recurso de casación planteado por la defensa de J. A. M., y confirmarse la sentencia pronunciada en autos. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el Dr. JOSÉ V. VALERIO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

Voto Dr. Adaro. Ampliatorio.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, EN VOTO AMPLIATORIO, DIJO: Puesto a resolver la cuestión en tratamiento, comparto la solución a la que arriba el acuerdo que me antecede, aunque estimo pertinente detenerme en consideraciones relativas a la forma en que el sistema de jurados populares debe abordar casos como el presente en función de la perspectiva de género.

Ello en función de las consideraciones que recientemente efectué en oportunidad de resolver en los autos **«Ortega Ragonesi»**.

Con anterioridad he sostenido que, para juzgar los conflictos en los cuales las mujeres son víctimas de violencia en sus distintas manifestaciones, hay que partir de aceptar que la realidad se encuentra atravesada por patrones de dominación masculina que reproducen la discriminación en los distintos ámbitos en los cuales la mujer se desarrolla.

Por esta razón, los M. distintos operadores del derecho, tanto en la recaudación de elementos probatorios como al momento de valorarlos deben orientar su labor a detectar las circunstancias que perpetúan la violencia estructural contra las mujeres con el fin de visibilizar y tomarlas en consideración al resolver en el caso concreto.

Para ello resulta necesario que quien juzga comprenda el concepto de género y sus implicaciones jurídicas, receptadas distintas convenciones y leyes que garantizan los derechos de las mujeres cuando son víctimas de violencia en sus diversas formas. Ese conjunto de normas debe ser comprendido por todos los operadores del derecho para su efectiva aplicación (**conf. «Alaniz Pinera»**).

Los juicios que se resuelven mediante jurados populares presentan un desafío frente a este escenario, dado que un elemento esencial del jurado es su carácter lego, ajeno a conocimientos jurídicos que, además, en general suelen ser complejos.

Si bien la ley se presume conocida, lo cierto es que nos encontramos ante una etapa de cambio disruptivo –tanto en el nivel de las prácticas como en el normativo–, que alcanza tanto a los operadores jurídicos profesionales en funciones como a la sociedad toda.

Tal como he sostenido en otros pronunciamientos de esta Sala, la violencia sexista se trata de «[...] una problemática compleja que afecta un colectivo de personas en situación de vulnerabilidad que, por distintas circunstancias o factores, se ven privadas del pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales.

Los problemas derivados de esta especial situación de vulnerabilidad, así, exceden un abordaje meramente jurídico en tanto se trata de una problemática compleja que atraviesa y debe ser atendida, comprendida y abordada desde conocimientos interdisciplinarios [...]».

Esto importa que el administrador de justicia deba ponderar los patrones socioculturales y estereotipos sobre los que se construye esta problemática, a fin de tener una verdadera comprensión del fenómeno de violencia de género y, de esta manera, poder lograr desde el Derecho aportar soluciones que contribuyan a atacar el flagelo de la violencia y trabajar en pos de la igualdad de género (conf. «**Galdeano Reyes**»).

Ahora bien, el jurado es parte de una sociedad que se encuentra en un proceso de cuestionamiento y redefinición de sus costumbres, valores y formas de entender las relaciones interpersonales.

La deconstrucción con perspectiva de género aporta, en este sentido, un paradigma desde el cual es posible revisar –entre otras cuestiones– los presupuestos desde los que se parte al analizar la responsabilidad delictiva.

Esto ha motivado que tanto el Estado nacional como provincial hayan dictado leyes que obligan a todos los funcionarios a capacitarse al respecto.

Los miembros del jurado, como operadores jurídicos ocasionales, deben encontrarse al tanto de la problemática y de la normativa y criterios relevantes para incorporar la perspectiva de género a la administración de justicia.

Este mandato encuentra fundamento en la necesidad de garantizar una visión que neutralice los sesgos patriarcales en todo proceso judicial, incluso aquellos en los que interviene un jurado popular.

Existen, a mi entender, dos oportunidades en las cuales puede dotarse al jurado de herramientas conceptuales y críticas que le permitan resolver con perspectiva de género los casos concretos que son llamados a juzgar. La primera de ellas puede tener lugar mediante una capacitación específica sobre la temática, antes o después de la audiencia de **selección del jurado -voir dire-**.

Ello, en cumplimiento con los lineamientos en la temática de género y violencia contra las mujeres establecida por la ley 27.499 («Ley Micaela»), a la cual la provincia de Mendoza. Adhirió mediante la ley 9.196 y esta Suprema Corte de Justicia lo hizo mediante la Acordada n° 29.318. A tales efectos, sería aconsejable la intervención de la Dirección de la Mujer y de la Dirección de Derechos Humanos y Acceso a la Justicia del Poder Judicial.

La segunda oportunidad debe, a mi entender, producirse en las instrucciones iniciales y finales impartidas al jurado.

El jurado interviene en los casos de delitos previstos por el art. 80 del CP, que incluyen homicidios agravados por el vínculo, la relación de pareja (actual o pasada), cuando mediare violencia de género o cuando se cometieran para causar sufrimiento a una persona con la que se mantiene o ha mantenido una relación de pareja (conf. art. 80, incs. 1, 11 y 12 del CP).

Los hechos de esta índole requieren instrucciones claras respecto del régimen normativo vigente sobre la problemática de género –a nivel general-, y a nivel particular sobre la o las figuras penales que se someten a juzgamiento, así como de la forma en que la perspectiva de género debe ser considerada al valorar la

prueba. En el caso que nos ocupa, J. A. M. fue acusado del delito de homicidio agravado por mediar relación de pareja preexistente y por mediar violencia de género.

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

Además «[...] la violencia de género requerida por el tipo agravado, presupone un espacio ambiental específico de comisión y una determinada relación entre la víctima y el agresor, en donde la mujer se encuentra en una situación de sometimiento y de vulnerabilidad, circunstancia que encuentra su M. génesis en las distintas formas de violencia que el hombre puede ejercer hacia la mujer en una sociedad estructuralmente desigual, las que se encuentran definidas en la Ley 26.485 (arts. 4 y 5)» (conf. «**Minati Krier**»).

Por otra parte, como referí en el precedente «**Ruíz Gutiérrez**», desde una perspectiva procesal si bien el principio in dubio pro reo no es una regla de valoración probatoria sino una regla de decisión, no es menos cierto que su correcta aplicación presupone una actividad de valoración de la prueba que requiere la incorporación de las particularidades propias de los casos de violencia de género.

Es decir, para determinar el valor probatorio que corresponde atribuir a cada elemento de juicio, se debe ponderar el bien jurídico protegido y su específico modo de ataque.

Ello, si se pretende derivar conclusiones lógicamente controlables para determinar si ha de absolverse o condenarse.

Como mínimo, estas cuestiones esenciales y determinantes para comprender el derecho aplicable deben ser explicadas con términos claros al jurado.

Las instancias propuestas constituyen, a mi criterio, buenas prácticas para incorporar la perspectiva de género en la justicia. ASÍ VOTO.

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

Sobre la misma cuestión, los Dres. JOSÉ V. VALERIO y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

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

Sobre la misma cuestión los Dres. JOSÉ V. VALERIO y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

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

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 947/954 vta. Por la defensa de J. A. M..
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

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

10- GUEVARA SALAS. 06-04-20.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200406_FcGuevara.pdf

Lex: Art. 70 y 41 Bis, 45, 47 del CP.

Vox: Homicidio simple agravado. Arma de fuego. Unidad de designio. Coautoría. Participación.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **once años de prisión** como coautor del delito de homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego (art. 79 y 41 bis del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 del CPP)

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

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

Resolución cuestionada: Sentencia N°801, pronunciada por el TPC N° 1- 1° CJ.

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

Fallo:

CUIJ: 13-04864876-7/1((018601-4717)) FC/ GUEVARA SALAS ANGEL A., VASSELLUCCI RAVINALE MARCOS S. P/ HOMICIDIO SIMPLE AGRAVADO (4717) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104948202*

En Mendoza, a los seis días del mes de abril del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04864876-7/1 caratulada "F. C/ GUEVARA SALAS, ÁNGEL Y VASSELLUCCI RAVINALE MARCOS, POR HOMICIDIO SIMPLE AGRAVADO USO DE ARMA DE FUEGO EN CONCURSO REAL S/ CASACIÓN".

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

La defensa oficial de Marcos Sebastián Vassellucci Ravinale interpone recurso de casación contra la Sentencia N° 801 que lo condenó a la pena de once años de prisión como coautor del delito de homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego (art. 79 y 41 bis del CP), fallo pronunciado por el Tribunal Penal Colegiado n° 1 de la Primera Circunscripción Judicial.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

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

1.- Sentencia recurrida

El tribunal ha tenido por acreditado que el 15 de enero de 2018, aproximadamente a las 14:40 horas frente a la manzana H del Asentamiento Todos Unidos de Las Heras, Ángel Alejandro Guevara Salas y Marcos Sebastián Vassellucci Ravinale ambos portando armas de fuego, interceptaron a Emmanuel Alberto Fernández Fuenzalida y a Javier Alejandro Carnevalini Pereyra, manifestándole «se rifaron». Inmediatamente Marcos Sebastián Vassellucci Ravinale apoyó en la frente de Emmanuel Alberto Fernández su arma de fuego y gatilló sin expulsar proyectil alguno. Ante ello, las víctimas intentaron huir corriendo del lugar. Sin embargo, los imputados dieron alcance a Javier Alejandro Carnevalini Pereyra y lo agredieron con un elemento punzo cortante, ocasionándole profundas heridas en su rostro y cabeza. Luego Ángel Salas disparó su arma de fuego que impactó en la cabeza de Javier Alejandro Carnevalini, lo que le produjo la muerte. Posteriormente los sindicados sustrajeron una gorra, un parlante de música y un par de ojotas de la víctima que yacía en el piso, para finalmente darse a la fuga. Esta plataforma fáctica quedó encuadrada en la figura de homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego y, ambos acusados fueron condenados como coautores del hecho (artículo 79, 41 y 45 del CP).

Para así decidir el tribunal valoró la declaración de Emanuel Alberto Fernández Fuenzalida, de Oscar David Rodríguez, Cyntia Carnevalini, Andrés Carnevalini, entre otros.

2.- Recurso de casación

El recurso se articula en función del art. 474 inc. 1° y 2 del CPP, por entender que la resolución cuestionada adolece de vicios formales y sustanciales que la invalidan como tal.

Considera que la sentencia impugnada carece de nexo lógico entre la prueba recibida y las conclusiones a las que arriba el juzgador y en particular entiende que las declaraciones de Ángel Guevara, de Marcos Vasellucci y de Emanuel Fernández Fuenzalida resultan decisivas y acreditan que Vasellucci no tuvo intervención en el deceso de la víctima.

Explica que acordaron con el coimputado Guevara que sólo iban a asustar a Carnevallini.

Por ello iban a llevar armas sin municiones, señala que su intención no era dispararle a nadie ya que su arma iba descargada. Agrega que su intervención se limitó a neutralizar a Fernández Fuenzalida, a quién amenazó y luego le pegó con el arma descargada.

Refiere que no tuvo el dominio del hecho, que Guevara se excedió en la acción acordada y Vasellucci desconocía que se podía llegar a esa consecuencia fatal.

Por tales razones entiende que corresponde resolver la situación procesal de Vasellucci de acuerdo al art. 47 del CP.

Formula reserva de caso federal.

3.- Dictamen del Procurador General

A fs. 717/718 vta. El Procurador contesta la vista de ley y aconseja el rechazo del remedio intentado. Explica que la versión de la defensa no resulta lógica, toda vez que de conformidad a la declaración testimonial de Fernández Fuenzalida surge que ambos imputados actuaron en común.

Agrega que la función que le cupo a Vasellucci no fue de acompañante de Guevara sino que le apuntó a la víctima con un arma en la cabeza, le disparó y al no salir el disparo lo golpeó en la cara con el arma, logrando neutralizarlo. Luego persiguió a la víctima fatal del hecho para agredirla, causándole profundas heridas en su rostro y cabeza.

Ello lo hizo junto a su compañero. Finalmente disparó el encartado Guevara en varias ocasiones, produciéndole las lesiones que le provocaron la muerte. De tal manera, entiende que la mecánica de los hechos revela las intenciones del encartado y su compañero.

Al reparto de tareas y al hecho de haber concurrido ambos imputados armados a la agresión que ejercieron sobre la víctima y sobre quién lo acompañaba para que no truncara su designio, debe sumarse que cuando Carnevallini ya se encontraba herido de muerte, el aquí imputado sustrajo algunas de sus pertenencias.

Esto, a su criterio revela que lejos de sentirse atemorizado y sorprendido porque su compañero se excedió en lo convenido, como pretende enunciarlo la defensa, se hizo de un botín y se dio a la fuga.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Por diversos motivos considero que el recurso de casación formulado por la defensa del acusado no puede prosperar. Paso a explicarlo.

De manera inicial entiendo que la motivación de la sentencia es suficiente para su mantenimiento como acto jurisdiccional válido, no adoleciendo de falencias que impliquen su anulación. Ello a la luz de la reiterada jurisprudencia de esta Sala, en el sentido que tales defectos, para conllevar tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros), lo que en la especie no ocurre.

La defensa en su escrito casatorio plantea la arbitrariedad de la sentencia por entender que no existe logicidad en la valoración de la prueba.

En particular cuestiona la ponderación de las declaraciones de los coimputados Ángel Guevara y Marcos Vassellucci y la declaración testimonial de Emanuel Fernández Fuenzalida.

Sin embargo, encuentro que el planteo ha sido expuesto a modo de discrepancia con la valoración del a quo respecto de los elementos mencionados, que convergieron al dictado de la sentencia condenatoria, en la que encuentro debidamente motivado cada uno de los extremos cuestionados por la defensa.

En efecto, tal como sostiene el recurrente, para el sentenciante la declaración testimonial de Fernández Fuenzalida resultó decisiva y concluyente, pues fue testigo presencial del suceso y sus dichos se mantuvieron invariables a lo largo de la investigación penal preparatoria. A la vez resultaron corroborados con otros elementos probatorios, tales como la declaración de Oscar Rodríguez, Cyntia Vassellucci y Andres Carnevalini.

Es que Fernández Fuenzalida al narrar la dinámica del suceso, explicó luego de ser increpados por él y la víctima fatal del hecho, Vassellucci le apuntó con una escopeta que gatilló, de la que no salió disparo alguno. Agregó que aquél le pegó en la boca y que en esas circunstancias tanto él como Carnevalini reaccionaron y salieron corriendo. En la huida pudo ver cuando Guevara Salas efectuaba como cuatro o cinco disparos y uno de ellos impactó en la cabeza de Carnevalini.

Cuando éste ya se encontraba en el piso pudo ver que los imputados sustraían algunos elementos de la víctima, entre ellos una gorra de River que tenía puesta Carnevalini y unos parlantes de color verde y negro. Además de la declaración testimonial del testigo presencial, el tribunal contó de modo categórico con el reconocimiento en rueda de personas donde Fernández Fuenzalida, identificó tanto a Guevara Salas como a Vassellucci (fs. 609).

Otro elemento concluyente para el juzgador fue la declaración de Oscar David Rodríguez quién relató que llevó a la víctima al hospital en compañía del padre de Carnevalini.

Por su parte, Cyntia Carnevalini, dijo que en el barrio todos decían que los autores del hecho habían sido el «Angelito» y el «Paili» (Guevara Salas y Vassellucci Ravianlle respectivamente).

Andrés Marcelo Carnevalini confirmó que Fernández Fuenzalida lo llamó por teléfono y le dijo que el «Angelito» y el «Paili» le habían pagado un tiro a su hermano.

Por otro lado resultó relevante la valoración de la declaración de Guevara Salas, quién reconoció haber estado en el lugar junto a Vassellucci. Además reconoció ser el autor de los disparos.

En tanto Vassellucci dijo ser inocente, que sólo acompañó a Guevara Salas y que llevaba un arma que no estaba cargada y, que su intención era sólo ajustar a la víctima.

Esta declaración no encuentra correlato en ningún elemento probatorio que contrarreste el valor convictivo de las testimoniales de Fernández Fuenzalida, Oscar Rodríguez, Cyntia Carnevalini y Andrés Carnevalini.

Tal como surge del escrito casatorio, el recurrente propone la existencia de una plataforma fáctica distinta a la que el juez tuvo por acreditada a fin de lograr una calificación legal menos gravosa respecto de Vassellucci Ravinale.

En otras palabras, sosteniendo que la conducta de su defendido habría implicado un aporte menor al ilícito que se le atribuye, la defensa del imputado pretende que su intervención sea calificada conforme a las reglas del **art. 47 del CP**.

Sin embargo, conforme se demostró en los párrafos precedentes, los defectos de valoración denunciados por la defensa no se verifican en los fundamentos analizados y, en función de ello, la base fáctica no es otra que la que el a quo entendió probada.

Por ello cualquier intento de cambio de calificación basada en una modificación de aquélla no puede ser acogida en esta instancia.

En definitiva, de lo dicho hasta aquí encuentro que la pretensión defensiva no puede ser acogida pues la plataforma fáctica reconstruida a partir del plexo probatorio debidamente valorado, demuestra que tanto Guevara Salas como Vassellucci Ravianle, deben responder en **calidad de coautores**.

Esto en razón que la agresión fue llevada a cabo por ambos, los dos golpearon a las víctimas, interceptaron a Carnevalini y a Fernández Fuenzalida conforme al plan que ambos aceptaron llevar a cabo y su concreción fue realizada luego de la agresión a Fernández Fuenzalida.

El hecho de ir ambos con armas, que Vassellucci gatillara cuando apuntaba a una persona y que Ángel Guevara Salas dispara contra la víctima indica una unidad de designo en ambos (fs. 679 vta.).

Por tales razones y opinión concordante con el señor Procurador General, doy respuesta negativa a la primera cuestión propuesta en el acuerdo que lidero. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio y Dr. Adaro. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

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

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

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

1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 689/700 vta., por la defensa de Marcos Sebastián Vassellucci Ravinale.

2.- Tener presente la reserva federal formulada.

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

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

11- BERDEJO y ot.. 27-04-20.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200427_FcBerdejo.pdf

Lex: Art. 80 inc. 7°, 41 bis, 55, 166 inc. 2°, 2° supuesto del CP

Vox: Homicidio criminis causa. Arma de fuego. Concurso real. Robo agravado. Arma de fuego. Prisión perpetua. Motivación. Unidad de la prueba.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la **pena de prisión perpetua**, por resultar coautor del delito de homicidio criminis causa en forma reiterada (dos hechos) agravado por el uso de arma de fuego en concurso real con robo agravado por el uso de arma de fuego (arts. 80 inc. 7, 41 bis, 55, 166 inc. 2° supuesto 2° del Cód. Penal).

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 del CPP)

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

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 574, pronunciada por el TPC N° 2-1° CJ.

SCJM. Dres.: **Garay**. Gómez. Llorente.

Fallo:

CUIJ: 13-04821699-9/1((018602-102987)) FC/ BERDEJO SUAREZ MARTIN ADRIAN, GUERRA GOBETTI MAXIMILIANO DAMIAN P/ HOMICIDIO CRIMINIS CAUSA EN FORMA REITERADA (DOS HECHOS) EN CONCURSO REAL (102987) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104902632*

En Mendoza, a los veintisiete del mes de abril del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04821699-9/1 caratulada “F. C/ BERDEJO SUAREZ MARTIN ADRIAN Y GUERRA GOBETTI MAXIMILIANO DAMIAN P/HOMICIDIO S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. DALMIRO GARAY CUELI segundo DR. JULIO R. GÓMEZ y tercero DR. JORGE H. LLORENTE.

La defensa de Maximiliano Damián Guerra Gobetti interpone recurso de casación (fs. 1671/1682 vta.) contra la Sentencia N° 574 en tanto condena al nombrado a la pena de prisión perpetua, por resultar coautor del delito de homicidio criminis causa en forma reiterada (dos hechos) agravado por el uso de arma de fuego en concurso real con robo agravado por el uso de arma de fuego (arts. 80 inc. 7, 41 bis, 55, 166 inc. 2° supuesto 2° del Cód. Penal), pronunciamiento dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. DALMIRO GARAY CUELI DIJO:

1.- Resolución recurrida

La sentencia establece que el 7 de octubre de 2013 aproximadamente, el ya condenado policía de la División de Narcocriminalidad Martín Berdejo junto, al menos, al recurrente Guerra, ingresaron a la vivienda de Carmen Honorato y Oscar Guzmán, en el Barrio Santa Elena de Vistalba, Luján de Cuyo. Una vez allí, los amenazaron para sustraerles teléfonos celulares, documentación personal y una caja de metal con dinero, maniatándolos y efectuándoles sendos disparos en la cabeza que les ocasionaron la muerte, llevándose del lugar los objetos mencionados (fundamentos, fs. 1637 vta).

2.- Recurso de Casación

Se queja el recurrente por la falta de motivación de la sentencia, dado que no se observaron las reglas de la sana crítica racional en la valoración de las pruebas.

Aduce que su pupilo fue condenado por existir algunos indicios genéricamente abordados en su contra, que fueron analizados sin ponderar lo expresado por su parte.

Relata que la única prueba directa que existe, son sus huellas dactilares en el lado externo de un ventanal del domicilio de las víctimas, lo que sólo se erige en indicio de presencia.

Refiere que los indicios usados por el a quo no son lógicos ni razonables, ni proporcionados con la pena impuesta.

Concretamente alega que se valoraron arbitrariamente los temas que a continuación se indican: la relación de amistad entre Guerra y Berdejo, porque no se explicó cómo gravita esta situación en el resultado muerte del matrimonio, cuando en realidad es un indicio neutro.

El nerviosismo de Berdejo ante la detención de Guerra, ya que no se tuvo en cuenta que dicho nerviosismo era por verse acorralado ante la detención de su mejor amigo, a quien mandó a inspeccionar el domicilio con anterioridad, y que lo iba a vincular a él como oficial a cargo de la investigación del matrimonio chileno y compadre del único detenido, ya que Berdejo sabía que él era el autor y temía que Guerra expresara que las huellas que quedaron impresas fueron porque le encargó inspeccionar el lugar meses antes.

La declaración de Guerra en cuanto a los motivos por los que fue al domicilio de las víctimas, desde que Berdejo quería constatar quiénes vivían en esa casa del Barrio Santa Elena de Vistalba, puesto que había sido apartado de la investigación meses antes del homicidio, lo que explica las huellas.

Agrega que se desconoce que la casa estaba en venta, que el matrimonio no tenía demasiados ingresos y que una operación comercial ligada al narcotráfico había sido suspendida por motivos ajenos, de donde deviene como creíble que Guerra se haya apersonado por pedido de Berdejo, como otras veces también había colaborado con él, con la excusa de que un tío estaba interesado en la vivienda.

Sobre la probabilidad de que Honorato dejara ingresar a Guerra al domicilio, porque los fallecidos no dejaban entrar a nadie, es arbitraria la conclusión a la que se llega, toda vez que se trata de una persona ligada al narcotráfico internacional, por lo que se descarta que sea temerosa de todo.

Además, la casa estaba a la venta al público en general, y había urgencia en venderla, por lo que lo lógico era permitir su ingreso y la hija de Guzmán dijo que su papá era muy sociable.

Que en consecuencia, no pudo ser derribada la afirmación del imputado de haber concurrido al domicilio el 21 de setiembre de 2013.

También se queja de la arbitraria valoración negativa del conocimiento previo de Guerra de la investigación en curso a las víctimas, en la que intervenía su amigo. Al respecto, expresa que su pupilo no negó haber conocido dicha investigación, por la amistad que tenían y que fue Berdejo quien le pidió a Guerra que corroborara las condiciones del domicilio.

Igualmente se queja por la arbitraria valoración de las declaraciones de Arbona, Paura, Rivera y Amaya; de las supuestas llamadas recriminantes del padre de Berdejo, de los dichos de la madre de Guerra, de las conversaciones entre Guerra y Berdejo, de la actitud asumida por Berdejo y de la calificación como coautor de Guerra.

Al respecto, destaca que el a quo no tuvo en cuenta que la familia Guerra negó lo relatado y que Paura conocía la relación entre Guerra y Berdejo, así como que al momento de la detención de Guerra, Paura sabía que Berdejo debía estar implicado en algo y así se lo dijo a su superior Caleri, desencadenando la detención de Berdejo. Expone que también se valoró arbitrariamente, que el día de la detención de Guerra, Berdejo recibió llamados recriminadores del padre de Guerra, lo que dijeron Arbona y Paura.

Que ello no fue aclarado porque es dudoso que el propio Berdejo comunique a sus superiores que alguien sospechaba de él, por lo que el llamado del padre de Guerra, no fue acusatorio hacia Berdejo, sino que fue para conocer por qué su hijo estaba siendo detenido, pudiéndose pensar que ante la detención de Guerra, su padre quiera contactarse con Berdejo, policía y amigo de su hijo para saber el motivo de la detención, y que es difícil que una persona que está siendo amenazada devuelva los llamados a su atacante, por lo que es irrazonable usar este indicio.

Sobre los dichos de la madre de Guerra, dice que cuando se produjo el allanamiento donde detuvieron a Guerra, la madre advirtió que muchas de las cosas se correspondían con lo descrito, extremo que fue negado por la madre del imputado y por Galdame y Guerra. Aduna que Paura es un testigo de oídas, y que hay un desfase temporal respecto de los hechos ocurridos, que datan de 20 o 30 días antes de la detención.

Que sólo un celular se corresponde con lo indicado en la lista de allanamiento de fs. 89 y lo que la madre supuestamente vio. Sobre la comunicación entre los co-autores antes del hecho, expresa que dan prueba de que Guerra no tenía idea de lo que había ocurrido, desde que sólo tratan temas banales, lejos de un planificación conjunta de un homicidio.

También se queja de la valoración de la actitud asumida por Berdejo y la calificación como coautor, porque no se probó que Guerra haya desplegado alguna de las conductas típicas de los delitos que se endilgan, ni se explica cómo se le imputa la coautoría del homicidio. Que por imperio del art. 2 CPP se lo debe absolver.

Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador opina que el recurso debe ser rechazado, porque contiene una discrepancia con las conclusiones del a quo.

Dictamina que la sentencia está fundada, que el descargo de Guerra, que lo sitúa en el lugar del hecho en una oportunidad distinta al homicidio fue descartado, y que se valoró la actitud de Berdejo, que lo sindicó por encargo de terceros, en el lugar de los hechos.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Garay. Preopinante.

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

Ello por cuanto la motivación de la sentencia es suficiente a los fines de su mantenimiento como acto jurisdiccional válido, a tenor de la jurisprudencia de este Cuerpo en el sentido que los posibles defectos de la resolución, para conllevar la extrema solución de su nulidad, deben revestir una entidad tal que equivalga a la **ausencia de fundamentos (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros)**, lo que a la luz de la revisión efectuada, no ocurre.

Así, la inferior tuvo en cuenta las pruebas rendidas –instrumental, informes, testimonios–, que fueron valoradas de conformidad con las reglas de la sana crítica racional, cuyo apartamiento la defensa invocó pero no pudo demostrar.

De este modo, no es arbitrario considerar que la existencia de rastros de los dedos meñique, pulgar, anular y medio de la mano izquierda del encartado en la puerta corrediza del living comedor de la vivienda de

las víctimas, pruebe su presencia en el lugar el día de su muerte y no con anterioridad. En este sentido, se desechó por «poco probable» (fundamentos, fs. 1633) la versión que dio la defensa para justificarla.

Esto es, que días antes del homicidio la dueña de casa lo dejó entrar al interior del inmueble, al que se acercó a averiguar porque estaba en venta, fingiendo ser sobrino de un posible comprador, lo que habría hecho por encargo de Berdejo.

El tribunal de sentencia derivó esa conclusión, esto es, la escasa probabilidad de que la víctima le haya permitido ingresar a la vivienda, de los testimonios de los vecinos, quienes dijeron no haber entrado nunca a ese domicilio, no obstante la buena relación de vecindad que mantenían, y del de la hija de los fallecidos, que aseveró que sus padres no tenían relaciones sociales porque «se cuidaban de todo», ya que «su condición no era un secreto», su ocupación estaba vinculada al narcotráfico y estaban en Argentina como ilegales, debido a que tenían una condena en Chile y querían pasar desapercibidos, circunstancias que configuran razones suficientes para justificar ese celo extremo en impedir que un desconocido entre.

Además, esa deponente dijo que la venta de la casa había sido encargada a una inmobiliaria; que no era «vox populi, para filtrar gente», o sea, para evitar el ingreso de gente extraña, como sería el caso de Guerra, careciendo incluso, por este motivo, de cartel de venta (fundamentos, fs. 1633 vta).

También se desestima que a Berdejo le hiciera falta más información sobre los habitantes de esa vivienda, lo que se infiere de los dichos de la jefa de aquél, la Sub Comisaria Arbona, en tanto expresó que los datos recabados mediante Berdejo y otros oficiales relacionados con quiénes vivían en la casa, a qué se dedicaban, sus movimientos, hacían innecesario que se le encomendara a una persona ajena a la fuerza dicha misión.

Ahora bien, de la conjunción de los elementos hasta acá referidos, puede extraerse sin esfuerzo, que no es neutro como afirma el recurrente, el indicio de la amistad comprobada entre Berdejo y Guerra, así como tampoco es arbitraria a la luz del cuadro cargoso reunido, la ponderación que hace el a quo de la contradicción de éste relativa al conocimiento que tenía –o no tenía– sobre la investigación del matrimonio ultimado, desde que primero dijo que no sabía de las investigaciones y luego reconoce que sí estaba al tanto de la causa por drogas (fundamentos, fs. 1634).

En similar dirección, el nerviosismo extremo que mostró Berdejo ante la detención de Guerra, atento a que Arbona lo describió como «[...] preocupado, asustado,[...] que no lo podía creer, que el padre de Guerra lo había llamado y le había dicho que se hiciera cargo» (fundamentos, fs. 1635 vta.), se encuentra adecuadamente evaluado por el tribunal, sin que detente el significado que pretende darle el quejoso.

Por su parte, éste propone en su recurso, una interpretación diversa a la que le da la sentenciante a las probanzas, favorable a su asistido, que encubre en definitiva sólo una discrepancia con el criterio que aquélla utilizó al juzgar, sin brindar adecuadas razones que conduzcan a la revocación de la decisión adoptada, por lo que no puede ser acogido, tal como se ha expedido con anterioridad esta Sala (L.S. 400-240, 407-155, entre otros).

Este defecto en que incurre el impugnante se verifica por ejemplo, cuando se agravia porque la inferior tiene en cuenta que Berdejo situó a Guerra en el lugar de los hechos como autor, por encargo de la policía chilena. También, al cuestionar el valor que les confiere la sentenciante, a los testimonios rendidos por Paura, Arbona, Rivera y Amaya, bajo el pretexto de que son «de oídas» (recurso, fs. 1679), lo que no constituye un argumento válido para privarlos de eficacia.

Por el contrario, soslaya el recurrente que Paura se mantuvo «invariable en sus dichos» desde las primeras instancias, y no obstante haber sido sometido a un careo, no encontrando «motivos para desacreditar su declaración», ya que no obtuvo con ella ningún ascenso o beneficio. O sea, su actitud no fue interesada.

Es más, pone de relieve la inferior que este declarante era amigo de Galdame – cuñado de Guerra– y no obstante ello, privilegió su deber, poniendo en conocimiento de manera «consistente y veraz» a la autoridad pertinente, de lo ocurrido en su presencia (fundamentos, fs. 1636 vta), resaltando que no pudo haber otro modo en que éste se hubiera enterado de lo hecho por Berdejo, si no era por medio de la familia de Guerra (fundamentos, fs. 1637).

En efecto, Paura dijo que el día de la detención de Guerra, Galdame y su esposa Pamela Guerra, le comentaron que la madre del imputado recurrente le había mencionado preocupada a Pamela que había escuchado que Berdejo y su hijo manifestaron «venimos de hacer cagar unos narcos».

Si bien la madre y demás familiares de Guerra negaron esa situación, dichos testimonios no fueron tenidos como veraces, toda vez que, además de lo apuntado en los párrafos precedentes sobre la credibilidad de Paura, fueron sus dichos los que permitieron aprehender y condenar a Berdejo, condena que ha sido confirmada por este Cuerpo con otra integración, aspecto que el a quo destaca en sus fundamentos.

Por todo ello, las fluidas comunicaciones entre Guerra y Berdejo; los llamados telefónicos que le realizó a éste el padre de Guerra la mañana que su hijo fue detenido «[...] para que se hiciera cargo», según le dijo Berdejo a Arbona, y Paura a Galdame, llamados telefónicos cuya existencia fluye de lo agregado a fs. 258, complementan el cuadro probatorio, cuya arbitraria ponderación por parte de la inferior una vez más se desestima, según surge de lo hasta acá desarrollado, resultando infructuosos los intentos del quejoso, mediante su escisión y consideración por separado, de privarlos del valor convictivo que unidos detentan.

En consecuencia, de estos obrados emerge que los extremos en los que la a quo apoya su decisión, conjuntamente apreciados según el método de unidad de la prueba, convergen sin dudas en la participación como co-autor del encartado en el homicidio investigado.

Al respecto, esta Sala reiteradamente ha dicho que tal método «[...] impone como regla la consideración de la **prueba en su conjunto**, pues muchas veces la certeza se obtiene de probanzas, que individualmente estudiadas pueden aparecer como débiles o imprecisas, pero complementadas y unidas entre sí, llevan al ánimo del juzgador la convicción acerca de la existencia de los hechos denunciados» (L.S. 393-243, 382-107, 381-233), que es lo que se ha constatado que ha sucedido en estos obrados.

Resta decir que el desfasaje temporal que invoca la defensa para desacreditar la versión acusatoria, teniendo en cuenta que aquella manifestación de la madre del encartado, sobre que su hijo y Berdejo habían «hecho cagar unos narcos» habría tenido lugar 20 o 30 días antes de su detención y en consecuencia del homicidio perpetrado, no es decisiva para privar de validez al cuadro probatorio en análisis, desde que debe interpretarse como una estimación subjetiva, aproximada, vertida coloquialmente y no de una exacta determinación de la fecha en la que habría ocurrido, tal como emerge de autos.

Por otra parte, no ha habido error en la subsunción de la plataforma fáctica elaborada en la normativa que el a quo escoge, toda vez que la ley penal no requiere que el coautor despliegue una de las conductas típicas de los delitos enrostrados, sino que tome parte en el hecho (art. 45 Cód. Penal), no siendo factible, por otra parte, la aplicación al presente del art. 2 CPP.

Ello por cuanto cuando la motivación de la sentencia resulta ajustada a derecho y no surge el estado intelectual de duda que legitimaría la absolución, por parte de los miembros del tribunal (L.S. 419-17, 397-237, 388-024, 388-062, entre otros).

Por lo tanto, y opinión concordante del señor Procurador General, corresponde confirmar la sentencia cuestionada, por no adolecer de los vicios endilgados ni de arbitrariedad alguna. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Gómez y Dr. Llorente. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JULIO R. GÓMEZ Y PEDRO J. LLORENTE adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

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

Sobre la misma cuestión, los DRES. JULIO R. GÓMEZ Y PEDRO J. LLORENTE adhieren al voto que antecede.

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

Sobre la misma cuestión, los DRES. JULIO R. GÓMEZ Y PEDRO J. LLORENTE adhieren al voto que antecede.

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

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Maximiliano Damián Guerra Gobetti.
- 2.- Tener presente las reservas federales formuladas.
- 3.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. DALMIRO F. GARAY CUELI Ministro DR. JULIO R. GOMEZ Ministro DR. PEDRO J. LLORENTE Ministro

12- ASPIAZU. 30-04-20.

| | | | | | | | | | | | | | | |
|----|-------------|----|------|-------------------------|---------|---------|----------|---------|-----------|---------|---------|-------------|---|------------|
| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 54 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
| - | Aut. | - | - | PCC IE | - | - | A | - | CI | - | - | - | - | 474 |

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200430_FcAspiazu.pdf

Lex: Art. 84, 1° párrafo, 94, 1° párrafo y 54 del CP.

Vox: Homicidio culposo. Lesiones culposas graves. Lesiones culposas leves. Concurso ideal. Acusación fiscal como límite de la jurisdicción. Imparcialidad. Legalidad.

Summa:

El **Primer Juzgado Correccional y Faltas -4° CJ** condenó a:

- a- Armendariz a la pena de **dos años de prisión en forma condicional y cinco años de inhabilitación para conducir vehículos automotores**, por el delito de homicidio culposo, lesiones culposas leves y graves en concurso ideal (art. 84, 1° párrafo, 94, 1° párrafo y 54 del C.P.), y
- b- Aspiazu a la pena de **dos años de prisión en forma condicional y cinco años de inhabilitación para conducir vehículos automotores**, por el delito de homicidio culposo y lesiones culposas leves en concurso ideal (art. 84, 1° párrafo, 94, 1° párrafo y 54 del C.P.)

Las **defensas** interponen recurso de casación. (Art. 474 del CPP)

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido por Armendariz y considera corresponde la absolución de Aspiazu.

La **SCJM** resolvió:

- a- Rechazar el recurso de casación deducido a favor del imputado Armendariz.
- b- Hacer lugar al recurso de casación deducido a favor de Aspiazu y, en su consecuencia, revocar la Sentencia y sus fundamentos, disponiendo «1.- **Absolver** en los autos N° 12.219 al imputado Francisco José Aspiazu por el delito de homicidio culposo y lesiones culposas leves (art. 84, 1° párrafo y art. 94, primer párrafo del CP)»..

Resolución cuestionada: Sentencia N° 3228, pronunciada por el Primer Juzgado Correccional y Faltas -4° CJ.

Precedentes citados

a-CSJN

La acusación fiscal constituye el límite de la actividad jurisdiccional.

- Tarifeño. (1989)
- Cattonar. (1995)
- Cáseres. (1997)
- Marcilese. (2002). Cambia el criterio.
- Mostaccio. (2004)

Parágrafos destacados.

“...Por las razones expuestas, entiendo que **la falta de mantenimiento de la acusación por parte del Procurador General respecto de F.A. genera una barrera infranqueable para el juzgador en esta instancia correspondiendo**, por ende, la **absolución** del imputado Francisco José Aspiazu por el delito de homicidio culposo y lesiones culposas leves (art. 84, 1º párrafo y art. 94, 1º párrafo del CP).

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

Fallo:

CUIJ: 13-04249731-7/1((043301-12219)) FC/ ASPIAZU FRANCISCO JOSE P/ HOMICIDIO CULPOSO Y LESIONES CULPOSAS Y ARMENDARIZ MONTEMAYOR GABRIEL OMAR P/ HOMICIDIO CULPOSO, LESIONES CULPOSAS LEVES Y GRAVES EN CONCURSO IDEAL (12219) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104320465*

En Mendoza, a los treinta días del mes de abril del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04249731-7, caratulada “F. C/ ASPIAZU, FRANCISCO JOSE P/ HOMICIDIO CULPOSO Y LESIONES LEVES CULPOSAS Y ARMENDARIZ MONTEMAYOR, GABRIEL OMAR P/ HOMICIDIO CULPOSO, LESIONES CULPOSAS LEVES Y GRAVES EN CONCURSO IDEAL S/ CASACIÓN”.

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

Las defensas técnicas de los imputados Gabriel Omar Armendariz y Francisco José Aspiazu interponen recursos de casación contra la Sentencia N° 3.228 (fs. 319) y sus fundamentos, agregados a fs. 320/331, en cuanto condena a Gabriel Omar Armendariz a la pena de dos años de prisión en forma condicional y cinco años de inhabilitación para conducir vehículos automotores, por el delito de homicidio culposo, lesiones culposas leves y graves en concurso ideal (art. 84, 1º párrafo, 94, 1º párrafo y 54 del C.P.), y a Francisco José Aspiazu a la pena de dos años de prisión en forma condicional y cinco años de inhabilitación para conducir vehículos automotores, por el delito de homicidio culposo y lesiones culposas leves en concurso ideal (art. 84, 1º párrafo, 94, 1º párrafo y 54 del C.P.), pronunciamiento dictado en la causa N° P-12.219 por el Primer Juzgado Correccional y Faltas de la Cuarta Circunscripción Judicial.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

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

I.- Sentencia recurrida

La resolución cuestionada establece, en lo que aquí interesa, que ha quedado acreditado en el debate que «[...] el día 7 de enero del 2013[...] siendo las 9:45 minutos, se toma conocimiento en Ruta 92 y calle Quintana de Colonia Las Rosas de Tunuyán Mendoza se habría producido un accidente de tránsito, en el lugar sobre Ruta 92, la cual corre de este a oeste, se observa una camioneta Ford Ranger dominio de DPA-935, sobre el costado derecho de la calzada, la cual era conducida por el señor Gabriel Armendariz como condición de marcha hacia el este, colisiona de frente con un automóvil Peugeot 504, rural familiar, dominio TVE-425, el cual era conducido por Francisco Aspiazu, quien estaba acompañado por María Astudillo, Juan Verdugo, Erica Platese, Mabel Guiñazú y Manuel Maturana. Que producto del accidente resultaron lesionados Manuel Maturana con pérdida de conocimiento y politraumatismo quien fue llevado al Hospital Central, la ciudadana Erica Platese con traumatismo facial, la señora María Astudillo

con politraumatismos excoriaciones y herida cortante en cuero cabelludo y el ciudadano Aspiazu con traumatismo de tórax, fractura de fémur derecho».

Para así decidir, el sentenciante valoró las declaraciones testimoniales de María Belén Astudillo, Erica Platese, Cristian Lucero Ferreyra, Guillermo Irrutia, Juan Antonio Díaz y Omar Acuña, fotografías agregadas a fs. 1, 2, 4, 5 y 63, informe de Policía Científica de fs. 61/64, acta de inspección ocular agregada a fs. 314 y demás elementos de juicio agregados al debate.

II.- Recurso de casación interpuesto en favor de Francisco José Aspiazu.

La defensa del imputado Francisco José Aspiazu basa su impugnación a tenor de lo dispuesto por el art. 474, incisos 1 y 2 del CPP, por entender que existen vicios in iudicando y vicios in procedendo en la resolución que cuestiona.

El censurante cuestiona en primer término, el razonamiento desplegado por el juez de sentencia en sus fundamentos para considerar que la velocidad desarrollada por Aspiazu en el momento del impacto era excesiva.

Critica en este sentido, que el juez sentenciante para llegar a tal conclusión meritó los daños que se evidencian en las fotográficas, las que consideró muy gráficas, y la experiencia que le indicaba que – de acuerdo a los daños– los vehículos no circulaban a la velocidad permitida.

Sostiene que desde la ciencia física existe una posibilidad cierta de calcular las velocidades de circulación, a partir del peso de los rodados y las deformaciones sufridas por los vehículos a partir de la fuerza del impacto.

Refiere que este cálculo de la energía cinética no fue ni siquiera esbozado por el juez, quien estableció «a ojo de buen cubero» la certeza convictiva de que Aspiazu habría podido evitar el accidente si hubiera circulado a velocidad inferior.

Solicita a tal fin, que se tenga presente que el automóvil Peugeot 504, modelo 1982, cargado con cinco personas y en subida hacia Vista Flores, se detuvo 200 metros antes del lugar de impacto para dejar un pasajero, por lo cual en ese trayecto es imposible o poco probable que haya desarrollado la velocidad excesiva que le atribuye el sentenciante.

Sostiene en este sentido, que el solo ruido de un esforzado motor modelo 1982, en tercera marcha, a exceso de velocidad, hubiera llevado a los testigos a afirmar que la velocidad del automotor parecía excesiva, lo que no aconteció en el presente caso, donde los testigos dijeron que la velocidad era normal o no parecía excesiva.

El segundo agravio se dirige a cuestionar la forma arbitraria en que se determinó la calificación de la zona del impacto como urbana. Alega en este sentido, que la calificación se realizó en base a una inspección ocular del lugar y la cantidad de casas existentes, realizada cuatro años después, ello en desmedro de la pericia realizada por Policía Científica quien determinó que la zona es rural o semiurbana.

Sostiene el recurrente, que la calificación de zona urbana a los fines de la ley provincial de tránsito no puede ser determinada en forma discrecional por el juez, ya que ello supondría violentar el principio de separación de poderes y el principio de legalidad.

Entiende que la referida ley provincial define a zona urbana como «área geográfica cuyos límites, para los efectos de esta ley, deben estar determinados y señalizados por las municipalidades».

Es decir, que si no existe una señalización municipal específica, la zona se presume rural o «no urbana» (conf. Anexo I, Ley 6082).

En definitiva, entiende que el vicio interpretativo se configura porque en ningún lugar de la sentencia se explicita cuál era la velocidad permitida en el lugar del impacto al momento del accidente.

En tercer orden, señala el recurrente una contradicción en los fundamentos del juez de grado, en tanto deja entrever que si la velocidad de circulación de los vehículos hubiera sido inferior a 40 km/h, los daños que ellos develan hubieran sido menores, de lo que se infiere de haber sido menor la velocidad desarrollada, la colisión también se hubiera producido, con lo cual se advertiría que la velocidad desarrollada por Aspiazu no sería la causante del accidente, sino la maniobra temeraria de Armendariz. Con relación a la zona rural o urbana, los quejosos hacen una estimación que si se tratara de zona rural, la velocidad límite en ruta provincial sería de 100 km/h y la velocidad mínima de 50 km/h, con lo cual el rodado de Aspiazu, no podría circular a una velocidad menor que ésta, que sería sin duda mayor a la que el tribunal considera como exceso de velocidad.

Ello trae como corolario que si la velocidad mínima es de 50 km/h, nunca el imputado podría haber efectuado como maniobra prudente el detener su vehículo en la cinta asfáltica.

Por otro lado considera que todas las violaciones a la Ley de Tránsito 6082, determinantes del siniestro, las efectuó Armendariz por conducir en contramano, lo que configuraría una conducta temeraria. Señala que, siguiendo a Jakobs, Aspiazu cumplió el rol asignado dentro del ámbito del riesgo permitido, y tenía derecho a esperar que los demás también lo hicieran, como consecuencia del principio de confianza.

De manera que quien se movió dentro del ámbito de riesgo prohibido, violando el principio de confianza, es quien ingresó a exceso de velocidad en una ruta provincial y en contramano, conducta que no resulta previsible para los demás, siendo responsable de la causación del resultado dañoso.

Como tercer agravio vuelve hacer un análisis de las manifestaciones de los testigos, alegando al respecto que el a quo realizó una valoración antojadiza, arbitraria y alejada de la interpretación normal. Respecto de Aspiazu destaca la falta de valoración de su manifestación acerca que no debe haber ido a más de 40 km/h, porque la caja de cambios del automóvil quedó bloqueada en tercera marcha. Indica que la mayoría de los testigos dijeron que no sabían a la velocidad que transitaba Aspiazu y, ante preguntas de la investigación, respondieron estimativamente, pero sus repuestas fueron o que no sabían o que se conducían a velocidad normal.

Señala además que los testigos han afirmado que Aspiazu no tuvo tiempo a nada, y la sentencia interpretaría que la negligencia de éste consistiría en no haber detenido la marcha del vehículo en una ruta provincial de fluido tráfico.

Ello significaría que la sentencia indicaría que todos debemos transitar por las rutas provinciales con extremo cuidado, porque puede aparecer un temerario en contramano y a exceso de velocidad. Ante esa posibilidad se debería, previo constatar por el retrovisor que no viene nadie, frenar en medio de la ruta para darle paso a un conductor suicida.

Agrega que el razonamiento sentencial es arbitrario al determinar que Aspiazu pudo evitar la colisión, en tanto no podía evadirse hacia la derecha, por la banquina, porque había autos estacionados.

Así, no habría podido frenar porque se acercaba a gran velocidad la camioneta, e hizo lo único que podía hacer, esto es la maniobra evasiva hacia el carril de circulación contrario, al tiempo que la camioneta hizo lo mismo.

En otro orden de ideas, entiende que la pena aplicada al imputado Aspiazu no cumple con el principio de proporcionalidad. Ello en tanto se lo condena con la misma pena al conductor Armendariz que verifica una responsabilidad penal mayor que a Aspiazu.

Éste, a criterio de la defensa se movió dentro de las reglas del tránsito para la zona, indicando que no asume de ninguna manera la culpabilidad de Aspiazu, sino que es otra crítica a la falta de razonabilidad y proporcionalidad de la sentencia que resultaría claramente discriminatoria.

De acuerdo a lo expuesto, solicita se case la sentencia cuestionada y se disponga la absolución del imputado Francisco José Aspiazu.

Formula reserva del caso federal.

III.- Recurso de casación interpuesto en favor de Gabriel Omar Armendariz

El defensor del imputado Gabriel Omar Armendariz promueve su impugnación a tenor de lo dispuesto por el art. 474, incisos 1° del C.P.P., por considerar que existen vicios in iudicando en la resolución que cuestiona, es decir, por la inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva.

Se agravia por entender que, de la simple lectura de los fundamentos, se advierte la total inexistencia de tratamiento de la prueba aportada por su asistido.

Afirma que el a quo en sus fundamentos puso énfasis en los dichos de los testigos que iban dentro del auto de Aspiazu, y dos testigos circunstanciales, Irrutia y Ferreyra, cuyas contradicciones harían dudar si realmente estuvieron en el lugar en el momento de la colisión.

Destaca que todos estos testigos fueron aportados por el imputado Aspiazu, omitiendo toda consideración al testigo presentado por su defendido que se presenta coherente en su relato y se identifica absolutamente con la pericia policial y de parte.

Alega que las testimoniales en las que el a quo baso la responsabilidad de su asistido son contradictorias. Sin embargo, el juez de sentencia infiere de estos testimonios el posible tránsito en contramano, la velocidad desarrollada por su asistido, la dirección de marcha, el ingreso a la Ruta 92, las maniobras previas al impacto, entre otras circunstancias, descartando el sentenciante la pericia de su parte aportada a fs. 182/189, so pretexto de falta de valor científico.

Ello, por cuanto entendió que el perito se habría basado en prueba testimonial y en la pericia de Policía Científica. Sostiene el recurrente que el valor científico de la pericia está dada por la presencia del perito en el lugar de los hechos –reconociendo que ello ocurrió un tiempo después–, las fotografías del lugar del hecho y de los daños ocasionados.

Entiende el quejoso, que estos elementos le permitieron al perito arribar a conclusiones indubitables con valor científico, lo que habría sido desconocido por el sentenciante. En virtud de lo expuesto, solicita se case el decisorio impugnado, resolviendo de acuerdo a la ley y la doctrina aplicable.

IV.- Dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador General luego de reseñar los agravios esgrimidos por las defensas de los imputados Francisco Aspiazu y Gabriel Armendariz, propicia soluciones distintas para ambos recursos.

En primer lugar, y en relación a los agravios vinculados a los fundamentos que dieron sustento a la responsabilidad de Gabriel Armendariz en los hechos que se le atribuyen, entiende que las críticas efectuadas por el censurante son infundadas y corresponde rechazar la pretensión casatoria.

En este sentido, sostiene que la crítica dirigida a las declaraciones de los testigos que se transportaban en el vehículo que conducía Aspiazu, no pueden ser de recibo en tanto éstos no son testigos de Aspiazu, sino pasajeros ocasionales del servicio de remis no autorizado que desarrollaba el imputado y, por lo tanto, deben ser considerados como imparciales.

Aclara que el juez de sentencia valoró adecuadamente las contradicciones de los demás testigos referidos por la defensa.

Señala que estos testigos fueron contestes al expresar que la camioneta manejada por Armendariz venía con exceso de velocidad por la banquina desde la estación de servicio y que ingresó a la ruta en contramano por decenas de metros.

Ello se evidencia por los dichos de los testigos que se transportaban en el vehículo que conducía Aspiazu, quienes indicaron que «veían que [la camioneta] se les venía encima».

En relación a la omisa consideración por parte del a quo de la pericia de parte, sostiene que el sentenciante brindó suficientes razones para desvirtuar este elemento de juicio.

En tal sentido, destaca que el juez de la instancia anterior señaló claramente que la referida pericia de parte carecía de valor probatorio, en tanto las conclusiones a las que arribó el perito se apoyan en la valoración subjetiva de los relatos que obran en el expediente.

Señala que el sentenciante entendió que esta función no le compete al perito, quien debe ceñirse a las consideraciones estrictamente técnicas, sin contaminaciones de los dichos de los peritos.

Agrega que el juez a quo también consideró que no se trataba de una pericia original, ya que utiliza como base para el dictamen la pericia realizada por Criminalística de la Policía, sin ningún contacto inmediato con los elementos de prueba, lo que también le resta valor científico.

Por tal razón, entiende que estas razones justifican la omisión de valorar la pericia por parte del sentenciante.

De tal manera, estima que corresponde rechazar el recurso de casación intentado por la defensa de Gabriel Armendariz.

Con relación al recurso interpuesto a favor de Francisco Aspiazu propicia una solución diferente, por cuanto considera que corresponde hacerle lugar.

En primer orden, entiende que no se ha podido determinar la velocidad en que se desplazaba en el momento del impacto el vehículo que conducía Aspiazu.

Ello por entender que tal extremo sólo se puede determinar a través de una pericia, elementos de juicio que no se ha incorporado en las presentes actuaciones.

Por otro lado, destaca que los distintos testigos no pudieron determinar con precisión la velocidad en que se desplazaba Aspiazu. Sin embargo, ninguno refirió que éste se desplazara a gran velocidad. Además, indica que la mayoría de los testigos fueron contestes al sostener que la camioneta conducida por Armendariz ingresó a la ruta en contramano y a exceso de velocidad.

En otro orden, sostiene que tampoco se pudo determinar la zona como rural o urbana, en tanto la medida de inspección realizada por el juez sentenciante no es la que determina si la zona es rural o urbana por la observación de la cantidad de casas o escuela, sino la señalización efectuada por la autoridad administrativa vial respecto del tramo en cuestión.

Agrega que la pericia criminalística tampoco esclarece el tema porque da cuenta de una zona suburbana, con lo cual no expresa si debe comprenderse que la zona es urbana o rural, en tanto en la ley 6.080 no existen límites de velocidad para zona suburbana.

No obstante lo analizado, entiende que estas consideraciones **no son dirimentes para establecer la responsabilidad de Aspiazu** en los hechos que se le atribuyen.

En este sentido, sostiene que si bien el juez de la instancia anterior le atribuye a Aspiazu como conducta negligente el desplazarse a exceso de velocidad, concuerda con la postura de la defensa, en tanto entiende que a partir de la teoría de la imputación objetiva se puede determinar que la conducta de Aspiazu no fue causante del resultado final.

Es decir que, aun cuando excediera mínimamente la velocidad, transitaba por la vía de circulación correspondiente, cumpliendo su rol dentro del ámbito de riesgo permitido y tenía derecho a esperar que los demás conductores hicieran lo mismo sobre la base del principio de confianza.

Aclara que, aunque Aspiazu hubiese detenido su marcha ante la conducta imprudente de Armendariz, ello no garantizaba que la camioneta que venía a gran velocidad y en contramano no lo hubiese colisionado igualmente. Concluye que Aspiazu se ha movido dentro del ámbito del riesgo permitido, y que Armendariz fue quien lo hizo dentro del ámbito del riesgo prohibido, violando de manera intempestiva y temeraria el principio de confianza.

Por las razones expuestas, entiende que corresponde hacer lugar al recurso interpuesto por la defensa de Francisco Aspiazu y, por ende, disponer la absolución del imputado Francisco José Aspiazu en orden a los delitos de homicidio culposo y lesiones culposas leves en concurso ideal (art. 84, 1º párrafo y art. 94, 1º párrafo del CP).

V.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

a) Consideraciones sobre el recurso presentado a favor de Francisco José Aspiazu

Preliminarmente, cabe destacar que el señor Procurador General ante esta Corte ha dictaminado en sentido favorable al recurso de la defensa de Francisco José Aspiazu, por cuanto entendió que la sentencia dictada por el a quo no se encontraba fundada y motivada conforme lo exigen las normas procesales, como así también, no se había acreditado con la certeza procesal propia de esta etapa procesal la responsabilidad de Aspiazu en los hechos que se les atribuía.

De este modo, siendo éste el titular de la acción penal, la hipótesis acusatoria en virtud de la cual el sentenciante condenó a Francisco Aspiazu **no puede ser mantenida debido a la falta acusación fiscal** que la sustente en esta instancia.

Esta conclusión deriva de la aplicación de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre el principio dispositivo de la acción penal, de modo tal de asegurar la garantía de defensa en juicio a partir de un deslinde concreto de las funciones de acusación y jurisdicción.

En ese sentido, la doctrina del Máximo Tribunal a partir del **precedente «Tarifeño» (1989)**, estableció que «en materia criminal la garantía consagrada por el art. 18 CN. exige la observancia de las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia dictada por los jueces naturales (Fallos 125:10; 127:36; 189:34, 308:1557, entre muchos otros)».

Esta posición se mantuvo firme en «**Cattonar» (1995)** y «**Cáseres» (1997)**, para ser modificada en «**Marcilese» (2002)**. Luego de ello, con la nueva conformación del tribunal, se retomó la postura antes reseñada en «**Mostaccio» (2004)**, donde la mayoría del tribunal se remitió a lo dicho en «Tarifeño», y asumió nuevamente que la acusación fiscal constituye el límite de la actividad jurisdiccional, doctrina que se ha mantenido hasta el momento.

De este modo, siendo el Procurador el titular del Ministerio Público, y por ende de la acción penal pública, la solución que propicia en estos obrados constituye un imperativo para este Tribunal. Una solución contraria implicaría desconocer no sólo el principio acusatorio, sino el principio de unidad del Ministerio Público en su actuación, pues prevalecería la postura sostenida por el fiscal del juicio por sobre la del Procurador General.

Por las razones expuestas, entiendo que **la falta de mantenimiento de la acusación por parte del Procurador General respecto de Francisco Aspiazu genera una barrera infranqueable para el juzgador en esta instancia correspondiendo**, por ende, la **absolución** del imputado Francisco José Aspiazu por el delito de homicidio culposo y lesiones culposas leves (art. 84, 1º párrafo y art. 94, 1º párrafo del CP).

b) Respecto del recurso presentado a favor de Gabriel Omar Armendariz.

En relación a los agravios esgrimidos por la defensa de Gabriel Omar Armendariz, adelanto mi posición en el sentido que **no corresponde hacer lugar a la presentación recursiva** y, en consecuencia, debe confirmarse la sentencia cuestionada a su respecto.

En efecto, la defensa cuestiona los fundamentos brindados por el a quo en tanto funda la responsabilidad de su asistido en la declaración de testigos que eran transportados por el imputado Aspiazu al momento del accidente y que fueron aportados como prueba por éste, como así también, en los testimonios brindados por Irrutia y Ferreyra.

Se agravia por entender que resultan contradictorios los dichos de los testigos en cuanto a las distintas circunstancias en que se desarrollaron los hechos, tales como el tránsito a contramano, las maniobras previas al impacto, la velocidad desarrollada y el ingreso a la Ruta 92.

Entiendo que los agravios esgrimidos en este sentido no pueden prosperar, no sólo porque el recurrente no explica en qué consistieron las contradicciones de los testigos, ni su impacto en la parte resolutive, sino principalmente porque, tal como se desprende del dictum cuestionado, el sentenciante al valorar la responsabilidad de Armendariz ponderó adecuadamente las distintas declaraciones testimoniales.

En este sentido, cabe advertir que las contradicciones de los referidos testigos fueron principalmente en relación a la conducta asumida por Aspiazu en el evento dañoso, siendo coincidentes en relación a la conducta desplegada por Armendariz, en tanto ingresó a contramano en la Ruta 92 donde se produjo el impacto.

Al respecto, destacó el a quo que «[e]s importante destacar que a excepción del testigo Acuña, el resto de los testigos, inclusive el coimputado Aspiazu dan sustento a esta mecánica del accidente en los que respecta al ahora condenado Armendariz [...]» (fundamentos de fs. 329).

No obstante ello, advierto que la defensa dirige principalmente su agravio a la decisión del a quo de no valorar la pericia aportada por esa parte. Entiendo que tampoco puede tener acogida favorable el agravio esgrimido en este sentido, en tanto el juzgador dio suficientes razones para considerar que la pericia de parte no revestía valor científico.

Al respecto, entendió el sentenciante que el perito «[...] no tiene contacto inmediato con los elementos de prueba, llámese los rodados que protagonizaron el accidente como así también el lugar de impacto y arriba a su postura teniendo como base la pericia o informe de Policía Científica, pero además llega a conclusiones de acuerdo a lo relatado por los testigos [...]». De este modo, el a quo destacó que el perito se ubica en el papel de decisor lo que es absolutamente improcedente (fundamentos de fs. 330).

A ello debe sumarse, que la pericia fue realizada en el mes de febrero del año 2015, es decir, dos años después de acontecido el hecho, por lo que tal circunstancia –según entiendo– es un elemento más para desvirtuar la inspección realizada por el perito en el lugar del hecho. Por otro lado, la defensa tampoco explica de qué manera las conclusiones a las que arribó el perito desvirtúan el razonamiento del a quo al fundar la responsabilidad de Armendariz en el hecho objeto del proceso.

Por ello, entiendo que debe confirmarse la sentencia pues no se advierten los vicios que señala el recurrente.

Asimismo se advierte que la motivación es suficiente para mantener el dictum como acto jurisdiccional válido, desde que no adolece de falencias que impliquen su anulación, a tenor de la jurisprudencia reiterada de esta Sala que ha establecido que, para que los defectos en la fundamentación conlleven tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177), lo que en la especie no ocurre.

Por las razones expuestas, y en concordancia con el señor Procurador, entiendo que en relación al imputado Francisco Aspiazu corresponde responder afirmativamente la primera cuestión y, en su consecuencia, casar el punto I de la Sentencia N° 3.228, en cuanto condena al imputado Aspiazu a la pena de dos años de prisión en forma condicional por el delito de homicidio culposo y lesiones culposas leves (arts. 84, primer párrafo y 94 primer párrafo del CP), debiendo disponer la absolución del imputado. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio y Dr. Palermo. Adhieren.

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado de la votación anterior, corresponde casar la resolución impugnada en relación al imputado Francisco José Aspiazu y, en

su consecuencia, revocar el resolutivo I de la Sentencia N° 3.228 y sus fundamentos de fs. 320/331 en la parte correspondiente, disponiendo «1.- Absolver en los autos N° 12.219 al imputado José Francisco Aspiazu por el delito de homicidio culposo y lesiones culposas leves (art. 84, 1° párrafo y art. 94, primer párrafo del CP)».

En relación al imputado Gabriel Omar Armendariz corresponde confirmar la sentencia N° 3.228 en cuanto condena al imputado por el delito de homicidio culposo, lesiones culposas leves y graves en concurso ideal (art. 84, 1° párrafo, 94, 1° párrafo y 54 del C.P.) a la pena de dos años de prisión en forma condicional y cinco años de inhabilitación para conducir vehículos automotores. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

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

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

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

1.- Hacer lugar al recurso de casación deducido a favor de Francisco José Aspiazu y, en su consecuencia, revocar la Sentencia N° 3.228 y sus fundamentos de fs. 320/331 en la parte correspondiente, disponiendo «1.- Absolver en los autos N° 12.219 al imputado Francisco José Aspiazu por el delito de homicidio culposo y lesiones culposas leves (art. 84, 1° párrafo y art. 94, primer párrafo del CP)».

2.- Rechazar el recurso de casación deducido a favor del imputado Gabriel Omar Armendariz y, en consecuencia, confirmar la sentencia N° 3.228 dictada por el Primer Juzgado Correccional y Faltas de la Cuarta Circunscripción Judicial, en cuanto condena a Gabriel Omar Armendariz a la pena de dos años de prisión en forma condicional y cinco años de inhabilitación para conducir vehículos automotores, por el delito de homicidio culposo, lesiones culposas leves y graves en concurso ideal (art. 84, 1° párrafo, 94, 1° párrafo y 54 del C.P.).

3.- Imponer las costas por su orden y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.

4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen a sus efectos.

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

13- MORALES NIEVAS. 22-05-20. (JJ)

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200522_FyQcMorales.pdf

Lex: Art. 80, inc. 7°, 55, 166, inc. 2°, 1° párrafo, 1° supuesto del CP. Ley 9106.

Vox: Homicidio. Criminis causa. Concurso real. Robo agravado. Arma impropia. Juicio por Jurados. Instrucciones. Veredicto. Prisión perpetua.

Summa:

El **TPC** impuso al señalado la **pena de prisión perpetua** luego de la realización del juicio por jurados populares previsto por la ley 9.106, por la cual se condenó como coautor penalmente responsable del delito de homicidio criminis causa en concurso real con robo agravado por el uso de arma (arts. 80, inc. 7, 55, 166, inc. 2°, primer párrafo, primer supuesto del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 del CPP)

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

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 742, pronunciada por el TPC N° 1- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Peteán Pocoví. 07-02-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=276>

b-CSJN

- Casal

<https://sj.csjn.gov.ar/homeSJ/notas/nota/49/documento>

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

Fallo:

CUIJ: 13-04848593-0/1((018601-2115)) F.Y QUERELLANTE C/ MORALES NIEVAS MARCOS JONATHAN Y OROZCO ESPEJO EZEQUIEL LUCAS P/ HOMICIDIOS CALIFICADOS (2115) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104930960*

En Mendoza, a los veintidós días del mes de mayo del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04848593-0/1, caratulada “FYQUERELLANTE C/ MORALES NIEVAS MARCOS JONATHAN Y OROZCO ESPEJO EZEQUIEL LUCAS P/ HOMICIDIOS CALIFICADOS (2115) P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN”.

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

A fs. 1038/1048 la defensa de Marcos Jonathan Morales Nieves formula recurso de casación contra la Sentencia N° 742 pronunciada por el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial, luego de la realización del juicio por jurados populares previsto por la ley 9.106, por la cual se condenó a su representado a la pena de prisión perpetua como coautor penalmente responsable del delito de homicidio criminis causa en concurso real con robo agravado por el uso de arma (arts. 80, inc. 7, 55, 166, inc. 2°, primer párrafo, primer supuesto del CP).

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

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

1.- Sentencia recurrida

La decisión impugnada condenó a Marcos Jonathan Morales Nieves a la pena de prisión perpetua a raíz de que el jurado popular encontró al acusado culpable de los hechos que se le atribuían: Conforme el requerimiento de la acusación, el hecho imputado consistió en «que el día cuatro de enero de dos mil dieciocho, en horario comprendido entre las veinte horas y las tres de la madrugada del día siguiente cinco de enero de dos mil dieciocho, Ezequiel Lucas Orozco y Marcos Jonathan Morales, ingresaron al domicilio de la víctima, José Federico Álvarez Hormazabal, sito en calle Roque Sáez Peña, entre calle Tabanera y Miralles de Colonia Segovia, donde Ezequiel Orozco le quitó la vida a Álvarez golpeándolo con un elemento contundente en rostro y cráneo, ocasionándole la muerte, con la finalidad de sustraerle sus pertenencias, un automóvil Volkswagen Gol color gris, dominio BMX-950, un celular marca Nokia Lumia 635, una netbook y una carabina calibre 22 de propiedad de la víctima, dándose ambos a la fuga del lugar en el vehículo sustraído». La Sentencia N° 742, obrante a fs. 1015/1033, da cuenta de las instrucciones generales impartidas al jurado, de las instrucciones finales que se proporcionaron una vez clausurado el debate, del veredicto unánime y de la individualización de pena efectuada por el juez técnico.

2.- Recurso de casación

La defensa construye su impugnación con base en una estrategia argumentativa que se erige con base en tres agravios.

i.- Arbitrariedad del veredicto

El recurrente advierte que el veredicto de culpabilidad se habría apartado de modo manifiesto de la prueba producida en el debate y de las instrucciones brindadas por el juez técnico, en particular, de las declaraciones testimoniales rendidas a lo largo del juicio que reafirmaron y sustentaron la hipótesis defensiva. De este modo, al incurrir el jurado en un absurdo lógico, la sentencia devendría arbitraria.

ii.- Arbitrariedad en el dictado de las instrucciones

La defensa considera que las instrucciones fueron confeccionadas y dictadas de manera arbitraria.

Ello en tanto, no se habría explicado debidamente el concepto de estancamiento del jurado, siendo este compelido a alcanzar un veredicto.

iii.- Contaminación del jurado

Por último, se critica que el jurado habría sido contaminado por la fiscalía, toda vez que, ante la falta de prueba directa del crimen y a través de expresiones verbales durante el debate, se incorporaron los antecedentes de la intervención del imputado en el homicidio de Sebastián Prado.

3.- Dictamen del señor Procurador General

En su dictamen, el titular del Ministerio Público Fiscal considera que el recurso procede desde el punto de vista formal, pero que debe ser rechazado en el fondo.

En este sentido, en primer lugar, sostiene que en autos se ha dado acabado cumplimiento al procedimiento dispuesto en la Ley N° 9106 que regula el juicio por jurado popular.

Contrariamente a las pretensiones del recurrente, se advierte que en las instrucciones finales se dejó en claro que el veredicto debía ser unánime, pero solo si este era producto de la deliberación y la toma de postura personal de cada uno de los miembros del jurado.

En segundo lugar, valida la prueba producida durante el debate y, de este modo, contesta el agravio relativo a la posible arbitrariedad del veredicto al apartarse del plexo probatorio.

Ello en tanto, después de analizar la prueba presentada de conformidad con las instrucciones impartidas, el jurado entendió que de acuerdo con la mecánica de los hechos el imputado debía ser considerado coautor de los delitos de homicidio criminis causae y robo con arma.

Finalmente, el Procurador General refuta el tercer tramo del recurso defensivo al señalar que el juez técnico fue claro al instruir al jurado para que evaluara únicamente la evidencia que se produjera en el juicio, tales como declaraciones de testigos, peritos o del imputado y las cosas materiales, elementos o documentos exhibidos.

De modo que el dato objetado no pudo haber incidido en el veredicto de culpabilidad emitido por el jurado.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Puesto a resolver la cuestión en tratamiento, adelanto que –con base en los motivos que expondré a continuación– a mi entender corresponde rechazar el recurso de casación formulado por la defensa de Morales Nievas y confirmar el veredicto de culpabilidad al que arribó el jurado popular interviniente, así como la sentencia pronunciada por el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial.

Instrucciones

i.- Verificar un erróneo diseño de las instrucciones dictadas al jurado se vuelve crucial para la defensa en tanto de él se derivaría la arbitrariedad del veredicto.

En esta línea, el recurrente realiza una crítica doble que ataca la idoneidad de la prueba producida en el debate para determinar la intervención de Morales en los hechos imputados –existiría una duda razonable– y, subsidiariamente la calificación de su comportamiento en grado de coautoría –sería una participación secundaria–.

i.a. En relación con la primera, relativa al **valor de la prueba** producida en el debate y su aptitud para fundamentar un veredicto de culpabilidad, entiendo que no le asiste razón al recurrente.

En abstracto, porque en su planteamiento se advierte una crítica difusa que no hace más que demostrar una mera discrepancia con el veredicto de culpabilidad.

En concreto, ya que las objeciones formuladas individualmente a los elementos de convicción no resisten un análisis riguroso a la luz del sentido global del plexo probatorio.

El recurrente inicia su argumentación poniendo en duda que el testimonio de Lucas Orozco, el cual vincula a Jonathan Morales con la comisión de los delitos imputados, sea lo suficientemente creíble como para convertirse en una de las pruebas centrales sobre las que la acusación construye su caso.

Sin embargo, esta crítica no es precisada en momento alguno del escrito, no bastando para ser tomada en serio como agravio nulificante, el hecho de que Damián Orozco haya declarado que la carabina 22 sustraída al occiso se encontraba en su vivienda bajo custodia de su hermano Claudio Orozco.

Es que la defensa omite explicar por qué no debería de creérsele a Lucas Orozco y sí a su hermano, Damián Orozco. La anterior crítica al planteo defensivo, según entiendo, también afecta al tramo de su argumentación relativo al testimonio de María de Los Ángeles Quiroga, el cual no es debidamente apuntalado en relación a su credibilidad o cómo sus dichos harían decaer la credibilidad de Lucas Orozco o la imputación de responsabilidad para con Jonathan Morales con base en el resto del plexo probatorio. En otro orden de ideas, la defensa concentra sus esfuerzos en cuestionar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se ejecutaron los hechos imputados.

Sin embargo, al emprender esta tarea no considera dos cuestiones que estimo esenciales.

Una, que previo a todo se llevó a cabo un acuerdo probatorio sobre la arquitectura del hecho, con el fin de que el juicio versara únicamente sobre aspectos discutidos relativos a la imputación, que contradice el planteamiento ahora propuesto (véase f. 1018).

Dos, que aún en el caso de que por un momento se acusara recibo de la crítica, y se pusieran en tela de juicio los extremos del hecho que cuestiona la defensa, estos, de igual modo, no harían mella ni en la calificación de los hechos ni en su atribución al comportamiento del imputado.

Así, la defensa es autocontradictoria en su planteamiento, pero, aun cuando se obviase esto, tampoco brinda razones sobre cómo una modificación en el horario –que no es esencial– y en la causa de muerte –en lugar de un golpe, un disparo de arma de fuego– repercutiría sobre el juicio de culpabilidad llevado a cabo por el jurado.

Es que el plexo probatorio que habla a favor de la intervención de Jonathan Morales en el robo y muerte imputados supera con mucho aquellas circunstancias.

Como ya dije en «**Peteán Pocoví**», ha de armonizarse la manera en que se realiza la revisión del veredicto del jurado popular, en tanto decisorio colectivo derivado de la tradición jurídica anglosajona, con el alcance dado por el **precedente «Casal»** al recurso de casación en el marco de nuestro sistema procesal.

Y al emprender esta tarea en el caso sometido a decisión, advierto que el iter lógico que guía la formación del acuerdo unánime que sostiene el veredicto de culpabilidad se basa en prueba válidamente incorporada al proceso y con la fuerza suficiente para sostener la hipótesis acusatoria.

Por ello, también debe descartarse el ataque contra el valor de los testimonios del Oficial Principal Marcelo Rosalez y el Oficial Ayudante José Luis Funes Oche. Ello en tanto, si bien es cierto que se trata de personal perteneciente a Policía Científica sin conocimientos médicos, no es menos cierto que su testimonio versó sobre la inspección externa del cuerpo de la víctima.

Todo lo cual, no implica que su valor sea nulo al ser puesto en relación con el informe realizado por el Cuerpo Médico Forense ni que, a la inversa, esta última prueba sea la decisiva en relación con la causa de muerte.

Con todo, como dije anteriormente, si se realizara un experimento mental y se modificara la causa de muerte, ello no haría decaer el reproche de responsabilidad para con Morales Nievas.

Así, considero que el veredicto de culpabilidad emitido por el jurado popular no aparece como arbitrario, pues este no se apartó en ningún momento de la prueba producida, así como de las instrucciones que orientaron su labor en orden a su correcta interpretación.

En relación con las instrucciones y la prueba que fundamenta el veredicto de culpabilidad, vale decir que ambas respetaron los lineamientos establecidos en «**Peteán Pocoví**»: las primeras fueron impartidas de forma clara y anticiparon los problemas en el ámbito de valoración de la prueba que pudieron suscitarse para el jurado y, las segundas, se mostraron como idóneas en el plano cualitativo como cuantitativo.

Vale recordar que, por un lado, la idoneidad cualitativa de una prueba hace referencia a la aptitud de un determinado elemento de convicción para sustentar una afirmación de forma lógica y de acuerdo con los principios y garantías constitucionales.

Así, una prueba puede ser válida cuando cumpla con estos requisitos o, a la inversa, inválida si no los respeta. Mientras que, por otro lado, la idoneidad cuantitativa de una prueba presupone su aptitud cualitativa y tiene que ver con la gradación de su fuerza para sostener la existencia de un hecho o de alguno de sus extremos.

Así, puede haber pruebas válidas con más peso en relación con aquello que se proponen acreditar y pruebas con menos peso, las cuales, aun así, mantienen su validez y, de la mano de otros elementos, pueden coadyuvar a sostener una determinada afirmación.

En definitiva, en relación con este agravio, puede afirmarse en esta instancia que las personas llamadas a integrar el jurado emitieron sus opiniones personales por unanimidad, derivando en un veredicto positivo sobre la culpabilidad del acusado en relación con los hechos imputados; todo ello, de acuerdo a su íntima convicción y en un estricto respeto a las leyes vigentes.

i.b. Dicho esto, corresponde ahora descartar la crítica defensiva relativa al grado de intervención de Morales en el hecho imputado: el jurado consideró culpable al acusado como coautor de los hechos atribuidos, mientras que la defensa solicita una participación secundaria.

Este planteamiento, que no puede entenderse sino de manera subsidiaria al anterior presenta ya, ab initio, un déficit estructural en los hechos y el derecho que lo fundamenta.

En efecto, el recurrente se limita a argumentar su punto de vista –una intervención en grado de participación secundaria o complicidad de Morales– únicamente en dos párrafos, si se sustraen de su exposición las menciones al derecho positivo, la doctrina y las instrucciones impartidas por el juez técnico.

Pero aun dejando de lado, de momento, esta argumentación, las ideas contenidas en los párrafos de f. 1045 vta. no alcanzan a conseguir lo que se proponen.

Es que la arquitectura del hecho apreciado por los miembros del jurado popular, derivada de la prueba rendida ante él en sede de debate, no permite fundamentar razonadamente que la intervención de Morales en la configuración del injusto de homicidio y robo haya presentado un grado de accesoriedad tal que deba ser considerado de participación secundaria.

La dinámica de los hechos demuestra que existió una obra común, con división de tareas, en la que Morales y Orozco dirigieron objetivamente su comportamiento a la realización de un robo con arma y un homicidio *criminis causae*.

La esencia de la coautoría, en tanto estructura de imputación en los casos de pluralidad de intervinientes, consiste en la imputación recíproca de las aportaciones.

Es decir, lo que hace uno de los coautores se le imputa al otro y viceversa, con la única limitación del exceso del interviniente, el cual, en principio, corre a cuenta únicamente de quien es competente por él.

Por esto, en el caso de autos, no advierto que haya existido un salto irrazonable en el iter lógico precedente al silogismo del jurado, pues la prueba rendida verifica un golpe fulminante ejecutado por Orozco que terminó con la vida de Álvarez, el cual se insertó en un contexto de obrar colectivo junto con Morales, procurando ambos su impunidad. Todo lo cual, a su vez, no corresponde interpretar como un exceso del interviniente.

En suma, considero que estos argumentos son lo suficientemente convincentes para descartar de plano este primer tramo del recurso defensivo, tanto en lo que hace a la aptitud de la prueba para fundamentar un veredicto de culpabilidad, como en lo relativo a la corrección de la calificación del grado de intervención dada a la conducta de Morales.

Arbitrariedad en el dictado de las instrucciones

ii.- En el segundo momento del desarrollo de su crítica, el recurrente insiste sobre la arbitrariedad en el dictado de las instrucciones.

Específicamente, objeta que no se explicó debidamente, ni consta en las instrucciones escritas el concepto de estancamiento del jurado y lo que implica el mismo, induciendo erróneamente a sus miembros a pensar que están obligados a arribar a un veredicto.

Este intento tiene el mismo objetivo que el anterior: hacer caer la validez del silogismo del jurado en tanto fundamento de la culpabilidad de su defendido.

Es por ello, que entiendo necesario hacer una breve remisión a las características mínimas que deben respetar las instrucciones confeccionadas por el juez técnico, en relación con la prueba de los hechos y la adjudicación del derecho, para después aplicarlos al caso de autos.

Los lineamientos sobre este punto han sido desarrollados in extenso en «**Peteán Pocoví**», donde se explica que las instrucciones impartidas a los jurados deben presentar dos características centrales: anticipar los problemas que pueden presentarse en el plano de la valoración de la prueba, así como en el de la aplicación del derecho, y ser claras.

Las instrucciones deben tener como propósito dirigir las acciones del jurado popular para la reconstrucción histórica del pasado en orden a determinar si el hecho en que se sustenta la acusación se encuentra probado y si el acusado es culpable.

De este modo, las instrucciones muestran los pasos a seguir con el fin de cumplir la tarea encomendada al jurado por la ley 9.106. Como tales, las instrucciones deben orientar en el proceso de confrontación de argumentos y la deliberación, a los efectos de conformar el convencimiento sobre la resolución adoptada para el caso.

Para ello, inicialmente, el texto de aquéllas ha de describir la lista de herramientas jurídicas, tanto sobre valoración de la prueba como sobre adjudicación de derecho. Otra cuestión de la que debe ocuparse el juez letrado es que la instrucción impartida sea clara. En cuanto a sus destinatarios, una instrucción debe ser diseñada pensando en el jurado, pues es éste quien se encargará de concretarla en las cuestiones relativas al caso sometido a decisión.

Por otro lado, en lo que hace al contenido de las instrucciones, este será formulado de manera clara cuando: diagnostique y anticipe los problemas del caso relativos a la prueba de los hechos y la aplicación del derecho; brinde las herramientas conceptuales apropiadas para alcanzar una solución y enuncie los lineamientos precedentes de modo tal que sean asequibles para un jurado lego.

Aplicando dichas consideraciones al caso concreto, a la luz del agravio de las partes –esto es, que no se les ha explicado a los miembros del jurado el concepto de estancamiento y, en consecuencia, se habría forzado su veredicto condenatorio– entiendo que la crítica no puede prosperar.

En efecto, la tarea del jurado popular fue correctamente definida por el juez técnico a cargo del debate y ello comprendió la eventual circunstancia de su estancamiento. Si bien es cierto que en las instrucciones no se lee la palabra «estancamiento», no es menos cierto que sus implicancias son transmitidas a los jurados de manera clara y precisa.

Puntualmente, en el acápite individualizado con la letra “F” (f. 1028 vta.) se brindan cinco instrucciones que dan cuenta de la unanimidad en tanto requisito del veredicto de culpabilidad o no culpabilidad, al cual debe subyacer un acuerdo completo de todos los miembros del jurado –instrucción [1]–.

Esta primera instrucción, se encuentra acompañada de una segunda, en la que se advierte a los miembros del jurado que cada uno de ellos debe decidir sobre las cuestiones planteadas por sí mismo y sólo después de haber considerado toda la prueba, de haberla discutido plenamente con los demás jurados y de haber escuchado los puntos de vista de sus compañeros – instrucción [2]–.

Dicha aclaración no hace más que ponderar la opinión individual de cada miembro del jurado, la cual debe fundirse en el acuerdo solo después de constituirse de manera libre y personal. Y esto último se erige como una de las aristas fundamentales de la unanimidad como anverso del estancamiento, la cual se complementa con la instrucción [3] que reitera a la decisión como una construcción individual que no debe ser producto del miedo o del parecer del resto de los miembros del jurado.

Finalmente, las instrucciones [4] y [5] establecen, respectivamente, que «es muy importante que [...] intenten llegar a un veredicto unánime pero, por supuesto, solo si todos y cada uno [...] puede hacerlo tras haber tomado su propia decisión de manera consciente y meticulosa” y que no deben cambiar “una honesta convicción sobre el peso y el efecto de la prueba simplemente para llegar a un veredicto».

Estas últimas instrucciones terminan de darle forma al concepto de jurado estancando como anverso del requisito de unanimidad del veredicto. Todo lo cual presupone un acuerdo producto de la comunión de las percepciones y opiniones individuales relativas a las cuestiones puestas a consideración del jurado.

De este modo, a los jurados les ha sido explicado acabadamente cuál es su función y cómo deben cumplirla. Todo lo cual respeta, como hemos verificado, la pretensión de claridad que debe guiar al juez técnico en la confección de las instrucciones.

A lo anterior, por último, se suma a f. 1029 la respuesta a la pregunta «¿qué hacer si no se alcanza la unanimidad?», la cual refuerza la idea de que no es obligatorio alcanzarla y que, dado el caso, el juez técnico dispondrá cómo seguirá el juicio.

Por último, en relación con este tramo del recurso defensivo, no debe perderse de vista, tal como pone de relieve el Procurador general a f. 1060 vta. que «los letrados de las partes y, en particular, la defensa técnica del encartado, manifestaron expresamente estar de acuerdo con las instrucciones finales y no formularon disidencias ni oposiciones, tal como prevé la ley, para el caso de una eventual interposición de recursos al fallo».

En definitiva, las instrucciones que obran a fs. 1015/1035 cumplen acabadamente con el estándar fijado en el precedente «Peteán Pocoví» y así, en contra de las pretensiones del recurrente, validan el veredicto de culpabilidad emanado del jurado popular en esta causa.

Jurado contaminado

iii.- El tercer tramo del recurso de la defensa, por último, busca persuadir de que el veredicto de culpabilidad que pesa contra su representado emana de un jurado contaminado por el representante del Ministerio Público Fiscal, quien habría incorporado verbalmente los antecedentes de Morales Nievas en otra causa penal en la que se ventila su intervención en el homicidio de Sebastián Prado.

En relación con este punto, me parece importante poner de relieve que no debe despersonalizarse al jurado en tanto cuerpo decisor.

Con esto me refiero a que no cualquier dato que haya surgido durante el debate y que, como tal, sea considerado inválido o ajeno a las pruebas rendidas, debe considerarse como un elemento contaminante que haya influido en su razonamiento.

Es que precisamente para evitar ello se encuentran las instrucciones previas dadas por el juez técnico, las cuales buscan orientar la labor del jurado popular para que este resuelva las cuestiones planteadas únicamente a partir de la prueba válidamente incorporada al proceso.

Es que, las expresiones que exceden la prueba rendida o que expresan puntos de vista subjetivos no son idóneas por sí solas para proceder a la anulación del juicio. De otro modo, cualquiera de ellas bastaría para hacer decaer la validez del juicio.

Nuevamente, lo central reside en que las instrucciones impartidas al jurado sean claras y anticipen los problemas del caso, tanto en el nivel de la valoración de la **prueba como en el nivel de la adjudicación del derecho**. Cuando estos criterios se cumplen –como considero que sucede en este juicio– entonces se verificará una decisión convalidable con base en las premisas que guían el iter lógico del jurado popular.

En suma, lo que propongo en este punto para responder al agravio de la defensa es ponderar, en primer lugar, el sentido de las instrucciones brindadas al jurado popular, esto es, si fueron categóricas en orden a los elementos que podían incorporar válidamente a su silogismo y su carácter como prueba de cargo o de descargo y, en segundo lugar, la magnitud o eventual repercusión de la información que surge espontáneamente en el juicio por alguna de las partes o de alguno de los testigos.

En relación a las instrucciones, estas fueron claras y precisas.

Así, ya en la instrucción 3 se lee que el caso debe ser juzgado sólo sobre la base de la prueba presentada en el juicio para, en la instrucción 6 reiterar que los jurados sólo deben evaluar la evidencia producida en el juicio.

Asimismo, a f. 1021 vta. se realiza una definición de prueba y de todo aquello que incluye, lo cual deja fuera las expresiones vertidas por las partes que no se ajustan a esta categoría. Finalmente, a f. 1022 se explica «lo que no es prueba» y se apunta: «[1] Según les expliqué antes, hay ciertas cosas que no son prueba. No deben valorarlas o basarse en las mismas para decidir este caso. Los alegatos de apertura y de clausura de los abogados no son prueba. [2] Tampoco son prueba las expresiones vertidas por las partes en las réplicas que realizaron a los alegatos de cierre, en particular sobre personas, hechos o casos que no son objeto de este juicio y cuya prueba ustedes no han podido ver ni valorar. [3] Los cargos que la Fiscalía y la Querrela les expuso y que ustedes escucharon al comienzo de este juicio no son prueba. Tampoco es prueba nada de lo que yo o los abogados hayamos dicho durante este juicio, incluyendo lo que yo les estoy diciendo ahora. Solo son prueba lo dicho por los testigos, los peritos y las pruebas exhibidas».

Sentado lo anterior, relativo a la corrección de la explicación sobre qué es y qué no es prueba en el juicio, corresponde ahora determinar si las expresiones vertidas por la Fiscalía fueron idóneas para desviar la atención del jurado hacia circunstancias que no surgían de la prueba legalmente incorporada al proceso.

En este sentido, considero que la revelación de los antecedentes e intervención del imputado en el homicidio de Sebastián Prado (autos N° P90.446/13), es decir, de su situación procesal, no tiene la magnitud para hacer decaer la validez del juicio.

Ello en tanto, una actividad de tal índole no es apta para contaminar al jurado, puesto que el alegato final y las réplicas de la Fiscalía son específicamente excluidos (véase supra instrucciones [1] y [2] de f. 1022) de la prueba que el jurado tiene permitido incorporar válidamente a su silogismo.

En suma, con base en las consideraciones precedentes, estimo que debe rechazarse el recurso defensivo interpuesto a favor de Jonathan Morales Nievas. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo y Dr. Adaro. Preopinante.

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

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

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

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

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

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 1038/1048 por la defensa de Marcos Jonathan Morales Nievas y convalidar en su totalidad la sentencia de fs. 1015/1033.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva federal formulada.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

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

14- MALDONADO. 29-05-20.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200529_FcMaldonado.pdf

Lex: Art. 84 1° y 2° párrafo del CP.

Vox: Homicidio culposo. Conducción antirreglamentaria

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **tres años de prisión condicional y seis años de inhabilitación especial** para conducir vehículos automotores, más costas, por considerarlo autor penalmente responsable del delito de homicidio culposo agravado (arts. 45 y 84 1° Y 2° párrafo del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 del CPP)

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

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 503, pronunciada por el TPC N° 1- 2° CJ.

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

Fallo:

CUIJ: 13-04817455-2/1((028601-8442)) FC/ MALDONADO MAXIMILINANO JORGE P/ HOMICIDIO CULPOSO (8442) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104898079*

En Mendoza, a los veintinueve días del mes de mayo del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04817455-2/1 “F. C/ MALDONADO MAXIMILIANO JORGE”.

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

La defensa del acusado Maximiliano Jorge Maldonado Zeballos interpone recurso de casación (fs. 378/392) contra la Sentencia N° 503 y sus fundamentos (fs. 371 y vta. Y fs. 372/376, respectivamente), dictados por el Tribunal Penal Colegiado n° 1 de la Segunda Circunscripción Judicial, en tanto condenó al acusado a la pena de tres años de prisión condicional y seis años de inhabilitación especial para conducir vehículos automotores, más costas, por considerarlo autor penalmente responsable del delito de homicidio culposo agravado que se le atribuyera en los autos N° P2-8442/13 / P2-84442/13 (arts. 45 y 84 1° Y 2° párrafo del CP).

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

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

I.- La resolución recurrida

La sentencia mencionada tuvo por acreditado que «en el distrito de Las Paredes, departamento de San Rafael, provincia de Mendoza, el día 19 de diciembre de 2.013, aproximadamente a las 22.00 hs., Maximiliano Jorge Maldonado Zeballos, circulaba por calle Ortubia de Este a Oeste, conduciendo el automóvil de su propiedad marca Fiat, modelo 147, Vivace CL, domino BDL-714, sin cuidado ni prevención, sin conservar el dominio efectivo del vehículo a su mando, de manera imprudente al no tener en cuenta los riesgos propios de la circulación y de la zona -conforme los recaudos necesarios exigidos por la Ley de Tránsito N° 6.082, Art. 48, inc. b-; de modo tal que no advirtió la presencia del ciclista que le precedía y circulaba en forma reglamentaria por la misma arteria y en la misma dirección, dándole “alcance” e impactando con el vértice delantero derecho del automotor a su mando a la bicicleta en la que se trasladaba Juan Manuel Sánchez, provocando que éste se montara sobre el capot del automóvil e impactara sobre el parabrisas y su parante derecho, siendo finalmente despedido y quedando tirado sobre la banquina norte de la citada calle; mientras que el imputado continuó la marcha a bordo de su auto, desapareciendo del lugar. Como consecuencia del severo impacto, Juan Manuel Sánchez Silva sufrió traumatismos craneoencefálicos que una semana después determinaron su óbito» (ver fundamentos, fs. 374 vta.)

Para decidir de este modo, el tribunal consideró que la autoría del hecho ilícito no se controvertió con prueba alguna a lo largo del proceso y que la intervención del acusado quedaba confirmada por una serie de circunstancias.

Así detalló que, el día después del siniestro, Maximiliano Maldonado se presentó espontáneamente con asistencia letrada ante las autoridades judiciales, que adjuntó documentación que acreditaba su titularidad respecto del vehículo embistente y que prestó conformidad para que personal policial inspeccionara el automóvil, indicando dónde se hallaba el mismo.

Esto, aunado al hecho de que la compañía de seguros resarcó económicamente a los hijos de la víctima, evidenció para el tribunal que el acusado detentaba la posesión del automotor involucrado en el momento del accidente (ver fundamentos, fs. 373 vta.).

Además, valoró la tarea contradictoria de la defensa y sostuvo que, el hecho de haber controvertido la acusación por primera vez en la etapa de alegatos no conmovía el grado de certeza alcanzado, puesto que dicha tarea no contaba con un mínimo anclaje probatorio que desvirtúe la prueba de cargo (ver fundamentos, fs. 374).

II.- El recurso de casación de la defensa

La defensa impugna la resolución antes individualizada en razón de lo dispuesto por el art. 474, incisos 1 y 2 del CPP, es decir, por entender que contiene vicios in iudicando e in procedendo.

Afirma que el grado de certeza exigido para afirmar que el acusado fue la persona que conducía el vehículo que colisionó a Sánchez Silva, ha sido fundado de manera ilógica. Ello, puesto que el tribunal se ha basado en determinadas circunstancias que, según el criterio de la defensa, no constituyen indicios serios, unívocos y concordantes.

En concreto, la defensa entiende que el tribunal de sentencia acreditó la autoría de los hechos basándose en presupuestos de responsabilidad civil, y no penal, es decir, sólo porque el acusado era el titular registral del vehículo.

Explica que el tribunal valoró, como elementos de cargo, que el acusado se presentó espontáneamente adjuntando documentación que acreditaba la titularidad del rodado, que permitió una inspección policial del vehículo y que su seguro resarcó a la familia de la víctima.

Sobre el punto, sostiene que la presentación del acusado con su asistencia letrada no puede constituir un elemento de cargo, sino un medio de defensa material, mediante el cual, el acusado sólo intentó aclarar su situación procesal.

Además, agrega que este acto procesal no fue incorporado como elemento de prueba al proceso, lo que convierte en ilegítima la postura del tribunal al darle carácter de prueba.

Repasa otras de las premisas argumentativas con las que el a quo valoró la declaración del acusado y, en este sentido, critica que su silencio haya sido interpretado como un elemento de prueba en su contra.

Considera que, también en este caso, el tribunal se ha basado en un elemento que no fue incorporado legítimamente como prueba.

Sostiene que la documentación que acredita la titularidad del vehículo embistente y el hecho de que el seguro contra terceros haya resarcido a los familiares de la víctima no pueden ser considerados indicios

serios y unívocos, toda vez que permiten explicaciones alternativas respecto de la autoría. Recuerda que estas explicaciones fueron expuestas en el debate, pero no fueron consideradas por el tribunal.

Agrega en este sentido que, según la documentación acompañada, la tomadora del seguro del automotor era Graciela Beatriz Zeballos, progenitora del acusado; que la persona que entregó el vehículo involucrado fue Jorge Maldonado, progenitor del acusado; y, que la persona que condujo dicho vehículo hasta la comisaría fue Fernando Martínez, elementos que permiten preguntarse si no detentaban estas personas, también, la posesión y si no eran usuarios al momento del accidente.

Con todo lo anterior, la defensa considera que se ha invertido la carga de la prueba.

Especialmente, afirma que se ha condenado al acusado en virtud de no haber aportado elementos que probaran qué el no manejaba el vehículo embistente. Asimismo, critica que el tribunal haya considerado que los indicios de cargo recolectados eran relevantes en la medida que no fueron controvertidos. Formula reserva del caso federal.

III.- El dictamen del Señor Procurador General

El Procurador General, tras evaluar la procedencia formal del recurso incoado por la defensa del acusado, advierte que debe ser rechazado sustancialmente.

Al respecto, indica que el razonamiento del tribunal de sentencia guarda relación con las reglas de la lógica, toda vez que ha corroborado la autoría del acusado a partir de indicios unívocos, serios y concordantes, que no han sido controvertidos por la defensa.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Puestos en consideración los diversos motivos de agravio invocados por la parte recurrente, adelanto mi posición en el sentido que no corresponde hacer lugar a la presentación recursiva y, en consecuencia, debe confirmarse la sentencia cuestionada.

Las consideraciones críticas de la defensa suponen, en esencia, una disconformidad con las premisas de valoración utilizadas por el a quo.

En resumidas palabras, el letrado recurrente considera que las constancias de la causa leídas en clave de prueba incriminatoria, no arrojan certeza respecto de una duda planteada en su estrategia, esta es, si el conductor que embistió a Sánchez Silva era realmente el acusado.

De manera preliminar a la solución de esta cuestión, debe decirse que el reproche de la defensa que señala que el tribunal de juicio ha valorado elementos de prueba no incorporados al debate, debe desestimarse.

En efecto, cada una de las constancias que el recurrente presenta en este sentido, fueron ofrecidas por el representante el Ministerio Público Fiscal para su incorporación al debate y no formó parte de objeción alguna de la defensa (ver fs. 244 y audiencia de debate del día 14/05/2019).

Ahora bien, dicho ello, corresponde señalar los motivos por lo que considero que la valoración del tribunal resulta adecuada a efectos apoyar la certeza necesaria condenar, en detrimento de lo dicho por la defensa. Ello se debe, básicamente, a que las hipótesis que la defensa considera igualmente posibles a la

hipótesis acusatoria y, por ello, suficientes para desarmar el grado de certeza alcanzado por el tribunal de juicio, no contienen elementos de prueba sobre los que apoyarse.

Efectivamente, la idea de la defensa consiste en afirmar que el vehículo embistente pudo estar, al momento del accidente investigado, en manos de la madre del acusado –tomadora del seguro de responsabilidad civil–, o de Fernando Martínez –persona en cuyo domicilio se hallaba el vehículo el día posterior al siniestro (ver presentación de fs. 15 e informe de fs. 182/188)–, o incluso del padre del acusado. Sin embargo, estas alternativas no son acompañadas de ningún elemento de prueba que las convierta en verdaderas hipótesis de peso.

Ciertamente, no existe en la causa elementos alguno que señale que el vehículo era utilizado por alguna de estas personas o que, al menos, fue usado por otra persona distinta del acusado el día del accidente. Con ello, puede afirmarse que no le asiste razón al recurrente al indicar que se ha invertido la carga de la prueba.

Ello, puesto que el órgano acusador presentó una hipótesis de investigación basada en elementos incorporados al proceso, para ser controvertida en un juicio oral y público con todas las garantías necesarias (ver requerimiento de citación a juicio a fs. 215/223 y alegatos fiscales en la audiencia del día 14/05/2019).

El hecho de que la defensa asumiera, como parte de su estrategia, una posición de refutación sin mayores elementos de prueba sobre la que apoyarse, no convierte a la sentencia cuestionada en una decisión basada en la ausencia de una acusación. Esta ha sido la posición del tribunal.

En efecto, tras detallar la documentación acompañada al expediente por la acusación, que demostraba que Maximiliano Maldonado era el titular y usuario del vehículo embistente al momento del hecho, y destacar que éste prestó la información necesaria para hallar el vehículo, permitiendo así la labor de la Policía Científica sobre el mismo, el tribunal a quo entendió que estos elementos demostraban que el acusado detentaba la posesión del automotor al momento del accidente.

Con ello como base indiciaria, entendió que los alegatos de la defensa no podían controvertir la hipótesis de la acusación si no contaban con un «mínimo anclaje probatorio» (ver fundamentos, fs. 374).

Por las razones expuestas precedentemente, entiendo que debe contestarse de manera negativa la primera cuestión planteada y, en consecuencia, el recurso de casación incoado debe ser rechazado en esta instancia y confirmada la Sentencia N° 503 y sus fundamentos, originarios del Tribunal Penal Colegiado n° 1 de la Segunda Circunscripción Judicial. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio y Dr. Palermo. Adhieren.

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO y OMAR A. PALERMO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

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

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO y OMAR PALERMO adhieren al voto que antecede.

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

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO y OMAR PALERMO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

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

- 1.- No hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 380/392 por la defensa de Maximiliano Jorge Maldonado y, en consecuencia, confirmar la Sentencia N° 503 y sus fundamentos, provenientes del Tribunal Penal Colegiado n° 1 de la Segunda Circunscripción Judicial.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

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

15- MERCADO MORALES. 03-06-20.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200603_FcMercado.pdf

Lex: Art. 79, 41 bis, 42, 45 y 55 del CP.

Vox: Homicidio agravado. Arma de fuego. Concurso real. Tentativa. Prueba informativa. Prueba testimonial. Determinación de la pena.

Summa:

El **TPC** condenó a los señalados como coautores penalmente responsables del delito de homicidio agravado por el uso de arma de fuego en concurso real con homicidio agravado por el uso de arma de fuego en grado de tentativa (art. 79, 41 bis, 42, 45 y 55 del CP)

- a- Impuso a Matías Exequiel Mercado Morales la pena de **quince de años** de prisión.
- b- Impuso a Antonio Sebastián Mercado Morales la pena de **dieciocho años** de prisión.

Las **defensas** interponen recurso de casación. (Art. 474 del CPP)

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

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 671, pronunciada por el TPC N° 2-1° CJ.

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

Fallo:

CUIJ: 13-04856854-2/1((018602-52342)) FC/ MERCADO MORALES Y OTS. P/ HOMICIDIO SIMPLE AGRAVADO POR EL USO DE ARMA (52342) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104939625*

En Mendoza, a los tres días del mes de junio del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04856854-2/1 caratulada “F. C/ MERCADO MORALES, FRANCO MATÍAS Y OT. P/ HOMICIDIO SIMPLE AGRAVADO ... S/ CASACIÓN”.

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

La defensa técnica de Franco Matías Exequiel Mercado Morales y Antonio Sebastián Mercado Morales interpone recurso de casación contra la Sentencia N° 671, mediante la que se condenó al primero de los nombrados a la pena de quince de años de prisión y al segundo a la pena de dieciocho años de prisión como coautores penalmente responsables del delito de homicidio agravado por el uso de arma de fuego en concurso real con homicidio agravado por el uso de arma de fuego en grado de tentativa (art. 79, 41 bis, 42, 45 y 55 del CP); pronunciamiento dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial en estos autos N° P-52.342/18.

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

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

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

1.- La sentencia recurrida

El tribunal impugnado, mediante voto mayoritario, resolvió del modo precedentemente señalado por entender que «[...] el día 29 de junio de 2.018, siendo las 15.00 horas, aproximadamente, Jorge Luis Oviedo alias “bujía” y Facundo Tomás Moyano alias “cara de loco”, se dirigían en moto por la manzana 18 del Barrio San Martín de Ciudad, Mendoza, cuando al pasar por la casa 23 fueron abordados por Sebastián Mercado y Franco Matías Mercado, quienes portaban armas de fuego y encontrándose a pocos metros de distancia de Oviedo y Moyano comenzaron a efectuar disparos contra los mismos provocando la muerte de Oviedo y heridas de gravedad a Moyano» (fundamentos, fs. 602 y vta.).

Para así decidir, valoró la versión defensiva de los imputados, la declaración testimonial de su madre, la declaración de la víctima sobreviviente –Facundo Moyano–, lo manifestado por los testigos Leonardo Oviedo, Analía Gómez y Ricardo Gallardo, el informe de Policía Científica, el informe de Laboratorio de Microscopía Electrónica de Barrido, el acta de procedimiento, el acta de inspección ocular, la necropsia de Luis Oviedo y el informe médico referido a Facundo Moyano.

2.- El recurso de casación de la defensa de los imputados

El recurrente promueve su impugnación a tenor de lo dispuesto por el **art. 475, inciso 2° del CPP**, esto es, por considerar que existen vicios in procedendo en la resolución que cuestiona.

Así, entiende que la valoración probatoria es arbitraria, infundada e incoherente, exponiendo sus agravios en cuatro puntos de tratamiento.

El primero de ellos se refiere a la prueba testimonial. En ese sentido, expresa que la valoración de las declaraciones de Leonardo Oviedo y Analía Gómez ha sido parcial, toda vez que se le ha otorgado credibilidad a alguna de sus partes y a otras no.

Refiere que éstas no resultan contestes con los demás elementos probatorios y que entre ellas existen diferencias sustanciales que no fueron tenidas en cuenta.

De igual modo, entiende que lo manifestado por Gómez en relación a que no vio la moto en el lugar del hecho demuestra que la escena del crimen fue manipulada.

Expresa que del testimonio de Gallardo Lozano –incorporado por lectura– surge que el testigo tan sólo vio a Franco Mercado con un arma en su mano, no a los dos hermanos como se sostiene en el fallo impugnado.

En lo que concierne a la declaración de la víctima sobreviviente –Facundo Moyano–, el recurrente considera que no es veraz, puesto que es lógico que no quiera asumir la responsabilidad de sus actos de ataque.

Asimismo, sostiene que el voto mayoritario le dio más importancia a las testimoniales de los principales afectados sobre los informes objetivos, cuando ambas pruebas no se condicen entre sí.

En segundo lugar, cuestiona la ponderación de la **prueba informativa**.

En ese sentido, no comparte la afirmación del sentenciante referida a que, de haberse configurado la hipótesis de la **legítima defensa**, se habría advertido en el escenario de los hechos mayor cantidad de proyectiles.

Sostiene que los indicios rescatados en el escenario de los hechos, esto es, vainas, cartucho, proyectiles, espejo retrovisor de una moto e impacto de bala en una pared, son concordantes con la hipótesis de la legítima defensa, que ubica a los agresores –Oviedo y Moyano– de lado sur de la calle Potrerillos y a los agredidos –Franco y Sebastián Mercado– del lado opuesto; el espejo retrovisor da cuenta de la existencia de una moto en aquel momento que, luego, no fue encontrada por Policía Científica, lo que indica que pudo ser escondida por la familia de las víctimas y demuestra que también pudieron esconder las armas de quienes resultaron heridos.

Considera que al afirmar que sólo se utilizaron dos armas de fuego y que éstas sólo fueron portadas por los imputados, como lo hizo el sentenciante, es condenar por suposiciones; máxime cuando no se ha acreditado que todos los impactos recibidos por las víctimas correspondan a armas distintas y cuando del informe médico de Facundo Moyano surge que no se puede determinar el calibre de los proyectiles recibidos.

Se agravia el recurrente del razonamiento del voto mayoritario, en cuanto afirma que el enfrentamiento se produjo frente a frente, ya que tanto la necropsia de Oviedo, como el informe médico de Moyano indican que la dirección de los disparos sobre los cuerpos de éstos se produjo de izquierda a derecha.

Asimismo, expresa que en la sentencia cuestionada, ante la duda, se ha pronunciado contra el imputado Sebastián Mercado, al sostener que como no ha quedado acreditado que las víctimas portaran armas de fuego, fue Sebastián Mercado quien lo hizo.

Al respecto, alega que si a ninguna de las víctimas se les practicó análisis de microscopía electrónica de barrido para determinar si éstas habían disparado armas de fuego, la omisión de tal actividad probatoria no puede achacarse al imputado, quien no tiene la carga de probar su inocencia.

En tercer lugar, se refiere al tratamiento dado por el sentenciante a las declaraciones de los imputados. Entiende el impugnante que, si bien Sebastián Mercado dio una versión distinta de los hechos, debe recordarse que la **declaración del imputado es un medio de defensa y no de prueba**, por lo que el estándar probatorio debe ser diferente.

Expresa que no resulta coherente reprocharle al imputado su propia versión de los hechos cuando, por un lado, la ley no le impone la carga de decir verdad y, por el otro, tampoco es lógico que lo haga en contra de su hermano Franco Mercado.

Asimismo, sostiene que la declaración de Franco Mercado tiene plena coherencia con los informes de Policía Científica, la necropsia de Oviedo y el informe médico de Moyano, lo que no fue valorado en la sentencia impugnada. En cuarto y último lugar, el recurrente se agravia de la determinación de la pena impuesta a sus defendidos. En ese orden, considera que el voto mayoritario efectuó un análisis parcializado y arbitrario de las pautas establecidas en los arts. 40 y 41 del CP.

Así, por un lado, entiende que, si bien algunos parámetros pueden tomarse en conjunto para ambos imputados atento a que comparten cierto núcleo de vida, hay otros que debieron valorarse separadamente.

Por otro, considera que la escasa educación de sus defendidos debió ser valorada como atenuante, al igual que la costumbre de que los hermanos Mercado fueran blanco de agresiones en el barrio, su carencia de antecedentes penales, la circunstancia de que el hecho se produjera frente a la casa de los imputados donde estaban su madre, un inquilino y otros familiares –por lo que resulta lógico que hayan querido protegerlos–, que la conducta desplegada no fue elegida por ellos, en tanto no fueron a buscar a las víctimas, y, finalmente, en relación a Sebastián Mercado, la circunstancias de tener seis hijos a cargo.

En consecuencia y puesto que, en su opinión, no existen razones para agravar la pena a imponer, no debió superarse el mínimo legal. Por lo expuesto, solicita se case la sentencia impugnada y se absuelva a sus defendidos por la concurrencia de legítima defensa.

En subsidio, peticona se case la sentencia y se los absuelva por el beneficio de la duda o se los condene a la pena mínima de diez años y ocho meses de prisión. Manifiesta su voluntad de informar oralmente y formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del Procurador General

En oportunidad de emitir su dictamen, el Procurador General considera que no corresponde hacer lugar al recurso de casación intentado, toda vez que los agravios constituyen una reiteración de los argumentos

presentados durante el debate, que no se advierte la existencia de arbitrariedad en la resolución recurrida, que la valoración de la prueba incorporada se ha efectuado bajo las reglas de la sana crítica racionales y que la aplicación del derecho sustantivo ha sido correcta.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Por diversas razones estimo que corresponde rechazar el recurso de casación deducido por la defensa de los imputados Franco Mercado y Sebastián Mercado, conforme se explicará a continuación.

Teniendo en cuenta que el recurrente ha expresado sus agravios en torno a cuatro tópicos, el análisis del recurso bajo estudio seguirá el orden por él establecido en el escrito casatorio.

a. Acerca de la **prueba testimonial** valorada en autos

En primer lugar, el impugnante cuestiona el valor otorgado por el a quo a las declaraciones de Leonardo Oviedo y Analía Gómez, puesto que, a su entender, éstas incurren en contradicciones y además no resultan contestes con otros elementos de prueba.

Sin embargo, no advierto que las inconsistencias sugeridas por el recurrente se verifiquen en el caso de autos. En efecto, el voto mayoritario valoró las declaraciones de Leonardo Oviedo y de su esposa a fin de tener por acreditado «el anuncio previo del mal que sufriría Oviedo, a manos de Sebastián Mercado», ya que ambos fueron coincidentes al manifestar que dos de los hermanos Mercado –Facundo y Antonio Sebastián– habían concurrido a su casa a decirle que «rescate» a Luis Oviedo porque lo iban a matar (fundamentos, fs. 600).

Cabe señalar que el testigo Oviedo manifestó que, al escuchar las detonaciones y salir a la calle, observó a Franco Matías Mercado y Antonio Sebastián Mercado «con armas de fuego en la mano», lo que resulta coincidente con la existencia de vainas en el escenario de los hechos, correspondientes a dos armas distintas, una calibre .22 y otra calibre .45, y a la inexistencia de heridas en las personas de los imputados que puedan sugerir que una de las víctimas era la portadora de una de las armas referidas.

Si bien el recurrente critica este razonamiento, expresando que las declaraciones cuestionadas han sido valoradas parcialmente y que serían contradictorias entre sí y con el resto del material probatorio, debe señalarse que el agravio no puede prosperar considerando, por un lado, que no se ha indicado cuáles serían esas inconsistencias y, por otro, que no surge arbitrariedad alguna en la ponderación aludida.

Tampoco se advierte cómo incidiría en el valor convictivo otorgado a las declaraciones referidas, la circunstancia de que Analía Gómez haya manifestado que no vio la moto –en la que circulaban las víctimas– en el lugar del hecho.

Ello, en tanto la percepción de la testigo debe ser analizada teniendo en cuenta el lugar desde el cual observó la situación y también considerando aquello en lo que centró su atención.

Al respecto no puede soslayarse que cuando ella salió de su vivienda había dos personas ensangrentadas y gravemente heridas en la calle, lo que indudablemente tiene que haber llamado su atención, desviándola de las cuestiones circundantes, circunstancias que no sugieren y, mucho menos, acreditan que la escena del crimen haya sido manipulada, como pretende demostrar la defensa de los imputados.

En cuanto a la declaración de Ricardo Gallardo Lozano, consignada en acta de procedimiento de fs. 47/49, advierto que no le asiste razón a la defensa al sostener que el testigo tan sólo vio a Franco Mercado con un arma.

Por el contrario, y si bien es cierto que lo consignado en dicho acta –«dos hermanos Mercado tenían armas en su mano»– difiere de lo declarado por este testigo a fs. 7/8 de las presentes actuaciones –«el que tenía el arma se llama Matías Mercado»–, el sentenciante ha justificado suficientemente por qué la declaración que ese dicente efectuó frente a los funcionarios policiales debe prevalecer.

Así, sostuvo que «[esa] versión de Gallardo fue a los pocos minutos de producido el hecho, cuando personal policial se hace presente en el lugar y toma las primeras declaraciones a los testigos del mismo» (fundamentos, fs. 599 vta.).

Es que, aún cuando el razonamiento cuestionado no sea del agrado del recurrente en función de los intereses que representa, no se advierte ninguna arbitrariedad en el mismo que lo torne inválido y, por ello, la crítica no puede prosperar.

Respecto del relato efectuado por Facundo Moyano, víctima sobreviviente, la defensa de los imputados estima que no puede ser tenida como creíble, toda vez que es lógico que no quiera responsabilizarse de sus actos de ataque contra los hermanos Mercado y en tanto no se condice con los informes objetivos agregados a la causa.

En ese orden, entiendo que el a quo consideró acertadamente que sus dichos son verosímiles, teniendo en cuenta su correlato con otros elementos de prueba incorporados a la causa, tales como la circunstancia de que Obando –a cuya casa se dirigían las víctimas– vivía al lado de la vivienda de los hermanos Mercado –conforme surge del acta de procedimiento de fs. 47/49–, que los disparos provinieron de dos armas de fuego –y no tres como sostiene el recurrente–, que «no es cierto que las vainas de un calibre estén de un lado, y las otras del otro» y lo relatado por Leonardo Oviedo en cuanto a que vio a «Franco y Antonio con armas de fuego en la mano» (fundamentos, fs. 600).

El recurrente expresa que la víctima, al declarar habría descrito un arma –«chiquita calibre 11.25»– que no se corresponde con ninguna de las individualizadas en autos y, en función de ello, sostiene que habría una tercer arma que sólo ellos –Oviedo y Moyano– conocían, de lo que deriva, según su criterio, que efectivamente ellos habrían atacado a los imputados y que esta circunstancia no fue valorada por el sentenciante.

No obstante, tal afirmación no se ajusta a los argumentos esgrimidos en los fundamentos bajo examen.

En efecto, el voto mayoritario sí tuvo en cuenta los dichos de Facundo Moyano en relación a la existencia de un arma calibre 11.25, pero advirtió que «el calibre 11,25 equivale al calibre .45», por lo que no existe ningún tipo de inconsistencia entre lo declarado por la víctima sobreviviente y las constancias objetivas, concretamente, el hallazgo de vainas del último calibre consignado.

Asimismo, debe señalarse que, a mi entender, no es correcta la apreciación del recurrente referida a que el sentenciante no ha explicado cómo si los imputados atacaron de frente a Oviedo y Moyano, éstos recibieron los impactos de izquierda a derecha, lo que, a su entender, tampoco se condice con la oquedad de la pared sur.

Es que, tal como surge de los fundamentos bajo análisis, el a quo no afirmó, sin más, que el ataque haya sido de frente.

Por el contrario, conforme surge de las constancias de fs. 600, el voto mayoritario entendió que resulta verosímil la versión de Facundo Moyano consistente en que «los autores salieron detrás del auto (cuya existencia está objetivamente acreditada) se pusieron enfrente de ellos, les dispararon y luego se acercaron para rematarlos».

Y es, en oportunidad de analizar la hipótesis de descargo, cuando se sostiene que «[a]un siguiendo el razonamiento de la defensa en cuanto a que los proyectiles ingresaron de izquierda a derecha (no en todos los casos), los enfrentamientos, de ordinario, se producen, como su nombre [!]o indica, de frente a frente.

Con lo cual, si hubo un enfrentamiento en la hipótesis defensiva, tampoco se explicaría la trayectoria que invocan para desvirtuar la versión inculpativa» (fundamentos, fs. 601).

En virtud de ello, advierto que los agravios referidos a la credibilidad del relato que hizo Facundo Moyano y, en definitiva, de las declaraciones testimoniales antes aludidas no resultan novedosos, en tanto fueron introducidos durante el debate oral y público, y debidamente refutados por el voto mayoritario del tribunal sentenciante, lo que conduce a su rechazo también en esta instancia.

b. Valoración de la prueba informativa

En cuanto a las críticas del recurrente en relación a la ponderación que el a quo efectuó de la prueba informativa incorporada, considero que tampoco pueden prosperar.

Así, aun cuando la defensa de los imputados no esté de acuerdo en que, de ser plausible la hipótesis de la defensa, «se habría advertido en el escenario de los hechos, mayor cantidad de proyectiles», tal como afirmó el a quo a fs. 598 vta.

De autos; lo cierto es que el razonamiento del tribunal nada tiene de arbitrario. Ello, en tanto se funda en que las vainas secuestradas en el lugar del hecho pertenecen tan sólo a dos armas –diez vainas calibre .22, correspondientes al arma que portaba Franco Mercado, según él mismo admitió, y dos vainas y un cartucho calibre .45–.

Además, basándose en que la posibilidad introducida por la defensa de que los familiares de las víctimas hubieran «limpiado» el escenario de los hechos no se ha podido acreditar y surgió cuatro meses después de iniciada la investigación, lo que le resta fuerza convictiva a la hipótesis propuesta.

En este punto, el recurrente insiste en sostener que los indicios rescatados en el escenario de los hechos son concordantes con la legítima defensa.

Sin embargo, este argumento – introducido inicialmente en el debate oral y público– fue debidamente refutado por el voto mayoritario, al sostener que la hipótesis de agresión ilegítima, «partiendo de la posición en que fueron encontradas las vainas [...] no se compadece con la prueba objetiva reunida, especialmente los informes de policía científica» y que «la circunstancia que algunos de los impactos hayan entrado en el cuerpo de las víctimas de izquierda a derecha, en modo alguno permite cuestionar, seriamente, la versión de Moyano [la víctima sobreviviente], pues se trata de afirmaciones carentes de rigor científico.

No solo por las conclusiones anticipadas acerca de la ubicación de las vainas, especialmente calibre .22 mm, sino además, porque no debe olvidarse que se trata de un hecho dinámico» (fundamentos, fs. 601).

Es decir que la teoría de la legítima defensa, introducida durante el debate y reiterada por el recurrente a modo de agravio casatorio, ha quedado debidamente descartada por el sentenciante, basándose en que la interpretación que la defensa de los imputados efectúa de los elementos de prueba objetivos no resulta lógica y tampoco se compadece con el resto del material probatorio incorporado.

Así, el a quo consideró que «no es cierto que las vainas de un calibre estén de un lado, y las otras del otro, a partir de lo cual la defensa pretende dejar sentado que hubo un enfrentamiento», en tanto de la inspección ocular y el croquis ilustrativo del lugar del hecho surge que «las [10] vainas servidas calibre .22 mm se en[contraron] desde la casa 23 de la M-18, hasta enfrente, es decir, hacia el sur, en la M-19. Las dos vainas 11,25 fueron encontradas más cerca de la vereda de la M-19» (fundamentos, fs. 600).

Lo mismo puede predicarse del agravio referido a que el enfrentamiento no pudo producirse frente a frente debido a que de la necropsia de Luis Oviedo y del informe médico de Facundo Moyano surge que los disparos se produjeron de izquierda a derecha.

Como se expresó en el apartado precedente, el voto mayoritario del tribunal de sentencia no sostuvo que se haya producido un enfrentamiento entre los imputados y las víctimas de autos, sino que es la defensa quien introduce esta hipótesis.

Por el contrario, el a quo refutó esa posibilidad basándose en que, por un lado, no todos los proyectiles ingresaron de izquierda a derecha (conforme necropsia agregada a fs. 535/536) y, por otro, en que el investigado en autos fue un hecho dinámico que comenzó detrás del auto ubicado en la M-18, casa 23 y se dirigió hacia el sur –M-19–, conforme inspección ocular y croquis ilustrativo de fs. 48/50 de autos.

En lo que concierne a la crítica referida a la cantidad de armas utilizadas en los acontecimientos objeto del proceso y a quiénes las portaban, advierto que las conclusiones del a quo también deben ser convalidadas.

Ello, en tanto en el lugar de los hechos fueron halladas 10 vainas servidas calibre .22 que «fueron percutidas por una única y misma arma de fuego», 2 vainas servidas .45 ACP que también «fueron percutidas por una única y misma arma de fuego» y un cartucho del mismo calibre de las vainas descriptas en último lugar, lo que revela la utilización de tan sólo dos armas de fuego.

Si bien el recurrente considera que no puede endilgarse la utilización de éstas sólo a los imputados, puesto que no se ha demostrado que las víctimas no las hayan utilizado –no se les practicó el análisis de microscopía electrónica de barrido– y no se ha acreditado que todos los impactos recibidos por las víctimas hayan provenido de armas distintas, lo cierto es que las pruebas objetivas no pueden ser analizadas en forma aislada, sino confrontándolas con el resto de los elementos de prueba directa y datos indiciarios.

En ese orden, no puede dejar de señalarse que, por un lado, el propio coimputado Franco Morales admitió haber portado y disparado el arma calibre .22, lo que valorado conjuntamente con las declaraciones de Facundo Moyano, Leonardo Oviedo y Analía Gómez, despejan cualquier duda al respecto.

Ahora bien, lo que el recurrente cuestiona, concretamente, es la atribución de la utilización del arma calibre .45 al coimputado Antonio Sebastián Mercado toda vez que, a su entender, del examen practicado

en el Laboratorio de Microscopía Electrónica de Barrido (fs. 216) no puede afirmarse en forma categórica que éste la haya utilizado, sobre todo si no se descartó, con base en el mismo examen, que alguna de las víctimas la haya portado.

Sin embargo, entiendo que este argumento defensivo no puede prosperar si se tiene en cuenta que el propio coimputado en cuyo favor se propicia el agravio, «cuando declaró, cuatro meses después del hecho, dijo que los autores habían sido unas personas que iban en moto, con lo cual, no había razón alguna para sospechar que hubiesen tenido un arma y, de consiguiente, no aparecía pertinente la diligencia probatoria cuya omisión se le achaca al [representante del Ministerio Público Fiscal]», tal como sostuvo el a quo a fs. 601 vta. De sus fundamentos.

Lo expuesto pone de resalto que los cuestionamientos del recurrente referidos a la valoración de la prueba instrumental no constituyen más que una interpretación diversa de la realizada por el tribunal de juicio, insuficiente para desvirtuar las conclusiones del sentenciante. C.

Tratamiento dado a las declaraciones de los acusados Como tercer punto de agravio, el impugnante sostiene que, teniendo en cuenta el carácter que ostenta la declaración de los imputados, ésta debe ser valorada mediante un estándar probatorio diferente y no puede reprocharse al imputado, en este caso a Antonio Sebastián Mercado, su propia versión de los hechos, ya que no tiene el deber de decir verdad. Asimismo, entiende que la declaración de Franco Mercado guarda coherencia con los elementos de prueba incorporados a la causa.

En ese sentido, considero que ninguna falencia se advierte de la ponderación que el a quo efectuó de los dichos de los imputados, en sí mismos, y tampoco en su cotejo con el plexo probatorio incorporado.

En efecto, el voto mayoritario que aquí se cuestiona en modo alguno ha sostenido que los imputados tengan la obligación de decir la verdad.

Si bien ha puesto de resalto que la declaración de ambos imputados resulta contradictoria, puesto que «mientras [Franco, en audiencia de debate] dijo que fueron atacados por Oviedo y Moyano, estando su hermano Sebastián, pero sólo él armado, repelió la agresión; mientras que Sebastián dijo que salió después de escuchar los disparos, y luego afirmó “nos acercamos a auxiliarlos para ayudarlos y salió el hermano del bujía a culparnos a nosotros”» (fundamentos, fs. 598), con esta afirmación no vulnera ningún derecho reconocido constitucionalmente como sugiere el impugnante.

Es que mediante la constancia precedente, el sentenciante tan sólo ha puesto de resalto que la estrategia defensiva tendiente a encauzar la conducta de los imputados bajo la figura de la legítima defensa no encuentra respaldo ni siquiera en los dichos de sus propios representados.

Cabe recordar que, aún cuando las declaraciones de los imputados no constituyen prueba en sí mismas, reflejan una hipótesis alternativa a la acusación, la que debe ser avalada o refutada mediante la coherencia interna de la versión de descargo y su confrontación con los elementos de prueba incorporados a la causa; análisis que, en el caso concreto, no superaron los relatos brindados por Franco y Sebastián Mercado, conforme se demostró en el desarrollo precedente.

En función de ello, estimo que este agravio tampoco puede ser atendido en la presente instancia. Sin perjuicio de las consideraciones precedentes, también corresponde señalar que, aún cuando se hubiera probado que una o las dos víctimas portaron y dispararon armas de fuego, la circunstancia de que haya

existido un intercambio de disparos entre víctima/s y victimarios no configura, sin más, la causal de legítima defensa, alegada por el recurrente.

En ese orden, no puede soslayarse, por un lado, que esa causal de justificación requiere el cumplimiento de los recaudos específicamente contemplados en la norma (art. 34, inc. 6° del CP), los que no fueron acreditados en autos; y, por otro, que la reciprocidad de las acciones de violencia puede ser subsumida en otros tipos penales distintos al sugerido por el recurrente, circunstancias que desvirtúan su argumento.

D. Acerca de la individualización de la pena impuesta.

Como último agravio, la defensa de los imputados cuestiona el monto de pena impuesta por considerar que algunas circunstancias debieron valorarse separadamente y otros debieron ser tenidos en cuenta como atenuantes. Al respecto, entiendo que no le asiste razón al recurrente puesto que la determinación de la pena impuesta responde a los lineamientos establecidos por los arts. 40 y 41 del CP.

En ese orden, advierto que, si bien hay **pautas mensurativas** que han sido analizadas en forma conjunta para ambos imputados, éstas se refieren a circunstancias objetivas, tales como la extensión del daño causado, la peligrosidad de la conducta desplegada y la magnitud del injusto, las que evidentemente resultan atribuibles tanto a Franco como a Sebastián Mercado.

De ello surge claro que su análisis por separado redundaría en la reiteración de los mismos argumentos en relación a cada uno de los acusados. Ahora bien, en lo que se refiere a los extremos que, en opinión del recurrente, debieron ser valorados como atenuantes, debe señalarse que efectivamente con ese carácter han sido ponderados por el a quo.

Así, se advierte que, contrariamente a lo sostenido por la defensa y de acuerdo a los hechos que el voto mayoritario tuvo por probado, se valoró como factor de disminución de pena la historia personal de los imputados –basada en los informes de su personalidad y de los datos que proporcionaron en audiencia de debate (**arts. 385, 272 y cc del CPP**)–, de la que el voto mayoritario dedujo que «ambos imputados contaban con condiciones que influyeron desventajosamente para entender con claridad, que conductas como la que protagonizaron implican un claro menosprecio a la reglas que regulan la vida en sociedad y que de su violación derivan seria y graves consecuencias».

Debe señalarse además que el a quo, hizo especial referencia a la situación de Franco Mercado, expresando que, en su caso, la pena «debe ser disminuida con mayor intensidad dado que hacía poco tiempo había alcanzado la mayoría de edad, y es dieciséis años menor a su consorte de causa» (fundamentos, fs. 606).

Es decir que, si bien el tribunal no analizó en forma expresa la carencia de antecedentes de los imputados o la cantidad de hijos que tiene Sebastián Mercado, estos factores evidentemente han sido sopesados, teniendo en cuenta que se encuentran incluidos en la historia personal a la que se hizo referencia precedentemente –conforme lo disponen los arts. 385, 272 y cc del CPP citados por el a quo–.

Por otra parte, debe decirse que, no obstante alejarse del mínimo con fundamento en las circunstancias agravantes ya aludidas, la pena finalmente impuesta también se encuentra muy lejos del máximo de la escala penal aplicable, la que parte de diez años y ocho meses de prisión y se extiende hasta cincuenta años de esa misma especie de pena.

Tampoco puede soslayarse que los extremos que el recurrente considera no valorados al momento de individualizar la pena –esto es, las agresiones de las que los hermanos Mercado fueron objeto, la necesidad de proteger a su familia que residía en el lugar en que se produjo el hecho, que su conducta no fue elegida, puesto que no fueron a buscar a las víctimas– tienen respaldo en una versión de lo acontecido que no es la que, finalmente, se tuvo por probada.

Por lo que no podría pretenderse la valoración de circunstancias que el a quo no consideró acreditadas.

En función de ello, no advierto ningún tipo de falencia en la determinación de la pena, lo que conduce también al rechazo del agravio bajo análisis.

En virtud de esas consideraciones, entiendo que corresponde dar respuesta negativa a la primera cuestión sometida a consideración. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro y Dr. Palermo. Preopinante.

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

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

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

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

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

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 608/615 vta. De estos obrados por la defensa de Franco Matías Exequiel Mercado Morales y Antonio Sebastián Mercado Morales y, en consecuencia, confirmar la sentencia Nº 671 dictada por el Tribunal Penal Colegiado Nº 2 de la Primera Circunscripción Judicial.
- 2.- Tener presente la reserva del caso federal.
- 3.- Imponer las costas a la vencida y diferir para su oportunidad la regulación de los honorarios profesionales.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

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

16- BAIGORRIA y ot.. 05-06-20.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200605_FcBaigorria.pdf

Lex: Art. 79 del CP.

Vox: Homicidio simple. Valoración de la prueba. Unidad de la prueba.

Summa:

El **TPC** absolvió a Leiva Salas por el delito de homicidio simple (art. 79 del CP), y condenó a Baigorria a la pena de **dieciséis años de prisión e inhabilitación absoluta** por todo el tiempo de la condena como autor penalmente responsable del delito de homicidio simple (art. 79 del CP).

La **defensa** de Baigorria Funes interpone recurso de casación contra a sentencia condenatoria.

La **querellante particular** interpone recurso de casación contra la sentencia que absolvió a Leiva.

El **Procurador General** entiende que deben ser rechazados los recursos promovidos.

La **SCJM** rechazó los recursos de casación interpuestos por la querellante particular y por la defensa de Baigorria.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 295, pronunciada por el TPC N° 1-1° CJ.

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

Fallo:

CUIJ: 13-04638576-9/1((018601-45618)) FC/ BAIGORRIA FUNES SERGIO LUIS Y LEIVA SALAS JONATHAN EMANUEL P/ HOMICIDIO SIMPLE (45618) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104722336*

En Mendoza, a los cinco días del mes de junio del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04638576-9/1, caratulada "F. C/ BAIGORRIA FUNES, SERGIO LUIS, LEIVA SALAS, JONATHAN EMANUEL Y SOLORZA MOYANO, FRANCISCO NICOLÁS P/ ROBO HOMICIDIO S/ CASACIÓN".

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

La querellante particular interpone recurso de casación (fs. 1390/1396) contra la Sentencia N° 295 (fs. 1374 y vta.) y sus fundamentos (fs. 1376/1387 vta.), mediante la cual se absolvió a Jonathan Emanuel Leiva Salas por el delito de homicidio simple (art. 79 del CP), en la causa N° P-45.618/16.

El pronunciamiento fue dictado por el Tribunal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial. Asimismo, la defensa de Sergio Luis Baigorria Funes interpone recurso de casación (fs. 1398/1404 vta.) contra la Sentencia N° 295 (fs. 1374 y vta.) y sus fundamentos (fs. 1376/1387 vta.), mediante la cual se lo condenó a la pena de dieciséis años de prisión e inhabilitación absoluta por todo el tiempo de la condena como autor penalmente responsable del delito de homicidio simple (art. 79 del CP), que se le atribuye en la causa N° P-45.618/16.

El pronunciamiento fue dictado por el Tribunal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

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

1.- Sentencia recurrida

En la sentencia impugnada el tribunal de mérito consideró acreditado los siguientes hechos: «[e]l 2 de mayo del 2016, aproximadamente entre las 16:45 hs. y las 17:05 hs., se hicieron presente en el domicilio de Víctor Hugo Robles ubicado en calle Constancia C. Vigil n° 215, Barrio 24 de Setiembre, Maipú, a bordo de una camioneta marca Ford Ranger de color blanca, dominio EQZ-918 y un vehículo marca Volkswagen Gol de color gris, dominio CWG-537, Sergio Luis Baigorria Funes, Jonathan Emanuel Leiva Salas, Francisco Nicolás Solorza Moyano y un sujeto no identificado. Baigorria Funes junto con éste último ingresaron a la vivienda, y mediante el empleo de arma de fuego y arma blanca, le produjeron diversas lesiones a Robles ocasionándole la muerte. Siendo la causa de muerte degüello por herida de arma blanca».

A su vez, el tribunal de la instancia anterior, consideró que, atento a los hechos descriptos en la acusación fiscal, debidamente analizados, y ponderando los elementos de convencimiento acercados a la causa, no se encontraba suficientemente acreditado que Jonathan Emanuel Leiva Salas fuera penalmente

responsable de los mismos, por lo que procedió a su absolución por el beneficio de la duda. Para así decidir el sentenciante valoró, entre los elementos más importantes: las declaraciones testimoniales de María Magdalena Flores Venavidez, Vanesa Lourdes Robles Flores, Marcela Moyano, Marcelo Gabriel Sánchez Yacanto y Juan Carlos Lucero Giménez; la declaración del coimputado Jonathan Emanuel Leiva Salas; las actas de procedimiento; el informe de la División Homicidios; la necropsia practicada a Víctor Hugo Robles; el informe de Interpretación Criminalística; el informe de División de Identificación Forense; y, el cotejo olfativo.

2.- Recurso de casación

2.1) Recurso de casación de la querellante particular

La vía impugnativa incoada se funda en las previsiones contenidas en los incisos 1 y 2 del art. 474 del CPP, por entender que el resolutivo de origen adolece de vicios sustanciales y formales que lo invalidan como acto jurisdiccional válido.

Considera que la sentencia, con respecto a la absolución por homicidio simple de Jonathan Leiva Salas, es un acto de extrema arbitrariedad en cuanto a la valoración de la prueba, violentando así el principio lógico de razón suficiente.

No comparte la conclusión arribada por el tribunal de sentencia, en cuanto a que la hipótesis sostenida por el representante del Ministerio Público Fiscal, con respecto al coimputado Jonathan Leiva, no fue corroborada a través de los elementos de convencimiento ingresados en la audiencia de debate, por lo que dispuso su absolución por el beneficio de la duda.

Luego, sostiene como arbitraria la valoración de la prueba con respecto a las siguientes circunstancias:

a) Referencia que Leiva manifestó que se encontraba en la vereda del domicilio cuando escuchó varios disparos de armas de fuego que provenían de la vivienda, mientras Baigorria y un sujeto no identificado se encontraban en su interior. La querellante aclaró que esos disparos fueron advertidos tanto por Leiva como por la señora Moyano, pero sin embargo nadie vio a Leiva en la vereda al momento de producirse el homicidio.

b) Asimismo, señala que Leiva expresó que por el «susto» se fue con Solorza en la camioneta, dejando su automóvil en el lugar. Pero, sin embargo, expresa que esas afirmaciones fueron desvirtuadas por el contenido de las grabaciones de seguridad donde se observaba claramente cómo los vehículos intervinientes se fueron juntos de la escena del hecho.

c) Con relación a las lesiones que provocaron la muerte de Robles, argumenta que la médica del Cuerpo Médico Forense fue contundente al manifestar que todas fueron vitales y contemporáneas, resultando imposible establecer cuáles fueron primeras y que, necesariamente, requirieron el concurso de por lo menos dos sujetos.

d) Señala que personal policial que reconstruyó la escena del crimen afirmó que los victimarios abandonaron el lugar atravesando el portón del frente de la vivienda y haciendo su paso por la vereda. Por último, hace referencia que, aplicando la operación mental de supresión hipotética, es decir suprimiendo esos razonamientos viciados, queda sin sustento suficiente la absolución del imputado Leiva, lo que conlleva a la nulidad de la sentencia absolutoria por resultar viciada en su motivación. Hace reserva del caso federal.

2.2) Recurso de casación de la defensa de Sergio Luis Baigorria Funes

La vía impugnativa incoada se funda en las previsiones contenidas en el inciso 2 del art. 474 del CPP, por entender que el resolutivo de origen adolece de vicios formales que lo invalidan como acto jurisdiccional válido.

Solicita que se declare la nulidad absoluta de la sentencia condenatoria. Subsidiariamente pretende que el Máximo Tribunal case la sentencia y absuelva al imputado Baigorria Funes por aplicación del beneficio de la duda (art. 2 del CPP) o que en su defecto, modifique la calificación legal atribuida condenándolo como autor penalmente responsable del delito de homicidio en agresión (art. 95 del CP) aplicando la pena que estime corresponder.

Considera que el juzgador valoró en forma arbitraria y contradictoria las pruebas agregadas al expediente, apartándose de su obligación de hacerlo bajo las prescripciones de la sana crítica racional. Advierte que no existe en la resolución cuestionada referencia alguna en relación a la cantidad de personas (al menos tres) que estuvieron junto a Baigorria en el lugar del hecho y que tomaron parte en las agresiones que terminaron con la vida de la víctima.

Por ello considera que existe una valoración de la prueba dirigida a crear una hipótesis de lo ocurrido dentro del domicilio que permita sustentar una condena por el delito de homicidio simple.

Al respecto expresa que el informe de interpretación criminalística menciona que, en el garaje de la vivienda se ubicaron al menos cuatro personas (dos en la sala de estar y cocina comedor y, dos subieron por las escaleras a la planta alta).

Sin embargo, hace referencia que el juez de sentencia tuvo por acreditado que Baigorria participó del hecho con, al menos, una persona más, sin mencionar ni brindar explicación de qué sucedió con los restantes dos sujetos que indica el informe, o en su defecto, explicar fundadamente los motivos por los que se apartó.

Asimismo, agrega que la probable participación de más de dos personas no sólo se desprendió del informe de interpretación criminal, sino también de lo manifestado por la Dra. Yolanda Herrera del Cuerpo Médico Forense en relación a las lesiones, lo declarado por el coimputado Leiva Salas con respecto a la cantidad de personas (tres) que arribaron junto a Baigorria al domicilio de la víctima, las cámaras de seguridad que prueban que dos vehículos arribaron al lugar y la cantidad de cuchillos (cuatro) hallados en la escena del crimen, entre otros.

Sostiene que existen contradicciones entre lo expresado por el tribunal de juicio en el punto n° 14 y 24 de su resolución, en relación al número de disparos de arma de fuego. En efecto, argumenta que en el punto n° 14, conforme surge de la necropsia de fs. 302, la víctima presentaba tres orificios de entrada provocado por proyectil de arma de fuego, y no dos orificios como concluye el sentenciante en el punto n° 24 de sus fundamentos.

Advierte que la resolución no contiene una determinación clara y circunstanciada del hecho que se tiene por acreditado para alcanzar la condena.

Considera que sólo en los puntos n° 24, 46 y siguientes se hace referencia al hecho delictivo que pretende tener por cierto, por lo que estima que es pasible de nulidad. Menciona que tampoco se visualiza en la

sentencia referencia clara y precisa de la «convergencia» que debe acreditarse en el caso para condenar a Baigorria como coautor del delito de homicidio simple (art. 79 del CP).

Hace referencia que los restantes imputados presentaron particularidades distintas. Así, manifiesta que Leiva Salas fue absuelto por el mismo juez por el valor que adquiere en esta instancia el principio de inocencia y de la duda insuperable.

Por lo que considera que se dejan vivas todas las posibles hipótesis de participación de éste en el hecho investigado.

Con respecto a Solorza señala que evadió el accionar de la justicia fugándose, por lo que debe esperar un nuevo juicio. Y por último menciona al sujeto que aún no ha sido individualizado, lo que impide que se lo someta a juzgamiento.

Señala que no se corresponde con el caudal probatorio valorado en su conjunto lo concluido en el punto n° 50 por el sentenciante, quien expresó «[q]ue Sergio Luis Baigorria Funes fue coautor de los acometimientos que con un arma de fuego y armas blancas, de tipo cuchillo, se llevaron a cabo en contra de Víctor Hugo Robles, con los cuales le produjeron las lesiones que fueron constatadas y que acabaron con su vida».

Argumenta que, de la correcta valoración de la restante prueba objetiva, se desprendió que la causal de muerte de Robles fue por «degüello por herida de arma blanca» y no por el impacto de los disparos del arma de fuego, ni por ambos. Por lo que considera que habría contradicciones entre lo expresado por el juez en los puntos n°15, 24, 4, 47 y el mencionado 50.

Asimismo, cuestiona dos de los fundamentos utilizados para condenarlo. En primer lugar, el hecho que de Robles estaba enojado con los empleados de Baigorria porque le sustraían elementos de su inmueble que estaban demoliendo, por lo que considera que serían ellos los que tendrían un motivo para agredirlo.

En segundo lugar, con respecto a la deuda que vinculaba a Baigorria con la víctima, sostiene que el sentenciante omitió explicar porque razón no se llevó toda la documentación que acreditaba su existencia, si supuestamente él fue el autor del homicidio.

Agrega que la documentación fue secuestrada por la fiscalía y luego devuelta a los interesados, quienes la hicieron efectiva contra el patrimonio de Baigorria.

Por último, el recurrente considera que se pretende sustentar una condena por homicidio simple de dieciséis años de prisión con meros indicios equívocos y, por ello, incapaces en sí mismos de sustentar válidamente el estado cognitivo de certeza absoluta exigido para condenar.

Al respecto, refiere que esos indicios se resumen en tres:

- a) la deuda monetaria,
- b) el enojo de la víctima con los empleados del condenado y, por último,
- c) sostener que se encontraba acreditado que a la hora de producirse la muerte de Robles, Baigorria se encontraba dentro del inmueble donde sucedió el hecho.

Solicita que se fije fecha para informar oralmente el presente recurso. Hace reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

Luego de analizar el escrito de la querellante particular, el Procurador General considera que debe rechazarse el recurso de casación articulado.

En efecto, considera que no existe ningún elemento de peso, que pueda hacer variar la decisión del juez que ha sido correcta.

Estima que la declaración defensiva de Leiva coincide en sus puntos esenciales con los elementos probatorios y la interpretación de estos realizadas por los profesionales de cada especialidad de la investigación, lo que indica, según su entender, que la absolución está fundada de modo suficiente y coherente.

Con respecto al recurso planteado por la defensa de Baigorria entiende que también debe ser rechazado. Estima que se encuentra acreditado que Baigorria estuvo en el momento y lugar del hecho cuando se produjo la muerte de Robles, con lo cual, entiende que puede inferirse sin dudarlo, que Baigorria fue uno de los coautores, sin poder determinarse si utilizó el arma de fuego o los cuchillos.

Por lo que considera que, el hecho preciso y circunstanciado que solicita la defensa no es el hecho probado con certeza de la coautoría del imputado Baigorria, porque es un hecho probado sobre la base de indicios.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Atento a los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que los recursos de casación interpuesto tanto por la querellante particular, como por la defensa del imputado Sergio Luis Baigorria Funes deben ser rechazados por cuanto la resolución impugnada no adolece de los vicios que les endilgan.

En efecto, estimo que la motivación cuestionada es suficiente para mantener el dictum como acto jurisdiccional válido, en tanto no adolece de falencias que impliquen su anulación.

Ello a tenor de la jurisprudencia reiterada de esta Sala que ha establecido que, para que los defectos en la fundamentación conlleven tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (conf. LS. 186-427, 153-011, 354-218, 392-094 y 397-177, entre otros), lo que en la especie no ocurre.

Ello por cuanto el a quo ha sustentado su decisión en las pruebas rendidas, que ponderó de acuerdo a las reglas de la sana crítica racional, cuyo apartamiento no han podido demostrar, constituyendo sus agravios una reedición de los planteos que efectuaron al momento de formular su respectivo alegato de cierre en la audiencia de debate, y que fueron contestados pormenorizadamente por el tribunal de juicio en los fundamentos aquí analizados.

Pasando a analizar el recurso interpuesto por la querellante particular, entiendo que el sentenciante, acertadamente, absolvió a Jonthan Emanuel Leiva Salas en base a la duda insuperable y al principio in dubio pro reo que privilegia el principio de inocencia.

Ahora bien, es oportuno destacar que la querellante particular no logra explicar debidamente la decisividad de las supuestas arbitrariedades en la valoración de la prueba, atento a que no indica concretamente cuáles serían los vicios, ni demuestra cómo se habrían producido, así como tampoco explica porque razón el sentenciante violó el principio de razón suficiente.

Sin embargo, debe señalarse que, si bien al sentenciante le generó incertidumbre el relato del coimputado Jonathan Emanuel Leiva Salas, del análisis de la prueba colectada en la causa considero, en igual sentido, que no había certeza para afirmar que los hechos no sucedieron del modo por él relatado, lo que generó un estado de duda razonable.

Así, la versión del acusado coincide con la reconstrucción del hecho realizada, en cuanto aquél expresó que «[B]aigorria les dijo que esperaran allí [en la vereda del domicilio] y volvió a ingresar a la casa con el otro muchacho. Mientras estaban en la vereda escucharon dos estruendos, por lo que intentaron ingresar a la vivienda pero como la puerta se encontraba cerrada y por los nervios que tenía le dijo a Cachilo que se fueran en la camioneta».

Además precisó que al lugar del hecho habían concurrido cuatro personas Baigorria, Solorza, que sería Cachilo, otro muchacho al que no conocía y él (fs. 1380 vta.). También aquella declaración coincide con la necropsia y con los dichos de la médica del Cuerpo Médico Forense, Yolanda Herrera, quien afirmó en la audiencia de debate que «[e]l acometimiento descrito no pudo concretarse, por lo menos de la manera en que lo fue, sin por lo menos la intervención de dos personas, dado que tanto los disparos con el arma de fuego, que fueron próximos absolutos, es decir efectuados a muy corta distancia, como las múltiples lesiones inferidas en el cuerpo, fueron todas lesiones vitales y contemporáneas, resultando imposible establecer cuáles fueron primeras y necesariamente requirieron el concurso de por lo menos dos sujetos» (fs. 1384 y vta.).

En función de los elementos señalados el tribunal de juicio consideró que la hipótesis sostenida por el representante del Ministerio Público Fiscal, en cuanto a la responsabilidad penal de Leiva Salas en el hecho investigado, no pudo ser corroborada a través de los elementos de convencimiento ingresados en la audiencia de debate. Así, entendió que se imponía su absolución por el beneficio de la duda (art. 2 del CPP).

Comparto la conclusión del a quo, en tanto lo expuesto precedentemente resulta suficiente para descartar los cuestionamientos articulados, en tanto al no haberse probado que fue Leiva Salas quien habría ingresado con Baigorria al domicilio de la víctima, su relato defensivo no pudo ser desvirtuado por la acusación, lo que hace operativo el principio de que la duda favorece la posición del imputado.

Por otra parte, y en relación con el recurso interpuesto por la defensa de Baigorria Funes, considero que no existe ninguna duda sobre la contundencia convictiva que emerge de los elementos de prueba debidamente valorados, a fin de tener por suficientemente acreditada la plataforma fáctica tenida por cierta por el sentenciante.

Ello en tanto, se impone como conclusión lógica y razonada, que el imputado Sergio Luis Baigorria Funes junto a un sujeto no individualizado, mediante el empleo de arma de fuego y arma blanca, le produjeron diversas lesiones a Víctor Hugo Robles, ocasionándole la muerte.

En primer lugar, estimo pertinente expresar que el cuestionamiento referido a que la resolución no contiene una determinación circunstanciada del hecho que se tiene por acreditado, debe ser rechazado. En tanto, de una lectura integral de la resolución y en especial de la valoración probatoria, surge con claridad las circunstancias de tiempo, modo y lugar del hecho objeto de la acusación.

En este sentido, debo mencionar que el tribunal de sentencia efectuó un prolijo y riguroso estudio sobre los elementos de prueba colectados.

Así, del análisis de las declaraciones testimoniales de la esposa y la hija de la víctima, María Magdalena Flores Venavidez y Vanesa Lourdes Robles Flores, se desprende que Robles mantenía relaciones de tipo comercial y financiero con Baigorria, vinculadas a la actividad de la construcción y de préstamos de dinero.

De igual modo también que el día del hecho se debía trasladar una heladera comercial desde la calle Mitre (lugar donde personal de Baigorria realizaba tareas de demolición) hasta la vivienda ubicada en calle Vigil. Por lo tanto, surge con precisión que Baigorria conocía con anterioridad a la víctima y que, además, el día del hecho se hizo presente en su domicilio.

Asimismo, de la declaración del coimputado Leiva Salas se ratificó el arribo de Baigorria, Solorza y un sujeto no individualizado al domicilio de la víctima, a bordo de una camioneta Ford Ranger, que transportaba la heladera tipo comercial, y un vehículo Volkswagen Gol. Siendo Baigorria quien ingresó a la vivienda junto al sujeto desconocido y dieron muerte a la víctima.

A ello cabe agregar que, según surge de los fundamentos, esta última declaración fue corroborada en primer lugar, por la cámara de vigilancia policial ubicada en la vía pública, próxima al domicilio de la víctima, el día y a la hora aproximada del hecho.

En ella se registró la imagen de la camioneta Ranger cargada con la heladera exhibidora, siendo escoltada por el vehículo VW Gol, los que posteriormente son observados conduciéndose la camioneta antes mencionada sin carga alguna, junto con el automóvil.

Y, en segundo lugar, por la medida de prueba de cotejo olfativo sobre un par de zapatillas secuestradas en autos, que se corresponde con el rastro de calzado colectado mediante fotografía digital del lugar del hecho.

Dicha medida consistió en que dos caninos, previo tomar contacto mediante su olfato con los elementos secuestrados, inmediatamente después se dirigieron a Sergio Luis Baigorria. Lo que explica que los caninos relacionaron esos elementos con el imputado, por lo que se desprende que este último estuvo en el interior del domicilio de Robles.

Por lo tanto, considero que no resultan atendibles los argumentos de la defensa cuestionando la intervención de Baigorria en la ejecución del hecho.

Tal como lo explica el sentenciante, comparto que «[s]i bien es cierto de que en autos no ha sido posible establecer cuál fue el rol específico que cumplió Baigorria Funes en la perpetración del injusto, si es factible afirmar, de manera certera, que cuando se produjo la muerte violenta de Víctor Hugo Robles, él se encontraba en el interior de la vivienda (así lo afirmó Leiva Salas y fue acreditado mediante prueba objetiva con las pisadas levantadas en el lugar del hecho, las que posteriormente fueron cotejadas con el calzado secuestrado en el departamento de Malargüe, lugar donde desarrollaba tareas laborales Baigorria Funes y que mediante la realización de una prueba olfativa le fueron asignadas al mismo), en compañía de por lo menos otra persona y que ambos ejercieron violencia sobre la víctima hasta acabar con su vida» (fs. 1384).

Asimismo, es de resaltar que tampoco tiene asidero alguno la crítica formulada en cuanto a que, los meros indicios eran equívocos y por ellos incapaces en sí mismos de sustentar válidamente el estado cognitivo de certeza absoluta exigido para condenar.

Al respecto, advierto que el sentenciante acierta cuando refiere que «[l]a contundencia de la prueba de cargo colectada en la causa [...] al igual que el análisis y valoración de las manifestaciones que se produjeron en autos, me persuaden de la veracidad del aserto inicial y de la contundencia de los indicios examinados, los que concatenados entre sí [...] me llevan a afirmar, con la certeza absoluta requerida en la estancia procesal alcanzada, a los efectos de poder dictar una sentencia condenatoria, que tanto la materialidad del hecho como la autoría que por el mismo se le ha adjudicado a Sergio Luis Baigorria Funes se encuentran plenamente acreditadas» (fs. 1384 vta.).

Cabe poner de resalto, que la prueba indiciaria fue valorada por el sentenciante en forma integral y no aisladamente, pues cada indicio, considerado separadamente, podrá dejar margen para la incertidumbre, la cual podrá ser superada en una evaluación conjunta.

Conforme lo ha sostenido en forma reiterada esta Sala, «[e]s igualmente improcedente, la crítica relativa a que el a quo se funda en indicios y no en pruebas directas, desde que el principio de la unidad de la prueba -íntimamente relacionado con el sistema de la sana crítica racional contenido en el **art. 206 CPP-**, impone como regla la consideración de la **prueba en su conjunto**, pues muchas veces la certeza se obtiene de probanzas, que individualmente estudiadas pueden aparecer como débiles o imprecisas, pero complementadas y unidas entre sí, llevan al ánimo del juzgador la convicción acerca de la existencia de los hechos denunciados» (Conf. L.S. 381-233, 382-107 y 388-219), lo que sucede en el sub-lite.

Entiendo que tampoco pueden prosperar los agravios vinculados a cuestionar en primer lugar, que no existe referencia alguna con respecto a las personas (al menos tres) que estuvieron con Baigorria en el lugar del hecho; en segundo lugar, en cuanto a las contradicciones por el número de disparos de arma de fuego y por la causa de muerte de la víctima; en tercer lugar, con respecto a la falta de referencia de la «convergencia» que debía acreditarse para condenar al imputado; en cuarto lugar, el cuestionamiento referido a la situación procesal de los demás imputados y, por último, a dos de los fundamentos utilizados para condenar a Baigorria, esto es su deuda monetaria y el enojo de la víctima con los empleados de éste.

Ello, en tanto el recurrente no logra explicar debidamente la decisividad de los supuestos cuestionamientos, así como tampoco explica por qué razón su valoración haría variar la solución adoptada. En este sentido, para determinar si la prueba omitida de valoración es decisiva o no, se debe recurrir al método de la inclusión o exclusión mental hipotética, por lo que una prueba es decisiva y afecta la motivación, si mentalmente se la incluyera o excluyera en el análisis probatorio y las conclusiones hubieran sido distintas.

En el caso concreto, si mentalmente se incluyeran los mencionados cuestionamientos, la conclusión seguiría siendo la misma, en tanto la sentencia se sustenta en elementos de juicio suficientes y válidos, explicando el tribunal de la instancia anterior el mérito que ha dado a las testimoniales de María Magdalena Flores y Vanesa Robles –esposa e hija de la víctima–, como así también a la declaración del coimputado Leiva Salas, señalando además las concordancia de éstas con otros elementos probatorios legalmente incorporado, como por ejemplo la cámara de vigilancia ubicada en la vía pública y el cotejo olfativo, sin encontrar –como ya se dijo– en sus razonamientos ningún vicio decisivo que invalide la motivación en la que se funda la sentencia atacada.

Con respecto al agravio referido a cuestionar las contradicciones en cuanto a la causa de muerte de Víctor Hugo Robles, debe señalarse que en el punto 46 de los fundamentos el sentenciante estableció que «[l]a

víctima falleció como consecuencia de las heridas que con armas blancas (cuchillos) le infligieron en su cuerpo, entre ellas una en el cuello que en definitiva fue la causante de su muerte (degüello por herida de arma blanca) (fs. 1384).

Advierto que no le asiste razón al recurrente, en tanto surge en forma clara que el tribunal de sentencia estableció que la causa de muerte de la víctima fue por «degüello por herida de arma blanca», tal como lo mencionó el recurrente en el recurso de casación.

En definitiva, tal como lo adelantara, que no le asiste razón al recurrente en sus cuestionamientos, ya que no observo en el fallo defectos de motivación en el desarrollo de sus fundamentos, ni contradicciones al principio de la sana crítica racional que lo torne arbitrario en cuanto a la determinación de la plataforma fáctica tenida por cierta, ni en cuanto a la intervención del imputado en la ejecución del homicidio de Víctor Hugo Robles.

Con lo que, a mi juicio, los vicios denunciados por el recurrente, a más de constituir una reedición de los planteos expuestos durante el debate, los que fueron debidamente abordados y resueltos en la pieza impugnada, no presentan argumentos sólidos que permitan aquí la modificación de lo allí resuelto, lo que conduce a su rechazo.

Asimismo, considero que resultan una mera conjetura del recurrente con el fin de desacreditar la participación del imputado en el hecho investigado.

Por todo lo expuesto, y en opinión coincidente con la vertida por el Procurador General, debe contestarse de manera negativa la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazarse los recursos de casación interpuestos por la querellante particular y por la defensa del acusado. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo y Dr. Adaro. Adhiere.

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

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

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

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

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

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuestos por la querellante particular y por la defensa de Sergio Luis Baigorria Funes.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva federal efectuada.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al Tribunal de origen, a sus efectos.

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

17- ARSUZA. 16-06-20.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200616_FcArzuza.pdf

Lex: Art. 79, 84, 174 inc. 5° del CP.

Vox: Homicidio simple. Homicidio culposo. Calificación legal. Diferenciación entre dolo y culpa. Riesgo permitido. Riesgo no permitido. Escala de peligros. Teorías de la voluntad. Teorías de la representación. Imputación objetiva. Peligro de dolo. Presupuestos intelectuales y volitivos. Lex Artis. Culpa consciente. Voluntad de causación. Voluntad de evitación. Fraude en perjuicio de la administración pública en modalidad de estafas reiteradas

Summa:

El TPC condenó al señalado, Arsuza, a la pena de **cuatro años de prisión**, con costas y demás accesorias legales, e **inhabilitación especial** por el término de ocho años para ejercer la profesión médica, por considerarlo autor del delito de homicidio culposo, en concurso real con el delito de fraude en perjuicio de la administración pública en modalidad de estafas reiteradas por el delito de homicidio culposo en los autos n° P-122029/16 y sus acumulados n° P-92960/16. Absolvió a los acusados Arzuza y Enríquez por el delito de lesiones graves culposas, en el marco de los autos n° P164.375/12. Absolvió a la acusada Laura Duta del delito de homicidio simple, en calidad de partícipe primara, en concurso real con el delito de ejercicio ilegal de la medicina.

La **defensa** técnica de Arzuza interpone recurso de casación. (Art. 474 del CPP)

El **MPF y la Querella** interponen recurso de casación.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido por la defensa y mantiene el recurso interpuesto por la Fiscalía.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación interpuesto por la defensa de Arzuza Villegas y la querellante particular. Hizo lugar parcialmente el recurso de casación interpuesto por la representante del Ministerio Público Fiscal, debiendo casarse la sentencia n° 802 y sus fundamentos, sólo en lo relativo a la condena del acusado **Arzuza Villegas** en el marco de los autos n° P- 122.029/16. En consecuencia, revocar el resolutive IV de dicha sentencia (fs. 1771/1772), que quedará redactado de la siguiente forma: «CONDENAR a ARSUZA VILLEGAS Carlos Gustavo, ya filiado, como autor penalmente responsable de los delitos de **HOMICIDIO SIMPLE y FRAUDE EN PERJUICIO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN MODALIDAD DE ESTAFAS REITERADAS** que se le atribuyen en los autos n° P122.029/16 y autos acumulados n° P-92.960/16; conforme con las previsiones de los arts. 79, 55 y 174 inc. 5 del CP».

Resolución cuestionada: Sentencia N° 802, pronunciada por el TPC N° 1- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Sanhueza. 09-11-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191109_FcSFJ.pdf

- Quiroga Morales. 10-09-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcQML.pdf

Precedentes relacionados.

- Arzuza Villegas. 23-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=38>
- Arzuza Villegas. 16-06-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200616_FcArzuza.pdf
- Arzuza Villegas. 14-10-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201014_FcAVC.pdf
- Arzuza Villegas. 24-06-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210624_FcArzuza.pdf

Doctrina citada.

Nuñez, Ricardo C., Derecho Penal Argentino, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, t. II, 1960, p. 48.

Parágrafos destacados.

“Así, la **imputación objetiva de la peligrosidad del comportamiento** se produce ex ante –es dogmáticamente independiente del juicio ex post de la realización del riesgo–, y se efectúa siempre con arreglo a criterios normativos y no individuales. Lo decisivo es la estimación jurídica y no la estimación subjetiva. Conforme con este encuadre teórico, considero que los peligros generados por el acusado son de una entidad tal que deben ser considerados como **peligros de dolo...**”. “...el acusado **creó un riesgo calificado como prototípicamente de dolo** se orientó con parámetros inválidos para la lex artis ...” (Voto Dr. Palermo)

“En efecto, considero que los hechos comprobados ante el tribunal de instancia previa configuran un supuesto de **homicidio doloso**, conforme con la posición que entiende que el dolo se construye sobre una base de **presupuestos intelectuales y volitivos**. Esta posición, se alinea con la postura normativa sostenida por la doctrina mayoritaria, que conceptualiza jurídico-penalmente al dolo como la «determinación de la voluntad hacia el delito. Implica una resolución delictuosa, la cual, como tal exige que el autor comprenda la criminalidad del acto y que dirija su acción».” (Voto Dr. Valerio)

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

Fallo:

CUIJ: 13-04864395-1/1((018601-122029)) FC/ ARZUZA VILLEGAS CARLOS GUSTAVO Y DUTA PRED LAURA FLORINA P/ HOMICIDIO SIMPLE (122029) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104947678*

En Mendoza, a los dieciséis días del mes de junio del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa Nº 13-04864395-1/1, caratulada "F. C/ ARZUZA VILLEGAS CARLOS Y DUTA PRED LAURA P/ HOMICIDIO SIMPLE P/ REC. EXT. DE CASACIÓN".

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

La titular de la Fiscalía de Instrucción nº 18, Unidad Fiscal Nº 13 de Homicidios y Violencia Institucional, interpone recurso de casación contra la sentencia nº 802 del Tribunal Penal Colegiado nº1 y sus fundamentos (fs. 1841/1853, fs. 1771/1772 vta. y fs. 1782/1835 vta., respectivamente).

Ello en tanto que, por un lado, el tribunal desestimó el pedido de condena formulado en el marco de los autos nº P-122.029/16 contra Carlos Gustavo Arzuza por el delito de homicidio simple y lo condenó por considerarlo autor del delito de **homicidio culposo**.

Asimismo, en este marco, el recurso fue interpuesto en tanto que el tribunal absolvió a la acusada Laura Duta del delito de homicidio simple, en calidad de partícipe primara, en concurso real con el delito de ejercicio ilegal de la medicina.

Por otro lado, el recurso de la representante del Ministerio Público fue interpuesto en tanto que, en el marco de los autos nº P- 164.375/12, el tribunal absolvió a los acusados Carlos Gustavo Arzuza y Ana María Enríquez del delito de lesiones graves culposas.

Por su parte, la defensa de Gustavo Arzuza Villegas interpone recurso de casación (fs. 1854/1873 vta.) contra la sentencia indicada, en tanto que el tribunal de juicio condenó al acusado en los autos nº P-122029/16 y sus acumulados nº P-92960/16, a la pena de cuatro años de prisión, con costas y demás accesorias legales, e inhabilitación especial por el término de ocho años para ejercer la profesión médica, por considerarlo autor del delito de homicidio culposo, en concurso real con el delito de fraude en perjuicio de la administración pública en modalidad de estafas reiteradas.

Por último, la querellante particular interpone recurso de casación (fs. 1874/1885 vta.), en la medida en que el tribunal a quo absolvió a los acusados Carlos Gustavo Arzuza y Ana María Enríquez por el delito de lesiones graves culposas, en el marco de los autos nº P164.375/12.

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

PRIMERA: ¿Son procedentes los recursos interpuestos?

SEGUNDA:

En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

I.- La resolución recurrida

El tribunal de sentencia tuvo acreditado en los **autos n° P- 122.029/16**, que «el día viernes 2 de diciembre de 2016 en hora indeterminada pero con posterioridad a las 11.29 horas, el médico cirujano Carlos Gustavo Arzuza Villegas, en el interior del domicilio ubicado en calle Alem al 388 de la ciudad de Mendoza, le realizó a la señora Isabel Beatriz Gattari (a) Betty una intervención quirúrgica consistente en una dermolipsectomía con liposucción, una liposucción región lumbar y colocación de implantes glúteos. Las intervenciones quirúrgicas [...] fueron realizadas en un mismo acto quirúrgico, sin los controles médicos pre quirúrgicos correspondientes y en un lugar no habilitado ni idóneo a sus efectos, para luego de terminada la intervención quirúrgica no ejercer el debido contralor de la paciente durante las primeras 24 horas, derivándola a su domicilio sin indicarle la toma de anticoagulantes, incrementando con su obrar negligente el riesgo de trombo embolismos. A causa de la operación Gattari comenzó a padecer fuertes dolores, razón por la cual se comunicó con Arzuza requiriendo su atención. A raíz de dicho llamado, se hizo presente el día 4 de diciembre del 2016 aproximadamente a las 00.30 horas en el domicilio de Gattari, sito en calle Urquiza n° 651 departamento 4 de Guaymallén, Laura Florinda Duta, pareja de Carlos Arzuza, la cual, atento al estado en que se encontraba Gattari, le aplicó personalmente inyecciones y suero, indicándole que eran para calmar el dolor y relajarla. Para fecha 7 de diciembre de 2016, momentos antes de las 15.00 horas, Gattari se desvaneció en su domicilio, concurriendo al llamado el médico Carlos Arzuza después de las 18.00 horas del mismo día, donde minutos más tarde Gattari falleció a causa de un trombo embolismo pulmonar producido por la intervención a que fuera sometida en un mismo acto jurídico. Atento a [sus] previos conocimientos médicos, [el imputado], el mismo debió representarse que en las condiciones y bajo los términos en que realizó las tres intervenciones en un mismo acto a la víctima, y al dejarla sin el debido contralor las 24 primeras horas posteriores a la operación y sin anticoagulantes, podrían producirse coágulos que derivarían en un trombo embolismo pulmonar y su muerte, y al [no] cumplir con lo que [...] le [exigía] la *lex artis* de la medicina incrementó el riesgo que en definitiva se materializó en el resultado muerte de Isabel Beatriz Gattari» (ver fundamentos, fs. 1.813 vta./1.814).

Respecto del objeto procesal debatido en los autos n° **P -92.960/16**, el a quo entendió corroborado que «Carlos Arzuza[...] con el ardid de diagnosticar a los afiliados Olga Villegas de Arzuza y auto diagnosticarse la enfermedad “piodermatitis”, prescribió entre los años 2014 y abril del 2016 la monodroga NUBAINA (nabulfina) en recetas propias de la Obra Social de los Empleados Públicos de Mendoza –ente autárquico público no estatal [...] y luego expedido en la red de farmacias en sus distintas presentaciones [...]. Así fue que el sindicato adquirió en el mismo lapso de tiempo un total de 5848 ampollas [...] de la droga referida en sus dos presentaciones. La enfermedad aducida por el sindicato se encuentra cubierta por el listado de prestaciones de medicaciones con descuento en la referida obra social [...]. Asimismo, el incuso en fecha y lugar ignorado utilizó formularios de prescripción de los mismos medicamentos de la obra social referida utilizando recetas en blanco firmadas y selladas por la Dra. María Enríquez, y también en fecha y lugar ignorados utilizó el sello de la Dra. Marcela Ochoa matrícula 5883 suscribiéndolas con firma apócrifa. Con las maniobras antes descriptas, el imputado se aprovechó de los descuentos generados por la provisión de medicamentos estipulados en beneficio de los afiliados de la obra social OSEP» (ver fundamentos, fs. 1.827 vta./1.828).

Para tener por acreditadas estas plataformas fácticas, el tribunal valoró prueba testimonial brindada en el debate, prueba instrumental incorporada y demás declaraciones producidas en la investigación penal preparatoria que fueron incorporadas con el consentimiento de las partes.

Respecto de lo controvertido en los autos n° P- 164.375/12, el tribunal entendió que no podía tenerse por corroborada la plataforma elevada a juicio, que, en lo sustancial, indica que «[...] el día 19 de octubre de 2012, a las 18:00 horas aproximadamente, Sonia Tránsito Magallanes fue intervenida quirúrgicamente en la “Clínica Lavalle SA” [...] lugar en donde se le practicó una operación denominada Histerectomía (extracción de útero), la cual fuera practicada por el cirujano Sr. Carlos Gustavo Arzuza y la Dra. Ana María Enríquez de Camargo en carácter de ayudante.

Luego de la intervención, la paciente quedó internada en el lugar por el lapso de dos días, siéndole dada el alta médica el día 21 de octubre de 2012, sin indicación médica alguna, en cuanto a curaciones, respecto a la herida que presentaba en su zona inguinal [...] ni prescripción de medicación por parte del Dr. Arzuza y la Dra. Enríquez de Camargo.

El día 22 de octubre de 2012 la víctima sufría fuertes dolores abdominales e hinchazón, por lo que fue trasladada a la “Clínica Lavalle SA”, en la cual, la Dra. Enríquez de Camargo sin [auscultarla] le manifestó que se debía a que no había orinado, en consecuencia, la hizo beber agua mientras la alojó en una habitación. Luego de que la misma pudiera orinar, al persistir los síntomas, y presentar vómitos sanguinolentos y de color oscuro se decidió volver a internarla; un enfermero de nombre Gustavo Pastrán Rosales le aplicó un inyectable en el abdomen». «A la mañana del día 23 de octubre de 2012, la Dra. Enríquez de Camargo, sin revisarla previamente, le dio el alta médica.

El día 24 de octubre de 2012 a las 8:00 horas aproximadamente, la Sra. Magallanes volvió a sentir dolores cada vez más intensos, mientras continuaba con vómitos oscuros sanguinolentos e hinchazón abdominal, por lo que fue trasladada nuevamente a la clínica [mencionada], donde fue atendida por el Dr. Muñoz. Luego de auscultarla y colocarle suero, fue derivada a la Sociedad Española de Socorros Mutuos [...] siendo internada allí con carácter de urgencia.

La Dra. Fernández Galdeano constató el estado crítico de la salud de la Sra. Magallanes, siendo intervenida quirúrgicamente el día 25 de octubre de 2012 por el Médico Cirujano Dr. Gonzalo Eugenio Funes, quien lo hizo junto al Dr. Alejandro Díaz Castillo, cuyo diagnóstico post operatorio fue: “sepsis de origen abdominal, peritonitis generalizada, necrosis de ovarios y trompa derecha e izquierda, Evisceración parcial”» (ver fundamentos, fs. 1.814 y vta.).

Sobre estos hechos, el tribunal entendió que el estado de inocentes de los encartados no pudo ser destruido con pruebas suficientes que permitan sostener, con grado de certeza, que los acusados fueron responsables de haber violado deberes objetivos de cuidado y, mediante ello, de producir lesiones graves en la integridad física de Sonia Magallanes.

Por esta razón, consideró que la duda respecto de si el obrar de los acusados fue correcto o no, debía favorecerles (ver fundamentos, fs. 1.821/1.822).

II.- El recurso de casación del Ministerio Público Fiscal

La representante de la acusación fiscal interpone recurso casatorio, al considerar que la sentencia criticada contiene **vicios in iudicando e in procedendo**.

Acerca de los autos n° P122.029/16, realiza las siguientes consideraciones. Entiende que el tribunal acreditó arbitrariamente que la señora Gattari dio su autorización para que se le practicara la cirugía que determinó su muerte.

Señala que ello no puede deducirse sin más, toda vez que la ley de salud pública exige que el consentimiento sea informado y figure en una historia clínica, siendo ésta una documentación inexistente en el caso. Critica la posición del a quo, en tanto aludió al «sentido común» como una variable válida para presumir que el acusado, en tanto realizaba cirugías de modo profesional y como medio de vida, sólo pudo representarse la mejoría de sus pacientes y no un resultado lesivo.

Entiende que es un recurso argumentativo vago que presume que el acusado realizaba su labor de manera reglada, siendo esta una circunstancia que no tiene reparo en la prueba rendida. Se agravia por la contradicción del tribunal al aplicar el principio de confianza en el tipo objetivo.

Señala que el a quo afirmó, por un lado, que el acusado podía confiar en que su paciente cumpliría con las medidas postoperatorias que le indicó, y, por otro lado, que se probó que tales indicaciones no se dieron por escrito. Apunta en este punto que la prueba constata, efectivamente, que el acusado no formuló a la paciente indicación alguna y no proscribió la medicación adecuada.

Repasa los fundamentos del tribunal, relativos a la distinción entre imprudencia y dolo, y afirma que ha sido contradictorio.

Según destaca, por un lado, el a quo criticó la actuación de la acusación –por cuanto consideró que ésta no pudo probar el dolo y sólo asumió que Arzuza previó como probable el resultado, debido a sus conocimientos–; pero, por otro lado, el tribunal también afirmó que estaba probado con certeza que Arzuza pudo dirigir el curso causal de sus acciones porque le eran previsibles conforme con los conocimientos que tenía.

Manifiesta que resultan inadecuadas las refutaciones del tribunal, en cuanto sostuvo que el órgano fiscal no pudo probar el dolo directo.

Explica que los alegatos fiscales estuvieron direccionados a probar que el acusado actuó con dolo eventual, basado en **la representación del resultado «muerte» como posible.**

Entiende que, aun asumiendo los postulados teóricos avalados por el a quo, no puede asumirse que al acusado actuó con culpa consciente, toda vez que las circunstancias probadas indican que éste no pudo confiar en la evitación del resultado tras haber cometido diversas violaciones a la lex artis.

Finalmente, cita jurisprudencia de esta Suprema Corte de Justicia y, conforme con su criterio, defiende que en el caso ha quedado probado que los acusados realizaron un acto quirúrgico conociendo el peligro que creaban y aceptando o aprobando la posibilidad de que dicho riesgo se produzca.

Respecto de la causa n° P- 164.375/12, la recurrente sostiene que el tribunal omitió prueba incorporada y valoró parcialmente otros elementos probatorios, para, de este modo, dictar una sentencia absolutoria arbitraria.

Con ello, afirma que el a quo ha realizado una valoración parcial de la prueba, pues sólo se ha manifestado respecto de los elementos convenientes para apoyar la absolución.

Destaca que diversos elementos probatorios fueron omitidos o valorados parcialmente, y sostiene que estos eran relevantes para llegar al grado de certeza necesario para condenar.

Así, señala que las declaraciones los Dres. Guillermo Occipinti, Alejandro Díaz Castillo y Fernando Cuartara fueron valoradas parcialmente. Además, entiende que el a quo omitió la declaración incorporada del Dr. Gonzalo Funes, el informe del Cuerpo Médico Forense y el informe del departamento Deontológico del Ministerio de Salud.

Considera que no se han dado razones para otorgarle mayor peso convictivo a los dichos de la acusada Enríquez respecto de las demás declaraciones testimoniales brindadas en el debate.

Solicita que la sentencia sea casada o anulada y formula reserva del caso federal.

III.- El recurso de casación de la defensa de Carlos Gustavo Arzuza

La defensa del acusado Carlos Arzuza interpone su pretensión recursiva en virtud de lo dispuesto en el art. 474 incisos 1 y 2 del CPP y realiza diversas consideraciones críticas en las causas controvertidas en el juicio.

Respecto de los autos n° P-122.029/16, en un primer orden de ideas, sostiene que el a quo no ha explicado en qué elementos probatorios se basó para afirmar que el acusado **no tomó los recaudos necesarios** y previos a la cirugía que le practicó a Isabel Gattari.

Entiende que el tribunal no explicó cómo el acusado incrementó el riesgo, o como el incremento del riesgo se concretó en el resultado.

Afirma que no se ha demostrado que el trombo embolismo pulmonar que ocasionó la muerte de Gattari haya sido consecuencia directa e inmediata de la intervención del acusado.

En concreto, indica que no existe elemento de prueba que vincule ese diagnóstico con la falta de un control postoperatorio, con la inadecuación del lugar en donde fue operada o con la falta de suministro de heparina.

Asimismo, entiende que no se ha acreditado que el cumplimiento de las reglas de la lex artis hubiese evitado el deceso imputado y afirma que la conducta del acusado pudo elevar el riesgo de un resultado lesivo, pero siempre dentro del riesgo permitido.

En este sentido, sostiene que el tribunal no tuvo en cuenta que en el debate se dijo, que el trombo embolismo pulmonar es una complicación inherente al tipo de intervención quirúrgica a la que se sometió la víctima, y afirma que, por más cuidado que el acusado haya podido tener dentro de las 24 o 48 hs. posteriores a la operación, no podría haberse evitado el resultado.

Critica lo dicho por el tribunal, en tanto indicó cuáles son los deberes objetivos de cuidado que el acusado debió observar.

Entiende que Arzuza no tenía conocimiento de los medicamentos que tomaba Gattari y que, conforme con los testimonios, producen una alteración de la coagulación. Por ello, alega que no podía exigírsele un comportamiento tendiente a evitar esta complicación.

Asimismo, apunta que el médico no tiene obligación de prescribir todas las instrucciones que debe asumir el paciente luego de una cirugía y que no existe protocolo que exija el deber de guardar al paciente en observación durante 24 hs. con posterioridad a la operación.

Afirma que el hecho de no hallar una suscripción escrita no controvierte lo afirmado por el acusado, en el sentido de que sí suministró heparina y prescribió a la paciente que concurriera al consultorio días después de la intervención quirúrgica.

En un segundo orden de consideraciones, considera que se ha vulnerado el principio de congruencia.

Repasa la acusación fiscal y las precisiones descriptas en la necropsia de Isabel Gattari, y apunta que la intervención quirúrgica sobre la que se fundó la acusación no es la intervención que el tribunal entiende acreditada, y que la relevancia de esta circunstancia es evidente puesto que ha sido valorado por el a quo como un catalizador del riesgo.

Respecto de los **autos n° P- 92960/12**, la defensa manifiesta que el tribunal ha cometido un error en la subsunción legal de los hechos.

Afirma que la obra social de empleados públicos de Mendoza –OSEP–, no puede ser considerado un órgano de la administración pública en los términos del Código Penal.

Recuerda que el apoderado de la obra social dijo en el debate que se trata de un órgano público no estatal, y afirma que este criterio ha sido incluso avalado por esta Suprema Corte de Justicia.

Además, sostiene que el perjuicio que pudo ocasionarse a la obra social no repercutió en la sociedad en general, sino en sus afiliados.

Así, concluye que el hecho acreditado debió ser encuadrado en el delito genérico de estafa, tipo penal que prevé una escala penal más tenue.

Realiza reserva del caso federal.

IV.- El recurso de casación del querellante particular

La parte querellante interpone recurso casatorio en virtud de lo resuelto en los autos n° P-164.375/12. Ello, pues entiende que el tribunal ha cometido **vicios in procedendo** al absolver a los acusados por el beneficio de la duda.

Esencialmente, formula las mismas consideraciones críticas que la representante del Ministerio Público Fiscal.

No obstante, repasa con más detalle las declaraciones de los profesionales médicos que intervinieron en el debate y afirma que no fueron considerados adecuadamente por el tribunal.

Sostiene la relevancia de dichas declaraciones pues, según su criterio, todas señalan que las lesiones sufridas por la víctima se debieron a la cirugía practicada por los acusados y a la falta de controles postoperatorios.

Realiza precisiones dogmáticas sobre el delito acusado y afirma que el resultado dañoso constatado está íntimamente vinculado con el comportamiento de los acusados, en tanto que, al violar deberes objetivos de cuidado, produjeron lesiones en el cuerpo y salud de la víctima, poniendo en riesgo su vida.

Solicita que la sentencia criticada sea casada o anulada.

Formula reserva del caso federal.

V.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General, tras exponer sucintamente los agravios de la parte recurrente, recomienda no hacer lugar al recurso de casación formulado por la defensa y considerar procedentes los recursos presentados por la representante del Ministerio Público Fiscal y la parte querellante.

A respecto, detalla los argumentos de los recurrentes que, según su criterio, demuestran la arbitrariedad del tribunal de juicio en las soluciones adoptadas en los autos n° P122.029/16 y P-164.375/12, y afirma que ha quedado probado, respectivamente, el comportamiento doloso y la actuación imperita de los acusados involucrados en dichos expedientes. Por ello, entiende que debe casarse la sentencia con el alcance solicitado por los acusadores.

VI.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

Por diversos motivos considero, por un lado, que debe rechazarse el recurso de casación formulado por la defensa del acusado en el marco de los autos n° P-122.029/16 y P92.960/16.

Asimismo, estimo que deben rechazarse los recursos del Ministerio Público Fiscal y de la parte querellante, respecto de lo resuelto en los autos n° P-164.375/12.

Por otro lado, entiendo que debe hacerse lugar al recurso presentado por el Ministerio Público Fiscal en el marco de los autos n° P-122.029/16. De modo preliminar, expondré el orden que seguiré en la solución del caso.

En la primera parte se abordarán los motivos de agravios invocados por la defensa (a). En este marco, los puntos de crítica se distinguirán por expediente y, finalmente, expondré una conclusión provisoria que se corresponde con la solución adelantada.

La segunda parte de la exposición será dedicada al tratamiento conjunto de los recursos del Ministerio Público Fiscal y del querellante particular (b).

Esto último se justifica ya que, si bien el recurso del órgano fiscal es más amplio –pues comprende una disconformidad con lo resuelto en dos de las causas controvertidas, y el recurso de la querellante tan sólo en una–, los agravios de ambos acusadores son idénticos respecto de la crítica a la solución adoptada en los autos n° P-164.375/12.

En este apartado, también distinguiré los agravios por cada causa controvertida y realizaré algunas consideraciones provisorias. Finalmente, sintetizaré a modo de conclusión (c), cuál es la posición que adopto respecto de la primera cuestión tratada.

a. El recurso de casación de la defensa

a.1.- Autos n° 122.029/16

Los agravios de la defensa de Carlos Arzuza, respecto de la decisión tomada en esta causa, deben ser desestimados, pues no cuentan con apoyo suficiente en las constancias incorporadas.

En efecto, la crítica que indica, que el tribunal no vinculó los elementos de prueba rendidos en el debate con la violación del deber de cuidado que se imputó al acusado, y que no explicó el modo en que éste elevó el riesgo prohibido de lesión, no se compece con los fundamentos de la sentencia.

Según se desprende de su lectura, el tribunal de juicio dio cuenta del contenido de todas las declaraciones testimoniales ofrecidas y destacó, respecto de cada una de ellas, la información relevante en este aspecto de la acusación (ver fundamentos, fs. 1787/1792).

Así, en este sentido, el a quo reunió elementos para afirmar que «[e]n el caso concreto la acción del imputado es la de [intervenir a la víctima] quirúrgicamente sin seguir la *lex artis* de la medicina y no haber tomado las medidas postoperatorias para evitar la generación de coágulos **incrementado el riesgo** para la vida de su paciente [...]. Todos los médicos que declararon en la audiencia de debate fueron contestes en afirmar que Gattari debió ser intervenida en un quirófano y por un equipo compuesto por el cirujano, su ayudante, el anesesiólogo y su ayudante y una instrumentadora quirúrgica y su asistente, aclarando el Dr. Gustavo Miguel [...] que no se deben hacer las tres operaciones juntas porque aumentan los riesgos postoperatorios, que a mayor tiempo de cirugía aumenta la posibilidad de trombosis venosa profunda» (ver fundamentos, fs. 1796 vta./1797).

De este pasaje se desprende, según entiendo, que el tribunal ha dado razones claras para explicar en qué consistió el **comportamiento riesgoso del acusado y cuál fue su incidencia en el resultado final**.

En consonancia con lo dicho, también debe ser desestimada la proposición que sostiene que no se ha probado que un comportamiento conforme a derecho no hubiese evitado el resultado.

Respecto de este argumento, las constancias indican que la defensa no ha acompañado mayores precisiones capaces de explicar por qué el cumplimiento de los parámetros de la *lex artis* hubiese sido insuficiente para evitar la muerte de Isabel Gattari.

En este sentido, si bien es cierto que el debate arrojó como precisión que el riesgo de un cuadro de trombo embolismo pulmonar es común a toda intervención quirúrgica como la practicada a la víctima, también lo es que los profesionales que testimoniaron fueron contundentes al afirmar, que los tratamientos pre y postquirúrgicos son importantes para graduar y evitar riesgos como el provocado, y que el sometimiento a más de una operación en conjunto eleva el riesgo de que ello suceda (ver declaraciones de los Dres. Eduardo Ripa, Gustavo Ángela y Eduardo Berthe en fundamentos, fs. 1788 vta./1790).

Tampoco es adecuada la crítica defensiva que ataca la individualización formulada por el tribunal, de los deberes de cuidado que el acusado debió respetar. Sobre este punto, advierto que la defensa no alude a elemento probatorio alguno para apoyar la hipótesis que se esconde detrás de su argumento, esta es, que el acusado sí cumplió con las exigencias de la *lex artis* y se comportó dentro del riesgo permitido.

En efecto, lo dicho por la defensa, en el sentido de que no podía exigirse al acusado el deber de conocer la medicación que tomaba la víctima – que podía provocar coagulación de la sangre– o el deber de prescribir instrucciones de cuidado o guardar en observación a la paciente luego de la operación, no ha sido apoyado en ningún elemento de prueba capaz de controvertir la prueba de cargo.

Frente a ello, con apoyo en la prueba instrumental incorporada y, principalmente, en las declaraciones testimoniales brindadas en el debate por diversos profesionales, el tribunal halló la certeza necesaria para afirmar que la conducta del acusado no cumplía con ninguna de las pautas reguladoras de la *lex artis*.

Ello, según opinión del tribunal, en tanto que el acusado realizó una cirugía estética sin contar con la especialidad adecuada, en un lugar no habilitado para ello, sin el equipo médico de profesionales correspondiente y sin los estudios y tratamientos pre y postquirúrgicos necesarios. Además, puesto que

realizó tres operaciones distintas en una sola intervención, elevando así las posibilidades de provocar el cuadro médico que, finalmente, se produjo y determinó la muerte de la víctima (ver fundamentos, fs. 1789/1791).

Finalmente, en el marco de esta causa, debe señalarse que no son adecuados los argumentos con los que el recurrente intenta demostrar que se ha vulnerado el principio de congruencia. Si bien es cierto que de la redacción del hecho finalmente probado se desprende que el acusado realizó tres operaciones en una misma intervención quirúrgica, mientras que en la pieza acusatoria se identificaron dos (ver fundamentos, fs. 1782 vta. y fs. 1813 vta.); lo cierto es que la representante del Ministerio Público Fiscal sí aludió, en ocasión de alegar, a la realización de tres operaciones conjuntas como uno de los factores de riesgo creados por el acusado, siendo ésta una circunstancia fáctica conocida por las partes en virtud de la declaración testimonial de los profesionales del Cuerpo Médico Forense.

Sin embargo, ni al momento de alegar en el debate, ni en esta instancia recursiva, el recurrente ha dado precisiones capaces de explicar la pretendida sorpresa en la estrategia defensiva, lo que demuestra que el interés subyacente al agravio es una pretensión de la nulidad por la nulidad misma (ver fundamentos, fs. 1784/1787).

a.2.- Autos n° 92.960/16

Los agravios formulados en el marco de esta causa también deben ser desestimados, puesto que, en esencia, los argumentos de la defensa son parte de una estrategia ensayada en la instancia de debate, refutada con adecuados argumentos por el tribunal de juicio, y reeditada en esta instancia sin mayores elementos capaces de demostrar el pretendido error del tribunal en la subsunción de los hechos.

Efectivamente, la idea que afirma que la obra social de los empleados públicos de la provincia de Mendoza –OSEP– no forma parte de la administración pública –razón por la que los hechos debieron ser encuadrados en el tipo penal de estafa genérica, y no en el tipo de fraude en perjuicio de la administración pública–, fue descartada por el tribunal de sentencia suficientemente, al señalar que, conforme con la ley provincial 4.373, la OSEP es un ente estatal autárquico que funciona dentro de la órbita del Ministerio de Salud, Desarrollo Social y Deportes de la provincia de Mendoza, y que su patrimonio está formado a partir de la suma que fija anualmente el presupuesto general de la provincia (ver fundamentos, fs. 1830).

Contra estos argumentos, según observo, la defensa no propone consideraciones distintas a las ya formuladas en la audiencia de alegatos, ni explica por qué las formuladas por el tribunal de la instancia anterior resultan desajustadas.

En pocas palabras, no se encuentran en la presentación recursiva argumentos capaces de demostrar la pretendida incorrección de la sentencia respecto de la subsunción típica del comportamiento imputado.

a.3.- Conclusiones

Con lo dicho hasta aquí, puede afirmarse que la sentencia no contiene los vicios que la defensa del acusado Carlos Arzuza invoca respecto de la valoración de los hechos controvertidos.

Las constancias indican que el tribunal dio adecuadas razones, basadas en la prueba incorporada, para afirmar, por un lado, que el acusado vulneró claros deberes de cuidado impuestos por las normas de la *lex artis*, y, por otro lado, que cometió una maniobra de defraudación a la administración pública.

Por todos estos motivos, entiendo que la **pretensión recursiva de la defensa no puede prosperar.**

b. Los recursos de casación de la acusación

Los acusadores, público y privado, critican la solución adoptada por el tribunal a quo en dos las causas controvertidas.

El Ministerio Público Fiscal lo hace respecto de lo resuelto en las causas n° P-167.375/12 y n° P-122.029/16, mientras que la querellante sólo critica la solución de la primera de estas causas.

En lo sucesivo, trataré la crítica conjunta de los acusadores en los autos n° P-167.375/16, y luego los agravios de la representante del Ministerio Público Fiscal en autos n° P-122.029/16.

b.1.- Autos n° P-167.375/12.

La hipótesis controvertida en esta causa indica que los Dres. Carlos Arzuza y Ana María Enríquez intervinieron quirúrgicamente a Sonia Tránsito Magallanes, en calidad de cirujano y ayudante respectivamente, y, luego de operarla, no habrían cumplido con los cuidados que hubiesen permitido detectar un cuadro infeccioso, que nació a raíz de dicha intervención y determinó la necesidad de una nueva operación que provocó lesiones.

Para los acusadores, la operación practicada por los acusados –una histerectomía, o extracción del útero– estaba justificada y había sido correctamente realizada, pero los cuidados posteriores fueron negligentes. El Dr. Arzuza habría violado tal deber en la medida en que, después de operar a la paciente en la Clínica Lavalle, nunca acudió a asistirle.

Por su lado, la Dra. Enríquez habría vulnerado la *lex artis* al dar de alta prematuramente a Magallanes, sin indicarle un tratamiento adecuado, y, luego, en las sucesivas consultas o reingresos de la paciente a dicha clínica, al no llevar a cabo una serie de tratamientos que le habrían permitido diagnosticar a tiempo la infección desatada en Magallanes (ver pieza de acusación fiscal que obra a fs. 339/345 de autos, y alegatos de los órganos de la acusación en el soporte audiovisual del día 5/8/2019).

El tribunal de sentencia consideró que la prueba presentada por la acusación no arrojaba certeza positiva sobre el deber de cuidado vulnerado por los acusados, de modo que el estado de duda al que había llegado debía favorecerlos.

Contra esta decisión, las partes recurrentes sostienen el mismo planteo crítico, pues ambas afirman que el a quo no valoró correctamente prueba que acredita la plataforma acusada (ver fundamentos, fs. 1821, y recursos a fs. 1849/1850 y 1878/1871).

No comparto las consideraciones de los recurrentes por lo siguiente. Preliminarmente, no puede dejar de distinguirse la acusación formulada a Carlos Arzuza de la que pesa sobre Ana María Enríquez.

Mientras que al primero se le endilga no haber controlado o asistido a la paciente en ninguna oportunidad después de la operación, a la segunda se le reprocha el haberlo hecho inadecuadamente y, de este modo, haber permitido el desarrollo de un cuadro de peritonitis generalizado (ver pieza fiscal de fs. 339/345 y alegatos en la audiencia acompañada en soporte audiovisual, del día 5/8/2019).

Respecto de la imputación contra Carlos Arzuza, estimo que son adecuados los argumentos con los que el tribunal de instancia anterior explica por qué el Ministerio Público Fiscal o la querellante particular no lograron disipar el estado de duda.

Al respecto, el a quo sostuvo que no existían certezas respecto de si Arzuza pudo controlar a la paciente, puesto que, conforme con los dichos de Enríquez, los controles postoperatorios estaban a su cargo y, cuando existía algún tipo de complicación, ella se lo informaba a Arzuza para que este asumiera dicha tarea los días viernes, día acordado a su vez para operaciones quirúrgicas programadas.

Con ello, la acusada afirmó que fue imposible contar con la asistencia de Arzuza, ya que había sido internado de gravedad en el Hospital Lagomaggiore, con posterioridad a la fecha de la operación.

El tribunal se mantuvo en el grado de duda sobre esta versión de los hechos, toda vez que no fue refutada por la prueba de cargo rendida en el debate, ni por nueva prueba que los órganos de la acusación pudieron pedir para evacuar las citas de Enríquez.

Además, los dichos de Enríquez le merecieron mayor credibilidad que otros testimonios de cargo, pues guardaba coherencia con lo asentado en la historia clínica de la Clínica Lavalle (ver fundamentos, fs. 1821).

Ahora bien, según estimo, los recurrentes no logran explicar en esta instancia el modo en que otros elementos de prueba controvertieron suficientemente las conclusiones del tribunal, o la medida en que éstas se valieron de premisas arbitrarias o razonamientos ilógicos.

En otras palabras, no se advierte en las presentaciones recursivas de la acusación, precisiones capaces de controvertir la explicación brindada por la acusada Enríquez, que refuerza el estado de duda respecto de los hechos acusados a Arzuza.

Por ello, al no demostrarse en esta instancia por qué es infundado el equilibrio probatorio sobre el que se apoya la duda que favoreció al acusado, no pueden prosperar las consideraciones críticas contra la absolución de Carlos Arzuza en esta causa.

Respecto de la intervención de la acusada Enríquez, estimo que el tribunal a quo valoró adecuadamente las declaraciones testimoniales de los Dres. Occipinti y Cuartara –peritos de la parte querellante– y del Dr. Díaz Castillo –médico cirujano que ofició de ayudante en la segunda operación de Sonia Magallanes–.

En efecto, luego de precisar que lo relevante en este caso radicaba en la identificación del debido deber de cuidado y de los comportamientos que, conforme con la acusación, vulneraron tal imperativo, el tribunal detalló por qué los testimonios rendidos en el debate eran insuficientes para probar con certeza tales extremos.

Así advirtió que, según la declaración del Dr. Occipinti, la infección de la paciente Magallanes no había sido común, razón por la que sostuvo que no podía afirmarse que la evolución del cuadro infeccioso fuese predecible para la acusada.

Además, de conformidad con lo señalado por el perito y lo asentado en la historia clínica, entendió que no podía sostenerse con certeza que la acusada hubiese vulnerado el deber de cuidado, puesto que atendió a Magallanes en las distintas oportunidades en las que ésta acudió y, tras tomar conocimiento de la complicación de la paciente, la derivó a otra clínica con la complejidad necesaria para atenderla (ver fundamentos, fs. 1817/1819 vta. y audiencia en soporte audio visual del día 4/6/2019).

Respecto de la exposición del Dr. Díaz Castillo –profesional que intervino en la operación practicada a Magallanes en la Sociedad Española de Socorros Mutuos–, el a quo resaltó la falta de certezas al señalar

que el testigo refirió, que el cuadro de infección o peritonitis de la paciente era secundario a una necrosis del útero, y que esta necrosis, a su vez, podía obedecer a múltiples causas de origen médico o no médico.

Además, destacó que el testigo dijo que, si bien el agravamiento en las condiciones de la paciente podía estar ligado a la cirugía previa realizada por los Dres. Arzuza y Enríquez, no podía asegurar esto, pues tal agravamiento también podía estar relacionada con otras causas desvinculadas de dicha cirugía (ver fundamentos, fs. 1.818 y vta. y audiencia en soporte audio visual del día 5/6/2019).

En lo que concierne a la declaración del Dr. Cuartara, el a quo destacó ciertas contradicciones que no construían certeza positiva.

Señaló que el perito afirmó, por un lado, que no advertía en la historia clínica cuál había sido el tratamiento dedicado a la paciente –motivo por el que el testigo concluía que la complicación se debió a una falta de control o a una atención indebida–, pero, por otro lado, que sostuvo que en la época de los hechos era muy común que los cirujanos sí revisaran a sus pacientes y que no lo registraran en la historia clínica.

Asimismo, el tribunal advirtió sobre otros aspectos de esta declaración que no apoyaban la hipótesis acusatoria.

Explicó que, según lo dicho por el perito, el cuadro de peritonitis se produjo muy rápido y un diagnóstico precoz no podía evitar ni prevenir la cirugía a la que tuvo que someterse a la paciente en la Sociedad Española de Socorros Mutuos, de modo que, producida la contaminación, lo que correspondía hacer era trasladar rápidamente a la paciente a una clínica de mayor complejidad.

Con ello, el tribunal enfatizó que el mismo perito de parte afirmó que, en este caso, el tratamiento y el traslado fueron rápidos (ver fundamentos, fs. 1818 vta./1819 vta. y audiencia en soporte audiovisual, del día 5/6/2019).

Con lo constatado hasta aquí, puede afirmarse que el tribunal de sentencia ha valorado los testimonios destacados por la acusación, de una manera adecuada.

Según estimo, de tales declaraciones no pueden extraerse precisiones certeras capaces de explicar el suceso lesivo controvertido.

De su interpretación conjunta, no solamente se desprenden dudas sobre si los acusados actuaron por encima de la barrera de permisión de la *lex artis*, sino también, más atrás en el razonamiento, sobre si el riesgo finalmente producido en el resultado fue uno creado por ellos.

Ahora bien, si bien es cierto que el tribunal de instancia anterior no dedicó mayores argumentos para meritar la prueba incorporada con omisión de lectura que la acusación señala –esto es, los informes del Cuerpo Médico Forense y del Ministerio de Salud, y la declaración testimonial del Dr. Gonzalo Funes–, estimo que tales elementos no pueden variar la solución. Sobre este punto debe decirse, por un lado, que, al controvertirse en este caso la hipótesis que indica que los acusados **elevaron el riesgo de lesión**, por encima de lo permitido en una actividad de por sí riesgosa, lo dicho en el informe del Cuerpo Médico Forense no arroja certezas respecto de tal objeto de controversia.

En efecto, tal informe indica que «las lesiones [sufridas por Magallanes en la segunda operación] tienen relación con la cirugía [...] donde habría participado el Dr. Carlos Gustavo Arzuza».

Advierto que allí no puede hallarse información distinta a la ya meritada en los testimonios destacados y suficiente para explicar el modo en que los acusados **violaron el deber de cuidado y provocaron las lesiones acusadas** (ver informe de fs. 126/vta.)

Por otro lado, debe destacarse que la información contenida en el informe del Ministerio de Salud, que apunta que la Dra. Enríquez no se encontraba autorizada para realizar histerectomías, tampoco es un elemento que permita controvertir la decisión del tribunal.

Esto puesto que, en el debate mismo, la acusada mostró un certificado expedido por el Ministerio de Salud que la acredita como médica cirujana habilitada desde 1974 hasta marzo del año 2024, y toda vez que los peritos de parte afirmaron que un cirujano general puede realizar la operación mencionada (ver informe de fs. 331 y audiencias en soporte audiovisual de los días 14/5/2019, 4/6/2019 y 5/6/2019).

Finalmente, debe decirse que la declaración del Dr. Gonzalo Funes –profesional que operó a Magallanes en la Sociedad Española de Socorros Mutuos– tampoco es un elemento de prueba capaz de arrojar mayores certezas.

Efectivamente, conforme con los pasajes destacables para la acusación, Funes sostuvo durante la investigación preparatoria que intentó comunicarse con el Dr. Arzuza y que este «dio una excusa» para no ver a la paciente, que, en su opinión, no le hicieron un seguimiento adecuado o una profilaxis antibiótica previa, y, además, que el postoperatorio de una cirugía de histerectomía es de 20 días.

Sin embargo, entiendo que no se desprenden de esta declaración datos capaces de construir certezas.

En primer lugar, toda vez que las actuaciones indican que el testigo no declaró en el debate. Esto impidió que los acusados y sus defensas pudieran ejercer el contradictorio frente a dicho testigo de cargo y, como producto de tal tarea contradictoria, que el tribunal contara con información más precisa acerca de los hechos.

En segundo lugar, puesto que la opinión del Dr. Funes se muestra contradictoria con la del perito de parte Occipinti, quien sostuvo algo distinto respecto del tiempo postoperatorio al señalar que, luego de 48 o 72 hs. después de la operación, puede darse el alta transitoria con indicación médica, tal como se hizo en el presente caso (ver fs. 117 y fs. 264/265 y audiencias en soporte audiovisual del día 4/6/2019 y 5/8/2019).

Según lo señalado, estimo que es posible afirmar que los elementos de prueba que la acusación considera omitidos, tampoco ayudan a explicar con certeza cuál ha sido el comportamiento de los acusados que vulneró el deber de cuidado exigido por las prácticas médicas y, de ese modo, generó un riesgo prohibido de lesión reproducido en las lesiones de Sonia Magallanes.

En definitiva, con lo visto hasta aquí puede afirmarse que los recurrentes no logran explicar de qué modo los elementos de prueba que detallan en sus presentaciones permiten llegar a una conclusión distinta de la alcanzada por el a quo.

Por estas razones, deben rechazarse las pretensiones recursivas del Ministerio Público Fiscal y de la parte querellante en el marco de este expediente.

b.2.- Autos n° P-122.029/16

La disconformidad del Ministerio Público Fiscal en este marco se produce en dos aspectos distintos. Por un lado, critica la posición del tribunal, en tanto este consideró que el hecho acusado a Carlos Arzuza no había sido probado como un supuesto de homicidio doloso.

Por otro lado, cuestiona la absolución de la acusada Laura Duta respecto de los delitos de homicidio doloso y ejercicio ilegal de la medicina. Veamos estos aspectos por separado.

b.2.1.- Acerca de la acusación contra Carlos Arzuza

Si bien la representante del Ministerio Público Fiscal ha propuesto varios motivos de agravio, estimo que el thema decidendum en este caso se ubica en el **vicio in iudicando que gira alrededor de la calificación legal de los hechos acreditados**.

Esto es, respecto de la discusión sobre si el acusado actuó con **dolo**, como lo entiende el Ministerio Público Fiscal, o si, como entendió el tribunal de instancia previa, no existieron motivos para afirmar o negar esto.

Atento a que es atribución del tribunal casatorio tratar aquellos aspectos que más convienen a la solución del caso, me dedicaré en lo siguiente a resolver el problema del aspecto subjetivo del hecho endilgado a Carlos Arzuza (LS 183-188; 202- 001; 269-234 entre otros).

Conforme con los argumentos que siguen, sostendré que no ha sido correcto el encuadre jurídico que el tribunal de instancia previa dio a los hechos acreditados, razón que amerita la casación de la sentencia en este aspecto (art. 485 del CPP).

De acuerdo con el a quo, el debate no arrojó certezas sobre la presencia de dolo en el plano subjetivo del hecho enjuiciado.

Esta conclusión fue asumida luego de realizar un largo repaso por distintas posiciones doctrinarias, relativas a la distinción entre las categorías del dolo eventual y la culpa con representación, tarea analítica que, sobre la base de la duda, lo inclinó a adoptar la posición que consideró más beneficiosa para el acusado.

En palabras del tribunal, «habiendo dudas respecto de si [el acusado actuó] con dolo eventual, culpa consciente o incluso inconsciente [corresponde considerarlo] autor penalmente responsable del delito de homicidio culposo en virtud de ser la atribución más favorable [...], dada la duda respecto de cómo **diferenciar el dolo eventual de la culpa consciente**, como asimismo en materia de los hechos no poder afirmarse con grado de certeza si se representó o no el resultado, o de haberse representado la posibilidad del resultado si obró con indiferencia o sobrestimando su capacidad para [evitarlo]» (ver fundamentos, fs. 1813).

Tal estado cognitivo de duda fue seguido de una toma de posición previa respecto de cómo entender el dolo.

A lo largo de su exposición, el tribunal dio argumentos que permiten deducir que su postura respecto del aspecto subjetivo del hecho se basa en una teoría que define al dolo a partir de factores intelectuales y volitivos.

Según el a quo, «no es tarea fácil ingresar en el laberinto de la mente del autor del hecho al momento del ejecutarlo, difícil es dilucidar **si se representó o no el resultado** de su accionar y si se lo representó, cuál

fue su actitud anímica respecto de ello, es decir si obró con total indiferencia por el resultado previsto o por el contrario, si lo descartó en base a considerarse hábil para ello».

Asimismo, afirmó que el dolo, en todas sus formas, comprende la representación de las relaciones de posibilidad o probabilidad de que un resultado suceda y la actitud del sujeto ante esa representación (ver fundamentos, fs. 1801 vta. y fs. 1803 vta.).

Luego de tal adscripción teórica, como se anticipó, el tribunal se mantuvo en el grado de la duda respecto de lo sucedido.

En este sentido, sostuvo que el comportamiento del acusado podía explicarse, con dudas más no con certezas, desde la postura que distingue entre dolo eventual y culpa consciente según que el autor cuente con que se produzcan los resultados representados o sólo confíe en que no sucedan.

En concreto, luego de referir que actúa con imprudencia quien está **consciente del peligro**, pero confía o excluye volitivamente, en el momento de tomar la acción, que tal peligro se realice, el a quo entendió que esta distinción parecía compatible con la conducta inmediatamente posterior del acusado, desde que este envió a su pareja, Laura Duta, a colocarle suero e inyecciones a la paciente como parte del postoperatorio.

No obstante, dijo que tal comportamiento era un indicio anfibológico que no permitía afirmar ni negar la existencia de culpa consciente ni de dolo eventual, y que no podía inferirse con certeza cuál fue, al momento del hecho, el especial elemento subjetivo de carácter volitivo con el que obró Arzuza (ver fundamentos, fs. 1803 y vta. y fs. 1810).

En este sentido, indicó que el «sentido común» demandaba una interpretación de los hechos más apegada a la culpa consciente, que al dolo eventual. Sostuvo que la duda en este caso recaía sobre si el acusado se representó como posible la muerte de Gattari por trombo embolismo pulmonar al momento de la operación, o luego al no indicarle anticoagulantes, o sobre si, habiéndose representado tal suceso, lo descartó en la errónea creencia de su capacidad como cirujano o actuó con total desprecio por el posible resultado muerte (ver fundamentos, fs. 1805 vta.).

Ahora bien, según mi parecer, los argumentos de la acusación relativos a la presencia de vicios de tipo sustancial en este marco deben ser recibidos.

Ello, puesto que los hechos tenidos por demostrados en la sentencia no son susceptibles de ser encuadrados en las previsiones del art. 84 del CP –homicidio culposo–, tal como lo hizo el tribunal a quo, sino en las previsiones del art. 79 del CP –homicidio simple–, tal como lo sostiene el Ministerio Público Fiscal.

Desde una posición como la que sostengo, en el caso se han probado los factores fácticos necesarios para afirmar que el homicidio de Isabel Gattari fue doloso.

Sobre esta cuestión, debo señalar que en otra oportunidad expresé las razones que me convencen de que **las teorías de la voluntad**, ya sea en sus versiones «**fuertes**» –que asimilan dolo con intención– o «**débiles**» –que consideran que la realización típica no sólo se quiere intencionalmente, sino que también se quiere cuando esta se representa como necesaria e internamente se la aprueba o consciente–, no logran resolver todos los problemas planteados alrededor la distinción entre dolo e imprudencia.

Asimismo, expliqué por qué una **teoría «fuerte» de la representación** también conlleva consecuencias negativas y cuáles son los problemas que acarrea la adscripción a posiciones **«débiles»** de la representación, basadas en el conocimiento de la posibilidad concreta de la realización del tipo penal o en un juicio subjetivo de probabilidad de que esto suceda.

Conforme con mi posición, la distinción entre dolo e imprudencia se resuelve de mejor manera según una «teoría débil» de la representación como probabilidad objetiva de ocasionar el hecho lesivo.

Teoría de la probabilidad de tipo normativo.

En otras palabras, según una **teoría de la probabilidad de tipo normativo** (ver causa «**Quiroga Morales**»). De acuerdo con esta postura, lo que el autor cree o piensa acerca del grado de realización típica no es relevante, ni tampoco lo es la forma de conocimiento que asume. **Lo importante es valorar el hecho a la luz de baremos normativos.** De este modo, **la delimitación entre dolo e imprudencia se ubica en la cualidad prototípicamente lesiva del peligro generado por la acción del autor.**

Esto implica que el eje de atención está en la **cualidad del objeto** a conocer más allá de la intención que tenga el autor de alcanzar o no el resultado lesivo.

Una derivación de esta idea es que, al analizar el tipo subjetivo de un delito, debe prestarse especial atención a la entidad del peligro típico creado.

Así, un peligro será de dolo cuando, considerado en sí mismo, constituya un método idóneo para producir el resultado, independientemente de la voluntad del autor. Por el contrario, si al peligro le falta esta cualidad prototípicamente lesiva, es decir, si no es muy probable que cause el resultado, estaremos frente a un peligro de imprudencia, aun cuando el autor tenga intenciones de ocasionar el resultado.

Imputación objetiva de la peligrosidad del comportamiento

Así, la **imputación objetiva de la peligrosidad del comportamiento** se produce ex ante —es dogmáticamente independiente del juicio ex post de la realización del riesgo—, y se efectúa siempre con arreglo a criterios normativos y no individuales. Lo decisivo es la estimación jurídica y no la estimación subjetiva. Conforme con este encuadre teórico, considero que los peligros generados por el acusado son de una entidad tal que deben ser considerados como **peligros de dolo.**

Esto puede afirmarse desde que Carlos Arzuza cometió diversos comportamientos contrarios a los parámetros de la lex artis que, según los profesionales médicos que declararon en el juicio, son de un **carácter grave.**

Los hechos constatados ante el tribunal de juicio indican que Carlos Arzuza realizó una operación quirúrgica rodeada de diversos **riesgos no permitidos.**

No sólo intervino a Gattari en un consultorio no habilitado como quirófano, también lo hizo sin contar con la especialización médica necesaria para el tipo de intervenciones que realizó y sin la asistencia del equipo médico de profesionales apropiados para el caso.

Además, no realizó los tratamientos preoperatorios indicados para estratificar los riesgos de la operación, realizó tres tipos de intervenciones distintas en el mismo suceso, y, por último, no realizó el tratamiento postoperatorio correspondiente (ver fundamentos, fs. 1790 vta. 1791, fs. 1796 vta./1797, fs. 1811, fs. 1812 vta./1813).

De dicho abanico de comportamientos desaprobados, el tribunal consideró que un grupo determinado de riesgos es el que explica el resultado finalmente producido.

En efecto, la muerte de Isabel Gattari se produjo a raíz de un paro cardiorrespiratorio provocado por un trombo embolismo pulmonar «en silla de montar» –de acuerdo con las explicaciones médicas dadas, un coágulo de sangre grande que taponó todas las arterias pulmonares–.

Tal consecuencia se produjo, especialmente, por la concurrencia de distintos factores de riesgo incorporados por el acusado, que considero graves conforme con la prueba rendida.

En primer lugar, el resultado se explica desde que el acusado no realizó ninguna evaluación preoperatoria destinada a estratificar los riesgos de una operación como la que emprendería luego.

En este sentido, se destaca la declaración del Dr. Eduardo Ripa, especialista en cardiología, quien sostuvo que, atento a que todas las cirugías conllevan el riesgo de provocar una complicación como la sufrida por la paciente, es importante una estratificación prequirúrgica de riesgos (ver fundamentos fs. 1788 vta.) En segundo lugar, debido a la realización de tres operaciones distintas en el mismo suceso operatorio.

De acuerdo con la declaración de los Dres. Gustavo Miguel Ángela y Eduardo Rubén Berthé, no se deben realizar tres operaciones a la vez, o al menos resulta desaconsejable, puesto que, al demandarse mayor tiempo de cirugía, aumenta la posibilidad de provocar un cuadro de trombosis como el sufrido por la paciente.

En palabras del Dr. Berthé, «lo aconsejable es no combinar cirugías para minimizar los riesgos» (ver fundamentos, fs. 1789 y vta.).

A las tres intervenciones conjuntas debe adicionarse, en tercer orden, el hecho de que el acusado no cumplió con el deber de cuidado posterior a la cirugía. En efecto, quedó probado que Arzuza no dispuso la observación de la paciente y que, personalmente, la condujo a su domicilio el mismo día de la operación.

Conforme con lo explicado por los profesionales médicos, las primeras 24 a 48 horas posteriores a una intervención como la realizada son cruciales para detectar cualquier complicación postoperatoria y especialmente taponamientos o embolias.

De acuerdo con lo comprobado, el acusado operó a la paciente un día viernes y, ese mismo día, le indicó la ingesta de analgésicos y antibióticos, así como un control médico el día lunes o martes siguientes. En palabras del a quo «Gattari pasó todo el fin de semana sin el control directo de Arzuza» (ver fundamentos, fs. 1788 vta./1790 vta.).

Finalmente, y sumado a lo anterior, considero especialmente grave que el acusado no prescribió a la paciente la ingesta de heparina, un medicamento indicado para evitar coágulos de sangre (ver fundamentos, fs. 1790 vta.).

Con lo dicho hasta aquí puede afirmarse que el acusado, no sólo aumentó los riesgos de provocar una complicación médica como la finalmente producida –mediante la realización de tres operaciones quirúrgicas en un mismo suceso–, sino que, también, provocó una situación en la que no le fue posible reducir o despejar el peligro de que tales riesgos provocaran un desenlace lesivo. Dicho de otro modo, el acusado también redujo al mínimo las posibilidades de evitar el peligro que había creado.

En resumen, los peligros creados para la vida de Gattari fueron peligros de dolo.

No obstante, si bien la caracterización de tales peligros es una cuestión que se decide en el plano del tipo objetivo, a ello debe sumarse que el acusado los haya conocido en el plano del tipo subjetivo, puesto que, de lo contrario, estaremos ante un caso de error que sólo daría posibilidad a un reproche por imprudencia.

Según mi parecer, no existen dudas de que el acusado conocía que la operación quirúrgica que realizaba estaba rodeada de los factores de riesgos detallados, especialmente, de los que explican objetivamente la muerte de Isabel Gattari.

En este sentido, no puede dejar de contemplarse que el acusado es un médico cirujano profesional que ocupaba una posición de garantía especial en relación con la protección de la vida de la persona que operaba, y que contaba con la experiencia derivada de la práctica habitual de su actividad.

Pero, con todo, tampoco puede dejar de meritarse que, si bien es cierto que no puede afirmarse que el acusado conociera todo el peligro –esto es, no sabía que había desatado un cuadro de trombo embolismo pulmonar– esto no desplaza el reproche hacia la imprudencia.

Ello puesto que, en los casos en que el agente no realiza un juicio de probabilidad objetiva de acuerdo con parámetros de orientación válidos –en este caso, válidos para los parámetros de la *lex artis*–, el desconocimiento de las circunstancias de hecho es irracional y, por lo tanto, equivale a conocimiento. Esto se observa particularmente en el obrar del acusado. En este sentido, debe tenerse en cuenta que Arzuza se colocó a sí mismo en una posición de desconocimiento.

Ello es así, no sólo desde que no realizó los estudios pre y postoperatorios que le habrían permitido aproximarse a los riesgos que enfrentaba, sino que, además, tampoco adoptó una posición de conocer cuando la paciente lo le solicitó asistencia.

En efecto, se comprobó que dos días después de la operación, Gattari llamó a Arzuza requiriendo asistencia –debido a la presencia de fuertes dolores–, y éste no concurrió personalmente al domicilio de la paciente ni dispuso el traslado o la internación de la misma en su consultorio, sino que, comisionó a su pareja, una persona sin conocimientos acreditados de medicina, para que le colocara suero e inyecciones.

En definitiva, una vez que **el acusado creó un riesgo calificado como prototípicamente de dolo**, se orientó con parámetros inválidos para la *lex artis*.

El desconocimiento del cuadro de trombosis desatado fue provocado por Arzuza de un modo irracional. Esto es así, desde que la racionalidad del desconocimiento se determina normativamente, conforme con las circunstancias pertenecientes al supuesto de hecho –los comportamientos del acusado desaprobados por la *lex artis*– y según las características propias del autor –un cirujano profesional con años de experiencia que, ante un llamado de advertencia, comisiona a una persona sin experticia médica y no toma las riendas del cuidado de su paciente–.

El desconocimiento, no se mide según la representación del autor en tanto dato psíquico, sino con base a los deberes que constituyen la posición de garantía del agente. Por esto, tal déficit en el plano subjetivo del hecho cometido por Arzuza debe considerarse irrelevante y en esta medida habilitará igualmente la posibilidad de realizar un reproche a título de dolo.

*b.2.2.- Acerca de la **absolución de Laura Duta***

Laura Duta fue llevada a juicio como **partícipe necesaria** del delito de homicidio doloso endilgado a Carlos Arzuza y autora del delito de ejercicio ilegal de la medicina.

Según la pieza de citación a juicio y los alegatos finales del Ministerio Público Fiscal, Duta habría prestado auxilio y asistencia en el acto quirúrgico que determinó la muerte de Isabel Gattari, y, también, habría sido quien se hizo presente ante el primer llamado de la víctima, dos días después de su operación, para colocarle suero e inyecciones.

Tales hechos fueron interpretados como participación necesaria en el homicidio doloso imputado a Carlos Arzuza. Además, Duta habría realizado otros actos de atención médica sin tener título habilitante para ello, lo que para la acusación configuraba el delito de ejercicio ilegal de la medicina (ver pieza de acusación fiscal de fs. 1411/1428 y audiencia en soporte audiovisual del día 5/8/2019).

El tribunal de juicio absolvió a la acusada por los siguientes motivos.

Respecto del homicidio de Gattari, entendió que la duda sobre la relevancia de su papel en la intervención quirúrgica debía favorecerla.

En este sentido, dijo que no pudo explicarse con certeza que su aporte haya sido necesario para coadyuvar en la muerte de la víctima.

Asimismo, respecto de la imputación por ejercicio ilegal de la medicina, el tribunal entendió que la habitualidad requerida por el tipo penal no había sido constatada por la acusación, toda vez que sólo pudo probarse un acto (ver fundamentos, fs. 1813).

Comparto la solución adoptada aquí, por el tribunal de instancia anterior.

Por un lado, puesto que, tal como lo ha mencionado el a quo, los hechos imputados a Laura Duta como supuestos de intervención necesaria, en el contexto de la operación practicada por Carlos Arzuza a Isabel Gattari, han sido descriptos de un modo genérico y sin precisiones relativas al tipo de aporte.

Esto puede afirmarse desde que la representante del Ministerio Público Fiscal sólo refirió a un «auxilio y asistencia» o una «**colaboración necesaria**» de la acusada, pero sin explicar en qué consistieron materialmente (ver pieza de acusación fiscal de fs. 1411/1428 y audiencia en soporte audiovisual del día 5/8/2019).

Además, respecto de la colocación de suero e inyecciones a Gattari, entiendo adecuada la apreciación del tribunal en tanto afirmó que, tal hecho, no fue probado como un riesgo prohibido de muerte materializado en el resultado finalmente constatado, ni tampoco acreditado como un aporte en relación de causalidad con el deceso de Gattari (ver fundamentos, fs. 1799, y fs. 1800/1801).

Por otro lado, coincido con el tribunal de juicio en tanto afirmó que no fue probado en el debate que la acusada ejerciera ilegalmente, con habitualidad, la medicina, ya que los demás hechos referidos por la fiscal en sus alegatos –distintos de la colocación de suero e inyecciones a Gattari–, no formaron parte de una plataforma respecto de la cual, la defensa pudo ejercer la tarea contradictoria.

En efecto, de la pieza acusatoria que abrió el debate y fue comunicada a la acusada y su defensa, no se desprenden otros hechos que configuren el ejercicio habitual de la medicina (ver pieza fiscal de fs. 1411/1428 y audiencia en soporte audiovisual del día 14/5/2019).

Por las razones expuestas hasta aquí, en definitiva, entiendo que la absolución de la acusada Laura Duta se encuentra adecuadamente fundada, razón por la que debe desestimarse en este aspecto el recurso presentado por la representante del Ministerio Público Fiscal.

b.2.3.- Conclusiones

El homicidio de Isabel Gattari, a raíz de la intervención quirúrgica practicada por el acusado Carlos Arzuza ha sido erróneamente calificado por el tribunal de instancia previa.

He dado las razones para explicar por qué, conforme con los factores fácticos acreditados, los riesgos creados por el acusado deben ser valorados normativamente como peligros de dolo, o, en otras palabras, de una entidad extremadamente alta.

Además, he explicado por qué el desconocimiento sobre la eventual realización típica de dichos riesgos en el resultado provocado, debe ser calificado como irracional y, por tanto, irrelevante para desplazar el hecho a la imprudencia. Por otro lado, entiendo que la absolución de la imputada Laura Duta ha sido adecuadamente fundada por el tribunal de sentencia.

Conforme con la prueba rendida en la causa, el único comportamiento probado es el de haber colocado suero e inyecciones una vez que Isabel Gattari ya había sido operada por Arzuza y se encontraba en su domicilio. Esta conducta no pudo ser acreditada como un riesgo desaprobado generado por Duta, que explique el deceso de la paciente. A su vez, tal comportamiento fue el único hecho de práctica ilegal de la medicina comprobado, razón por la que no puede sostenerse que se ha cumplido el presupuesto típico de habitualidad que requiere el delito.

c.- Conclusión sobre los recursos interpuestos

Por las razones expuestas hasta aquí entiendo que corresponde, por un lado, responder de manera negativa la primera cuestión planteada en relación al recurso presentado por la defensa en el marco de los autos n° P-122.029/16 y P-92.960/16.

Asimismo, corresponde responder negativamente a la primera cuestión, respecto de los recursos presentados por el Ministerio Público Fiscal y el querellante particular respecto de los autos n° P-164.375/12.

Por otro lado, debe responderse parcialmente afirmativa la primera cuestión, respecto del recurso de casación presentado por el Ministerio Público Fiscal en los autos n° P122.029/16.

En este sentido, debe acogerse el recurso sólo respecto de los agravios formulados contra la condena del acusado Carlos Arzuza y rechazarse la crítica recursiva respecto de la absolución de la acusada Laura Duta. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Por su voto.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN EL DR. JOSÉ V. VALERIO, POR SU VOTO, DIJO: Analizadas las constancias de las causas controvertidas en el marco de estos autos, debo decir que comparto la solución a la que llega el colega preopinante, aunque, en un punto de las cuestiones tratadas mantengo motivos distintos.

En concreto, participo de los fundamentos dados en los puntos **a.1, a.2, b.1 y b.2.2 del apartado VI**, así como de las conclusiones que de ellos se desprenden. No obstante, me posiciono en una explicación diferente para justificar la solución planteada en el **punto b.2.1**.

En el marco de la crítica a la condena del acusado Carlos Arzuza (punto b.2.1. del voto que me precede), comparto la idea que sostiene que la **solución del caso (o thema decidendum)** radica en la respuesta a las cuestiones planteadas sobre la calificación legal de los hechos.

Esto es, sobre la discusión acerca de si, como afirma la acusación, el tribunal de juicio ha cometido un **error en la subsunción jurídica**, en tanto que, conforme con los hechos probados en el juicio, el acusado actuó con dolo.

Asimismo, comparto que **no ha sido correcto el encuadre jurídico** que el tribunal de instancia previa dio a la plataforma fáctica fijada, razón por la que debe casarse la sentencia en este aspecto (art. 485 del CPP).

No obstante, mi opinión acerca de la calificación del comportamiento endilgado al acusado Carlos Arzuza en el marco de los autos n° P122.029/16, se mantiene en la línea expositiva que presenté en las causas **«Sanhueza» y «Quiroga Morales»**.

En efecto, considero que los hechos comprobados ante el tribunal de instancia previa configuran un supuesto de **homicidio doloso**, conforme con la posición que entiende que el dolo se construye sobre una base de presupuestos intelectuales y volitivos.

Esta posición, se alinea con la postura normativa sostenida por la doctrina mayoritaria, que conceptualiza jurídico-penalmente al dolo como la «determinación de la voluntad hacia el delito. Implica una resolución delictuosa, la cual, como tal exige que el autor comprenda la criminalidad del acto y que dirija su acción» (Nuñez, Ricardo C., **Derecho Penal Argentino, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, t. II, 1960, p. 48**); interpretación que resulta de conformidad con lo previsto en el art. 34 del Código Penal y que, a su vez, exige el art. 149 de la Constitución de Mendoza, al prever que «Las sentencias que pronuncien los tribunales y jueces letrados se fundarán en el texto expreso de la ley, y a falta de ésta, en los principios jurídicos de la legislación vigente en la materia respectiva, y en defecto de éstos, en los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso» (el destacado me pertenece).

Con esto, no obstante, entiendo que el **elemento volitivo** no debe ser identificado con un **querer** el resultado del hecho en tanto deseo o intención directa –en este caso se trataría de dolo de primer grado–, sino en tanto aceptación, aprobación o conformidad del –eventual– resultado de lesión para el bien jurídico protegido.

De acuerdo con esto, estimo que el comportamiento de Arzuza, permite apreciar un elemento volitivo en tanto **aceptación, aprobación o consentimiento del eventual menoscabo de la vida** de Isabel Gattari.

Diferenciación entre dolo y culpa. Culpa consciente.

En efecto, la diferenciación entre dolo y culpa puede sostenerse de un modo sensato sobre la base de la **escala de peligros**.

Así, el dolo se distingue de la **culpa consciente** sobre la base de que tiene como contenido más condiciones del resultado, esto es, **más circunstancias fácticas que sustancian el pronóstico de resultado**.

La culpa consciente, a pesar de que en ella **se tiene por posible la producción del resultado, se demuestra como un caso de error que excluye el dolo, dado que el autor no es consciente de los factores de riesgo**.

De esta manera, la respuesta a la pregunta sobre si el acusado actuó dolosamente, no depende de la **probabilidad** con la que consideró posible, en la situación dada, que el curso causal desafortunado pueda tener lugar.

Lo decisivo es tan sólo la **estimación normativa acerca de la cantidad de factores causales que Arzuza se representó válidamente y frente a los que adoptó una actitud de aceptación, aprobación o conformidad para con el eventual resultado muerte**, que, con base en la experiencia médica, se deriva de ellos.

En el caso concreto, conforme con las constancias de autos, puede afirmarse que Arzuza **era consciente de todos los factores de riesgo** que acarrearón el deceso de Gattari.

Ello, puesto que era un médico cirujano profesional con años de experiencia en la práctica de su especialidad, que sabía que la operación de Isabel Gattari estuvo rodeada de múltiples comportamientos antinormativos.

Elemento volitivo

Además, es posible sostener que, junto con la representación de dichos riesgos, concurrió un determinado **elemento volitivo, en tanto «consentimiento», «aprobación» o «estar de acuerdo»** con la –eventual– producción del resultado. Esta toma de postura psíquica del autor en relación con el hecho imputado, se sustenta a mi entender en el desentenderse totalmente de su paciente.

En concreto, dejarla en su domicilio el mismo día de la operación sin el resguardo médico indicado por la lex artis de al menos 24 a 48 hs, y, sobretodo, no acudir al llamado de asistencia es, según mi opinión, un cuadro fáctico lo suficientemente intenso para fundar el aspecto volitivo del dolo.

Si Arzuza no hubiese consentido o **desaprobado el eventual resultado de su comportamiento riesgoso**, hubiese adoptado **medidas de evitación racionales**.

Actitud que no tomó y que implica una toma de postura del acusado respecto de la producción del resultado que no se condice, en el aspecto subjetivo del hecho, con la culpa.

La **voluntad de evitación excluye la aceptación** inherente a la **voluntad de causación**, la cual no fue demostrada en ningún momento por el acusado.

Ello puesto que, conforme con los parámetros expuestos por los profesionales médicos, no es apegado a las normas de la medicina el desentenderse del tratamiento postoperatorio cuando, previamente, se realizó una **intervención quirúrgica rodeada de riesgos**.

Con ello, finalmente, la maniobra de reanimación emprendida por el acusado el día del **deceso de Gattari**, en ocasión de hallarla tendida sobre el suelo, es reducible a un intento por retomar un dominio que ya había perdido por completo.

Con base en estas consideraciones, estimo que el vicio in iudicando propuesto por el Ministerio Público Fiscal en el marco de la condena del acusado Carlos Arzuza se encuentra corroborado, razón por la que debe hacerse lugar parcial al recurso.

Según entiendo, el aspecto subjetivo del hecho acusado, en tanto imputación dolosa, se encuentra correctamente acreditado, razón por la que no es susceptible de ser encuadrado en las previsiones del art. 84 del CP, sino en lo previsto en el **art. 79 del CP**.

Por estos motivos, comparto las conclusiones finales a las que arriba mi colega preopinante en el apartado c) de su voto.

Concretamente, corresponde, por un lado, responder de manera negativa la primera cuestión planteada en relación al recurso presentado por la defensa en el marco de los autos n° P-122.029/16 y P-92.960/16.

Asimismo, corresponde responder negativamente a la primera cuestión, respecto de los recursos presentados por el Ministerio Público Fiscal y el querellante particular respecto de los autos n° P-164.375/12. Por otro lado, debe responderse parcialmente afirmativa la primera cuestión, respecto del recurso de casación presentado por el Ministerio Público Fiscal en los autos n° P122.029/16.

En este sentido, debe **acogerse el recurso sólo respecto de los agravios** formulados contra la condena del acusado Carlos **Arzuza** y **rechazarse** la crítica recursiva respecto de la **absolución de la acusada Laura Duta**. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

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

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de la cuestión anterior, corresponde casar la sentencia n° 802, originaria del Tribunal Penal Colegiado n° 1, y sus fundamentos, solamente respecto de la condena impuesta a Carlos Gustavo Arzuza Villegas en el marco de los autos n° P122.029/16.

En consecuencia, corresponde revocar el resolutivo IV de la mencionada resolución (fs. 1771/1772), que quedará redactado de la siguiente forma: «CONDENAR a ARZUZA VILLEGAS Carlos Gustavo, ya filiado, como autor penalmente responsable de los delitos de **HOMICIDIO SIMPLE y FRAUDE EN PERJUICIO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN MODALIDAD DE ESTAFAS REITERADAS** que se le atribuyen en los autos n° P-122.029/16 y autos acumulados n° P-92.960/16; conforme con las previsiones de los arts. 79, 55 y 174 inc. 5 del CP».

Consecuentemente, deberán remitirse las presentes actuaciones al Tribunal Penal Colegiado n° 1 a fin de que la OGAP siga el trámite de ley, conforme al resultado aquí arribado.

En tal sentido, resultando en este caso una situación análoga a la prevista en el art. 38 de la ley n° 9106, y por ser esta ley posterior a la ley 6730 –y sus modificaciones–, corresponde, en tanto resulte compatible, aplicar el procedimiento previsto en el inc. “b” de la citada norma para la determinación de la pena aplicable. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO y MARIO D. ADARO, adhieren al voto que antecede.

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

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO y MARIO ADARO, adhieren al voto que antecede Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar los recursos de casación interpuestos por la defensa de Carlos Gustavo Arzuza Villegas (fs. 1854/1873 vta.) y la querellante particular (fs. 1874/1885 vta.).
- 2.- Hacer lugar parcialmente el recurso de casación interpuesto por la representante del Ministerio Público Fiscal (fs. 1841/1853 vta.), debiendo casarse la sentencia n° 802 y sus fundamentos, sólo en lo

relativo a la condena del acusado **Carlos Gustavo Arzuza Villegas** en el marco de los autos n° P-122.029/16. En consecuencia, revocar el resolutive IV de dicha sentencia (fs. 1771/1772), que quedará redactado de la siguiente forma: «CONDENAR a ARZUZA VILLEGAS Carlos Gustavo, ya filiado, como autor penalmente responsable de los delitos de HOMICIDIO SIMPLE y FRAUDE EN PERJUICIO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN MODALIDAD DE ESTAFAS REITERADAS que se le atribuyen en los autos n° P122.029/16 y autos acumulados n° P-92.960/16; conforme con las previsiones de los arts. 79, 55 y 174 inc. 5 del CP».

3.- Confirmar la sentencia n° 802, originaria del Tribunal Penal Colegiado n° 1, en el resto de sus resolutive (fs. 1771/1772).

4.- Remitir, en función del resolutive 2º, las presentes actuaciones al Tribunal Penal Colegiado N° 1 a fin de que la OGAP siga el trámite de ley, conforme al resultado aquí arribado. En tal sentido, resultando en este caso una situación análoga a la prevista en el art. 38 de la ley n° 9106, y por ser esta ley posterior a la ley 6730 y sus modificaciones, corresponde, en tanto resulte compatible, aplicar el procedimiento previsto en el inc. “b” de la citada norma para la determinación de la pena aplicable.

5.- Imponer las costas por su orden y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.

6.-Tener presente las reservas del caso federal.

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

18- BERTANI. 24-06-20.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200624_FcBertani.pdf

Lex: Art. 84 y 45 del CP.

Vox: Homicidio culposo. Comportamiento de la víctima. Conducción antirreglamentaria. Riesgo permitido. Curso causal.

Summa:

El TPC condenó a la acusada a la pena de **dos años de prisión de forma condicional y cinco años de inhabilitación especial** para conducir vehículos automotores más costas, por considerarla autora penalmente responsable del delito de homicidio culposo.

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 del CPP)

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

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 374, pronunciada por el TPC N° 1-2° CJ.

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

Fallo:

CUIJ: 13-04774026-0/1((028601-5358)) F. C/ BERTANI TEJEIRO MARIA EDITH P/ HOMICIDIO CULPOSO (5358) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104852558*

En Mendoza, a los veinticuatro días del mes de junio del año veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04774026-0/1 caratulados “F. C/ BERTANI TEJEIRO MARÍA P/HOMICIDIO CULPOSO AGRAVADO”.

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

La defensa de la acusada María Edith Bertani Tejeiro interpone recurso de casación (fs. 200/227 vta.) contra la Sentencia N° 374 y sus fundamentos (fs. 181/181vta. Y fs. 182/194 vta., respectivamente), dictados por el Tribunal Penal Colegiado de la Segunda Circunscripción Judicial, en tanto la condena a la pena de dos años de prisión de forma condicional y cinco años de inhabilitación especial para conducir vehículos automotores más costas, por considerarla autora penalmente responsable del delito de homicidio culposo que se le atribuyera en los autos N° 5.358 (arts. 45 y 84 del CP).

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

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

I.- La resolución recurrida

El tribunal de sentencia tuvo por acreditada la plataforma fáctica objeto de contradicción que, en lo sustancial, indica que el día 30 de agosto de 2016, siendo aproximadamente las 09.45 hs., María Bertani conducía su automóvil por calle Lugones de San Rafael de sur a norte y, al llegar a la intersección con avenida Sarmiento, cruzó sin respetar la prioridad de paso, al mismo momento en que Rocío Farías circulaba en su moto por dicha avenida y con dirección de oeste a este.

Así, al encontrarse con el vehículo de la acusada en su vía de circulación, Farías no pudo evitar el impacto de frente contra el sector lateral delantero izquierdo del automotor, por lo que cayó y golpeó su cabeza sobre la carpeta asfáltica. Atento a la gravedad de las lesiones sufridas, Farías falleció a bordo de la ambulancia que la trasladaba a un centro asistencial (ver fundamentos, fs. 183 y vta.).

Al respecto, luego de valorar la prueba incorporada al debate, el a quo sostuvo que todo el plexo probatorio examinado conformaba un cuadro cargoso que no hacía más que reforzar el juicio de responsabilidad penal de la acusada. Así, sostuvo que «el accidente se explica porque la señora Vertani [...] no advirtió la circulación de la víctima, no la vio, y por eso dio inicio a la maniobra de cruce de la arteria de mayor jerarquía por la que transitaba la joven, constituyéndose con su vehículo en un obstáculo que bloqueó por completo todo el carril de circulación Sur de Avenida Sarmiento [...]».

Asimismo, explicó que el caso estaba muy lejos de ser un supuesto de culpa exclusiva de la víctima como pregonaba la defensa y que podía aseverarse que ésta, prácticamente, no tuvo incidencia en el evento. Ello por cuanto «circulaba dentro de los límites de velocidad permitida en las avenidas; lo hacía autorizada con su carnet de conducir vigente, no tenía ingesta alcohólica, no traspasó ninguna señal de tránsito como disco Pare o semáforo en rojo, y llevaba el casco protector colocado antes de colisionar con el auto de la imputada».

En otras palabras, el juez señaló **que la víctima «circulaba [...] dentro del riesgo permitido**, riesgo propio de la circulación, y tenía derecho a confiar que los demás participantes del tránsito hicieran lo mismo, no podía contar con que se le atravesara repentina y sorpresivamente el automóvil de la imputada en su línea de marcha, y que éste se constituyera en un obstáculo insalvable para ella [...]

Además, entendió que «[e]l casco se desprendió de la cabeza de la víctima después del golpe con el automóvil [...], por lo que sigue siendo la colisión, la causa principal del deceso; si lo llevaba desprendido -lo que certificaría que la velocidad de la joven no era mayor pues en tal caso se le hubiera salido antes, sin necesidad de la misma-, o se desprendió con el impacto, no tiene mayor relevancia pues el deceso se podía producir igualmente por el golpe aún con el casco colocado [...], en razón de la dureza fundamentalmente de la superficie contra la que golpeó» (ver fundamentos, fs. 192 y vta.).

II.- El recurso de casación de la defensa

La defensa impugna la resolución antes individualizada en razón de lo dispuesto por el art. 474, inc. 1° del CPP de la provincia de Mendoza, es decir, por entender que la sentencia ha hecho una errónea aplicación de la ley de fondo.

Indica que el art. 84 del CP resulta inaplicable toda vez que el **comportamiento riesgoso de la víctima** del suceso ha sido determinante para la producción del resultado.

En este sentido, explica que la pericia mecánica y las declaraciones testimoniales incorporados al proceso demostraron que la conductora de la motocicleta circulaba a más de 58 kms/h al llegar al lugar de impacto, es decir, casi tres veces la velocidad permitida, vulnerando así los arts. 48 inc. b), 65 y 69 inc. e) punto 1. De la ley de tránsito.

Entiende que el a quo erró «rotundamente» cuando sostuvo que la velocidad máxima en las esquinas sin semáforos es de 60 km/h, ya que conforme con la ley de tránsito vigente en la fecha del hecho, el límite máximo en una intersección urbana sin semáforo es de 20 km/h, aun en el caso de una avenida.

Afirma que fue la conducción antirreglamentaria de la víctima lo que determinó que ésta, al encontrarse con la parte delantera del vehículo de la acusada, no pudiera emprender alguna acción de evitación, como frenar, tocar bocina o esquivar el automotor.

Entiende que el tribunal de sentencia subvaloró esta circunstancia y que, con el fin de lograr justificar una condena, llegó a realizar conclusiones arbitrarias.

Para explicar lo dicho, cita la interpretación propiciada por el a quo, que afirma que «una interpretación armónica, integral y sobre todo lógica de la normativa de tránsito, lleva a descartar [la propuesta de la defensa, toda vez que] si esa fuera la intelección de la norma, todos los vehículos podrían desarrollar una velocidad de hasta 60 km/h a lo largo por ejemplo de una cuadra, pero al llegar al final de la misma, deberían disminuir a 20 km/h, es decir, estarían autorizados a acelerar durante la cuadra pero obligados

a frenar a los pocos instantes, y así sucesivamente en todas las cuadras de una determinada avenida [...]. Esa antojadiza y arbitraria interpretación está en abierta contradicción con uno de los fines específicamente establecidos en la ley de tránsito, cual es el de "... dar fluidez al tránsito, tendiendo al máximo aprovechamiento de las vías de circulación". Es evidente que poder acelerar en el trayecto de una cuadra y deber disminuir la velocidad al llegar a la intersección, no otorgaría fluidez alguna a la circulación sino todo lo contrario».

Entiende que esta construcción lógica contradice la ley, no se ajusta a la jurisprudencia de esta Suprema Corte y olvida que el sentido del **límite de 20 km/h** en las esquinas es el de proteger a los peatones y facilitar el control del vehículo al realizar maniobras de cruce, para así reducir los riesgos de colisión. Además, entiende que la prioridad de paso de la que gozaba la motociclista no puede ser entendida como una absoluta concesión que le permite inobservar los límites de velocidad.

Agrega que el tribunal de sentencia fue arbitrario, toda vez que no valoró de igual modo para ambas partes del accidente la norma de cuidado que se desprendía de los carteles presentes en la esquina de la colisión. Afirma en este aspecto que el informe de Policía Científica probó que en el lugar existían dos grandes carteles comerciales que dificultaban la visión de ambos conductores, y no sólo la de la acusada, razón por la que el deber de extremar los cuidados y la prudencia también regía para la víctima.

Adhiere en este pasaje, que la acusada se condujo a una velocidad precautoria y que, al llegar a la intersección de la avenida Sarmiento, frenó hasta detenerse y asomó la parte delantera de su vehículo para ver si podía iniciar el cruce, siendo impactada en ese momento por la motocicleta de la víctima.

En otro orden de ideas explica que la prueba acreditó que, debido al exceso de velocidad, la víctima voló por el aire y perdió el casco protector en el trayecto debido a que lo llevaba desabrochado, lo que provocó que su cabeza impactara contra el pavimento sin protección alguna y falleciera por ello. Indica que este descuido en la protección no puede serle imputado a la acusada como lo ha hecho el tribunal.

A modo de conclusión, afirma que no existe ninguna prueba que demuestre, con el grado de certeza requerido en la instancia de juicio, que la acusada haya podido advertir la presencia de la víctima mientras efectuaba el cruce de la avenida Sarmiento, y que la muerte de Rocío Farías se debió a que ésta circuló a excesiva velocidad y con el casco desabrochado.

Formula reserva del caso federal.

IV.- El dictamen del Procurador General

El Procurador General, tras evaluar la procedencia formal del recurso incoado por la defensa de María Edith Bertani, advierte que debe ser rechazado sustancialmente.

Ello, por cuanto considera que el tribunal de sentencia ha dado adecuadas razones para explicar por qué ha llegado a la certeza respecto de la acusación controvertida en el debate.

Al respecto de la idea recursiva que, según afirma, es el principal argumento de la defensa – este es, que el suceso se explica por la conducción antirreglamentaria de la víctima–, el Procurador General advierte que el tribunal realizó una interpretación armónica, integral y lógica de la normativa de tránsito para rescatar, que la víctima contaba con prioridad de paso y que la acusada se posicionó como un obstáculo, ocupando toda la mano por la que aquella conducía. Asimismo, destaca la labor valorativa del tribunal en tanto meritó, que la prueba corroboró que la víctima llevaba el casco puesto antes de colisionar, y que el

deceso se podría haber producido igualmente, aunque la víctima hubiese impactado contra el pavimento con el casco colocado.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Puestos en consideración los diversos motivos de agravio invocados por la parte recurrente, adelanto mi posición en el sentido que no corresponde hacer lugar a la presentación recursiva y, en consecuencia, debe confirmarse la sentencia cuestionada.

La esencia de la crítica recursiva radica en una disconformidad con la valoración del tribunal a quo respecto del **comportamiento de la víctima** del suceso investigado. En concreto, la parte recurrente entiende que el hecho lesivo constatado –el deceso de Rocío Farías– se explica a partir de su exclusiva conducción antirreglamentaria. Para sostener esta hipótesis formula distintas premisas.

Por un lado, la defensa afirma que la **acusada condujo a una velocidad precautoria** y que apenas «asomó» el frente de su vehículo en la intersección de las calles mencionadas, siendo impactada en ese momento por la víctima.

Por otro lado, sostiene que Farías conducía a una velocidad por encima de la permitida y que no llevaba bien colocado el casco protector, circunstancias que determinaron que no haya podido realizar alguna maniobra de evitación y que, al colisionar con la acusada, saliera despedida y perdiera su casco en el trayecto, impactado así con su cabeza contra el pavimento.

Asimismo, respecto del comportamiento de Farías, indicó que la cartelería, presente en la intersección de la calle Lugones y la avenida Sarmiento, implicaba para ella un deber de cuidado que le exigía mayor prudencia.

No concuerdo con los postulados de la defensa.

Por un lado, respecto del comportamiento de la acusada, debe decirse que las actuaciones incorporadas al expediente no sugieren lo mencionado por la defensa, esto es, que el accidente se produjo ni bien Bertani «asomó» la parte delantera de su vehículo sobre la avenida Sarmiento.

En efecto, conforme surge del **informe de la policía científica** y de la información valorada por el tribunal de juicio, el vehículo de la acusada fue impactado en el cuadrante suroeste de la intersección, próximo a la línea media de la avenida Sarmiento, esto es, a una distancia de 6,6 metros desde el cordón sur de dicha arteria.

Este cuadro convenció al a quo de que «el rodado conducido por la imputada, al momento de ser embestido, se encontraba bloqueando todo el carril de circulación sur (en sentido oeste-este) de la Avenida Sarmiento, es decir, [Bertani] colocó su automóvil en un lugar tal que el mismo se constituyó en un obstáculo para el tránsito de la motocicleta [...] violando la prioridad de paso [...]» (ver informe incorporado de fs. 65/76 y fundamentos a fs. 187).

Según advierto, ha quedado debidamente corroborado el comportamiento no permitido de la acusada, y frente a esto, no se desprende de las consideraciones de la defensa, ni del material controvertido en el debate, elemento alguno capaz de hacer variar esta primera conclusión.

Por otro lado, respecto de la conducción de Farías, debe decirse que los argumentos de la defensa no son suficientes para lograr un cuadro de convicción distinto, capaz de validar la solución que propone, esto es, que el hecho es un supuesto que se explica exclusivamente en virtud del comportamiento de la víctima.

En relación a la cartelería presente en la zona y en el momento del hecho, que según la defensa quitaba visión panorámica a los conductores que se dirigían por calle Lugones al norte –como lo hacía la imputada–, entiendo adecuadas las consideraciones del tribunal de sentencia en tanto afirmó lo siguiente.

Por un lado, que «la existencia de tales carteles [...] implica la necesidad de adoptar un plus de atención, máxime cuando se carece de la prioridad de paso, es decir, [...] que los conductores deben en tales circunstancias extremar sus deberes de cuidado y precaución [...] de modo de cerciorarse completamente de que en efecto no circule nadie antes de iniciar la maniobra de cruce de tan importante avenida [...]».

Y, por otro lado, que tal obstáculo en la visibilidad no implicaba para la víctima el mismo deber de atención, toda vez que, al contar con prioridad de paso, tenía «derecho a confiar que los demás protagonistas de una actividad compartida como es la circulación vial, se [comportarían] del modo que exige la ley» (ver fundamentos, fs. 187 y vta.).

Esta relación de argumentos no encuentra en la pieza recursiva, según advierto, refutación alguna tendiente a controvertirla. Los puntos relativos a la velocidad observada por la víctima en la conducción de su ciclomotor, así como al modo en que llevaba colocado el casco protector, según mi criterio, son argumentos que no logran justificar la propuesta de la defensa.

En efecto, el recurrente intenta avivar el estado de duda sobre si estos aspectos de la conducción de Farías se cumplieron dentro de los límites de las reglas de tránsito.

No obstante, aun en el supuesto en que, de acuerdo con las precisiones de la defensa, no pudiese afirmarse con certeza que la velocidad de la víctima al momento del impacto se encontraba dentro de lo permitido y que la misma llevaba el casco bien colocado, la solución a la que ha llegado el tribunal es apropiada.

Respecto de lo dicho por el recurrente, al indicar que, de acuerdo con un testigo presencial, la víctima llevaba su casco indebidamente sujeto, el a quo indicó que lo deducido por el testigo Muschella era una hipótesis probable, pero carente de prueba que la apoyase.

Sin embargo, entendió que el testimonio sí arrojaba certeza sobre que el casco se desprendió de la cabeza de Farías al momento del choque.

Con ello, afirmó que fue la acusada la que contribuyó «erigiéndose como causa -quizá no exclusiva [...] pero sí coadyuvante-» a que la víctima cayera al pavimento sin el casco colocado (ver fundamentos, fs. 188 vta./189 y fs. 191 vta./192).

En relación de la velocidad a la que habría conducido Farías, el tribunal valoró las conclusiones del perito Osvaldo Farina, a quien consideró poco cualificado y cuyas precisiones trató de poco fiables. No obstante, entendió que la información ofrecida por Farina –que la víctima conducía en un margen de 52 a 56 km/h– era posible y preferible frente a la simple observación del testigo Muschella (ver fundamentos, fs. 184 vta./185 y fs. 189/192).

Con ello, sostuvo que la velocidad seguía estando en el margen de lo permitido para la conducción en una avenida, pues consideró que una interpretación integral y lógica de la normativa de tránsito no podía avalar la idea de la defensa, esta es, que Farías debió conducir a no más de 20 km/h por encontrarse en una encrucijada.

Ahora bien, más allá de si estos argumentos del tribunal, sobre el margen de permiso de la velocidad a la que conducía la víctima, son adecuados, e independientemente del grado de certeza que quepa respecto de la posible responsabilidad de la víctima en el modo en que llevaba colocado el casco, según estimo, la solución condenatoria sigue estando justificada en la medida impuesta, pues el suceso lesivo sigue siendo reconducible en parte a la acusada.

En pocas palabras, más allá de que exista la posibilidad de una conducción riesgosa por parte de la víctima, ello no repercute en el peso con el que se ha corroborado el riesgo asumido por María Bertani, que explica, también, el curso causal corroborado.

En efecto, la compulsa de las constancias de la causa y de la tarea contradictoria de las partes, así como de los fundamentos de la sentencia, me convencen de que las pruebas sí arrojan certeza, al menos, sobre una concurrencia de riesgos en la conducción automotor.

Las consideraciones del a quo, destacadas párrafos arriba, deben leerse en este sentido.

Sobre todo, porque ha sido el mismo tribunal de juicio quien ha sostenido que el caso no puede interpretarse como un supuesto de **«culpa exclusiva de la víctima»** y que ésta «prácticamente» no tuvo incidencia en el evento (ver fundamentos, fs. 192). Esta es una variante dogmática que explica, según entiendo, de un modo adecuado el caso controvertido y que se ve suficientemente reflejado en la pena finalmente aplicada.

La defensa, por su lado, no ha logrado refutar las consideraciones del tribunal de sentencia en este sentido.

Ello, puesto que no ha logrado demostrar que el resultado lesivo imputado a la acusada sea consecuencia del exclusivo comportamiento arriesgado de la víctima, o, en otras palabras, que el riesgo provocado por la acusada no ha tenido relevancia en la configuración del hecho lesivo.

Por las razones expuestas precedentemente, entiendo que el recurso de casación incoado debe ser rechazado en esta instancia y, en consecuencia, debe confirmarse la Sentencia N° 374 del Tribunal Penal Colegiado n° 1 de la Segunda Circunscripción Judicial. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo y Dr. Valerio. Adhieren.

Sobre la misma cuestión los DRES. OMAR A. PALERO y JOSÉ V. VALERIO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de la cuestión anterior, no corresponde pronunciarse sobre la segunda cuestión propuesta. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. OMAR PALERO y JOSÉ V. V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

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

Sobre la misma cuestión los DRES. OMAR PALERO y JOSÉ V. V. VALERIO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

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

- 1.- No hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 200/227 vta. Por la defensa de María Edith Bertani Tejeiro y, en consecuencia, confirmar la Sentencia N° 374 del Tribunal Penal Colegiado n° 1 de la Segunda Circunscripción Judicial.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

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

19- BARROSO. 06-07-20.

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

Web: https://www2.ius.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200706_FcBarroso.pdf

Lex: Art. 79 en función con el art. 41 bis, 42, 54, 45 del CP.

Vox: NNA. Homicidio simple agravado. Arma de fuego. Tentativa. Concurso ideal. Testigo de identidad reservada. Nulidad. Valoración de la prueba. Calificación legal. Determinación de la pena. Nueva prueba. Coautoría. Codominio del hecho. Participación secundaria. Dolo eventual.

Summa:

La Excm. Sexta Cámara del Crimen - 1° CJ condenó al señalado a la pena de **veintiséis años de prisión** como coautor penalmente responsable del delito de homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego en grado de tentativa en concurso ideal con homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego (art. 79 en función con el art. 41 bis, 42, 54, 79 en función con el art. 41 bis, 45 del C.P.). La víctima fatal menor (NNA), sobrina del agredido.

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 del CPP)

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

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 4095, pronunciada por la Excm. Sexta Cámara del Crimen (Hoy TPC N° 2) - 1° CJ.

SCJM. Dras.: **Day**. Orbelli. Isuani.

Fallo:

CUIJ: 13-02848827-5((012174-11409301)) FC/BARROSO VALENTINI JORGE ESTEBAN P/HOMICIDIO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO EN CONCURSO REAL CON HOMICIDIO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO (36972) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *102871799*

En Mendoza, a los seis días del mes de julio del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-02848827-5 caratulada “F. C/BARROSO VALENTINI, JORGE ESTEBAN P/HOMICIDIO SIMPLE AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO ... S/CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, el DRA. M. TERESA DAY, segundo la DRA. ALEJANDRA M. ORBELLI, y tercero la DRA. MARINA ISUANI.

A fs. 1369/1376 vta. La defensa de Jorge Esteban Barroso Valentini interpone recurso extraordinario de casación contra la sentencia agregada n° 4095 (fs. 1338 y vta.) y sus fundamentos (fs. 1340/1361), mediante la cual se condenó al nombrado a la pena de veintiséis años de prisión como coautor penalmente responsable del delito de homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego en grado de tentativa en concurso ideal con homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego (art. 79 en función con el art. 41 bis, 42, 54, 79 en función con el art. 41 bis, 45 del C.P.) que se le atribuye el marco de los autos N° P-36972/12.

El pronunciamiento impugnado fue dictado por la entonces Sexta Cámara del Crimen de la Primera Circunscripción Judicial.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, LA DRA. M. TERESA DAY, DIJO:

1.- La resolución recurrida

El tribunal impugnado, actuando en forma colegiada, resolvió del modo precedentemente señalado al entender que el material probatorio incorporado a la causa acredita los extremos contenidos en la pieza acusatoria de fs. 1627/1280, esto es que «[...] el día 10 de marzo de 2.012, siendo aproximadamente las 14.00 hs., en la plaza del Barrio La Gloria, ubicada en calle Vélez Sarsfield y Bahía Aguirre de Godoy Cruz, Mendoza, se encontraban Jorge Esteban Barroso (a) “el loco” o “el mecánico” y Claudio David Mendoza (a) “Satur” a bordo de una moto color roja marca Yamaha, quienes munidos con armas de fuego dispararon en reiteradas ocasiones contra Rafael Alejo Molina Gómez y su sobrina Alexandra Micaela Tatti Molina.

Algunos de dichos disparos impactaron en la menor ocasionándole lesiones de tal gravedad que le provocaron la muerte tres días más tarde y en Rafael Molina una herida en el muslo izquierdo que requirió un tiempo de curación mayor de 30 días[...]

Para arribar a esa conclusión, el tribunal a quo valoró, entre los elementos más importantes, las declaraciones testimoniales de Víctor Daniel Barrera Melendre y de Eliana Maiale; la necropsia de fs. 245/246 y el informe del Cuerpo Médico Forense de fs. 259.

2.- Recurso de casación

La defensora del acusado Barroso Valentini impugna la resolución antes individualizada encuadrando su queja en razón de lo dispuesto por el art. 474, incs. 1° y 2° del CPP, esto es, por entender que existen vicios in iudicando e in procedendo que la descalifican como acto jurisdiccional válido.

Sostiene que la sentencia que condenó a su representado adolece graves irregularidades que ocasionan su nulidad a los términos del art. 416 de la ley ritual.

En ese sentido, expresa que contiene fundamentación que resulta aparente y global, por cuanto luce expresada a través de afirmaciones y negaciones inespecíficas, sin un desarrollo argumentativo que explique el porqué de las conclusiones a las que arriba para tener por acreditada la materialidad de los hechos y la autoría de su pupilo.

Agrega que ese mismo defecto nulificante se encuentra en la calificación legal del hecho que se considera probado y, además, en la individualización de la pena aplicada, la que –a su criterio– no sólo luce inmotivada sino que también ha sido dictada en violación del derecho de defensa en juicio al ser rechazada prueba vital para el esclarecimiento de los hechos en crisis.

Como primer motivo de agravio, la letrada defensora refiere que en la presente causa declararon dos **testigos de identidad reservada**, cuya identidad fue desconocida para esa parte hasta el momento de su declaración en el debate oral y que, a pesar que en dos oportunidades se solicitó se revelara su identidad, no se hizo lugar a la petición, impidiéndose de esa manera el cotejo y examen de credibilidad de las mismas lo que llevó a una grave violación del derecho de defensa en juicio.

Ello le impidió descubrir sobre ambas la existencia de rasgos fabuladores o celotípicos, como también cuáles fueron las motivaciones que las llevaron a declarar y, además, verificar el vínculo que las unía a las víctimas o al supuesto victimario.

De este modo estima que esos elementos de prueba carecen de eficacia probatoria, conforme lo dispone el artículo 207 del Código de rito, por lo que solicita se declare la nulidad de las declaraciones de los testigos de identidad reservada.

Asimismo, expresa que no se le permitió a la recurrente incorporar una nómina de testigos presenciales que podrían haber conducido al esclarecimiento del hecho, con el argumento de que no era tarea de la familia hacer investigación sino del Ministerio Público Fiscal.

Advierte que dentro de esta nómina pudo haber habido alguna persona que aportara datos fundamentales que llevaran a la absolución de su defendido. Sostiene que esta denegatoria también implica la vulneración del derecho de defensa, por lo que solicita su anulación.

Como segundo punto de agravio, en el tramo del libelo casatorio destinado cuestionar la interpretación de las pruebas, rebate el contenido de las declaraciones efectuadas por los testigos de identidad reservada, expresando que la versión dada por Eliana Maiale –testigo “A”– y por Silvana González –testigo “B”– no se encuentran corroboradas por ningún otro elemento de prueba y que son interesadas por venganza y/o dinero. Sostiene que de lo declarado por ambas testigos sólo surge «que el imputado dijo’

que él había dicho que él cometió el ilícito», pero ninguna estuvo en el lugar de los hechos, ni vio a Barroso manejar la Moto o disparar.

Desde allí interpreta que dada la mala relación que mantenía Maiale con su suegro, sumado a las necesidades económicas que tenía, esta le contó del suceso a González quien, a su vez, enterada del mismo y de la recompensa por internet, mediante ardides y promesas la impulsó a declarar en contra el imputado.

Por lo que estima contradictorio que el tribunal a quo haya descartado el testimonio de González y aceptado el de Maiale, puesto que ambas se pusieron de acuerdo en declarar en ese sentido para cobrar la recompensa, circunstancia que lleva a que ambas declaraciones deban ser descartadas de igual modo. Expresa que Hernán Barroso –hijo del imputado y pareja conviviente de Maiale– contradice lo declarado por las testigos protegidas y coincide con los dichos de sus padres en cuanto a dónde se encontraba el acusado el día de los hechos, como en lo relativo a la moto involucrada en ellos y el origen de las balas secuestradas en el domicilio de su padre.

Agrega que en el mismo sentido depusieron Héctor Tello y su mujer Yolanda González al referir que el día en que ocurrió el ilícito estuvieron con Jorge Barroso en su domicilio ya que le habían llevado un auto para arreglar.

Considera que el testimonio de Víctor Melendre, en el que se basa la decisión cuestionada, es totalmente falaz. Que es él quien fue sindicado como autor del hecho desde un primer momento, incluso por Micaela Tatti antes de su fallecimiento.

Tras repasar diversos fragmentos de sus declaraciones, concluye en que no resulta un testigo creíble sino un hábil declarante cuyas expresiones no estaban marcadas por la indignación sino por sed de venganza y, a la vez, por miedo. Manifiesta que existen testigos presenciales imparciales, tales como Guillermo Abuin, Sara Rico, Dina Pérez y Silvina Villareal, que manifestaron que la moto involucrada era tipo scooter con dos jóvenes delgados en ella, aclarando la recurrente que Barroso, al momento del hecho, era un hombre que pesaba unos 120 kilos, alto y más bien de edad madura.

Expresa que se solicitó la incorporación de la foto de ingreso a la penitenciaría de su asistido, a los efectos de corroborar estas circunstancias, lo que le fue denegado.

Entiende que no hay pruebas de cargo que puedan asegurar con certeza que Barroso se encontraba en el lugar del hecho el día en que estos ocurrieron y que no hay secuestro del arma homicida, a pesar de que se buscó exhaustivamente en su casa, ni coinciden las balas secuestradas allí con las balas homicidas. Por ello entiende que el tribunal de mérito condenó a su asistido valorando solamente prueba parcial, interesada e irregular, lo que determina el carácter arbitrario del pronunciamiento en crisis y la solicitud de absolución de Jorge Barroso Valentini del delito que se le acusa por el beneficio de la duda (art. 2 del CPP).

Finalmente, a modo de planteo subsidiario, peticona se efectúe un **cambio de calificación**, atribuyendo a su defendido la **participación secundaria** en el hecho, ya que, de considerar que Barroso Valentini estuvo en el lugar del hecho y prestó su moto, existe una duda razonable de que él no disparó el arma, sino que sólo conducía el vehículo, que cualquier persona pudo haber cumplido esta función.

Y en virtud de ello, requiere se disminuya la pena impuesta al mínimo legal del que es pasible por su participación secundaria, atento la falta de antecedentes de su defendido.

3.- Dictamen del señor Procurador General

A fs. 1387/1389 se encuentra agregado el dictamen del Procurador General quien, luego de analizar los cuestionamientos formulados por la recurrente y de señalar que el recurso de casación procede formalmente, considera que no resulta sustancialmente procedente, por lo que debe confirmarse la validez de la sentencia impugnada. En cuanto al punto de agravio por el que la defensa cuestiona las declaraciones prestadas por los testigos de identidad reservada, refiere que esa cuestión fue debidamente resuelta por el tribunal a quo quien sostuvo que esas testimoniales constaban en la causa desde la investigación penal preparatoria, lo que impide alegar desconocimiento o sorpresa. Además de ello, refiere que la defensa tuvo la posibilidad de interrogar a los testigos durante el curso del debate para evacuar las dudas que le causaban sus motivaciones para declarar tal como lo hicieron. Por lo tanto, advierte que el derecho de defensa del imputado ha estado en todo el proceso debidamente resguardado. Acerca de los cuestionamientos casatorios en orden a los testimonios prestados en el debate, expresa que constituyen cuestiones de imposible revisión, ya que son extremos que sólo pueden ser debidamente conocidos y valorados gracias a la intermediación propia del debate oral (doctrina del fallo "Casal"). No obstante, entiende que el tribunal a quo efectuó un detallado análisis de la prueba obrante en autos. Desde allí, valoró la declaración del imputado e hizo lo propio extensamente con los numerosos testimonios rendidos en audiencia, concluyendo que –si bien algunas de las declaraciones son contradictorias, otras exageradas y otras evidentemente falaces– existen algunos testimonios veraces que conducen al nivel de certeza requerido para justificar una sentencia de condena. En suma, señala que el tribunal de juicio explicó debidamente porqué le otorgó crédito a cada testigo o, por el contrario, porqué lo descalificó en sus razonamientos, lo que impide sostener que se trate de una sentencia contradictoriamente motivada, o que su motivación sea ilógica, falsa o arbitraria.

4.- La solución del caso

Voto Dra. Day. Preopinante.

Puestos en consideración los motivos de agravio invocados por la parte recurrente, adelanto mi posición en el sentido de que no corresponde hacer lugar a la presentación casatoria y, en consecuencia, debe confirmarse la sentencia impugnada.

Según entiendo, la defensa del Barroso Valentini plantea el examen de la sentencia condenatoria antes individualizada en dos planos de impugnación: por un lado, la recurrente se agravia por considerar que la sentencia es nula por presentar un déficit de fundamentación derivado de la arbitrariedad en la valoración de la prueba producida –vicios in procedendo–; por otra parte, alega errónea aplicación de la ley sustantiva, es decir, un yerro judicial en el razonamiento que motivó la decisión asumida por el tribunal de juicio al subsumir legalmente el accionar enrostrado al acusado –vicios in iudicando–.

Por lo tanto, y esa inteligencia, a efectos de brindar un tratamiento ordenado al recurso de la defensa, en primer lugar, se analizará la valoración probatoria efectuada en la sentencia contrastándola con los agravios del recurrente, para luego, en segundo término, verificar el acierto de los fundamentos dados por el sentenciante en la selección de las normas penales en las que encuadró típicamente el accionar desplegado por el enjuiciado en los hechos intimados.

a. Acerca de los vicios in procedendo alegados

Conviene adelantar que, de acuerdo a los argumentos que serán desarrollados a continuación, opino que la sentencia en análisis no padece defecto alguno y su motivación resulta suficiente para su mantenimiento como acto jurisdiccional válido, desde que no adolece de falencias que impliquen su anulación.

Ello a la luz de la reiterada jurisprudencia de esta Sala, en el sentido que tales defectos, para conllevar tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros); lo que en la especie no ocurre.

Del repaso del escrito recursivo, y específicamente en aquel acotado pasaje en el proponen los alegados vicios formales, se advierte que el primer agravio aparece dirigido a cuestionar la declaración de los testigos de identidad reservada, quienes fueron individualizadas recién en la etapa del debate oral.

Al respecto, estimo no le asiste razón a la recurrente en los argumentos que propone, dado que no se advierte vulneración del derecho de defensa en juicio.

En efecto, la posibilidad de dejar en reserva la identidad de los testigos en el marco de un proceso penal se encuentra prevista en el rito penal, por cuanto prevé que «Igualmente y a solicitud del interesado el magistrado interviniente deberá resguardar la identidad y demás datos del testigo. Tal situación regirá hasta tanto no lo requiera la defensa a los efectos del ejercicio de la garantías constitucionales pertinentes» (art. 232 párr. 3° del CPP).

Precisamente, el resguardo a la garantía de la defensa en juicio y del debido proceso impide que exista prueba de cargo sin contradictorio a fin de que el encausado pueda controlar la producción de la prueba, y así poder conocer si quien participa en calidad de testigo tiene alguna causal de enemistad manifiesta o si le comprenden las generales de la ley.

Aspecto que resulta efectivizado toda vez que se asegure la revelación de la identidad del testigo cuando la defensa así lo requiera. En ese entendimiento es que observo que tal parámetro ha precedido la actuación jurisdiccional de la instancia anterior en el marco del caso traído a estudio.

Ello dado que, tal como se desprende de las constancias de fs. 1320 y vta., el tribunal resolvió –ante la solicitud de la defensa de Barroso– «revelar la identidad de los testigos de identidad reservada A y B a los efectos de garantizar los derechos constitucionales de la defensa al momento de la declaración de cada uno de ellos en esta audiencia de debate, debiendo realizarse a puertas cerradas con las garantías del caso».

A continuación tomó declaración a ambos testigos, quienes aportaron sus datos personales y prestaron juramento. Es decir que la recurrente tuvo efectivamente la posibilidad de controlar y controvertir los dichos de los testigos que hoy cuestiona.

Por otro lado, no puede desconocerse que las declaraciones que estas testigos brindaron durante la investigación penal preparatoria constan a fs. 902 y 995/996 de las presentes actuaciones, y fueron valoradas en el requerimiento de citación a juicio y en el auto de elevación a juicio.

Conforme a ello, la recurrente tuvo oportunidad y tiempo suficiente para preparar su estrategia defensiva en torno a ellas, sin que pueda argumentar que fue sorprendida por los dichos de las mismas en audiencia de debate.

Es más, si bien la recurrente –luego de producida esta prueba durante el juicio oral– solicitó medidas de prueba para refutar el valor convictivo de las mismas, el tribunal fundadamente rechazó esta solicitud expresando que «[n]o puede hoy buenamente sostenerse desconocimiento del contenido de tales declaraciones, cuando las mismas obran agregadas en la causa desde el mes de abril del 2013, habiéndose únicamente reservado la identidad de las personas que depusieron en tal oportunidad.

Tampoco resulta procedente el examen psicológico de tales testigos, habida cuenta que la idoneidad y veracidad de las declaraciones, será motivo de oportuna ponderación y confrontación con el resto del abundante material probatorio acercado al proceso, parte de este Tribunal, al momento de dictar sentencia [...]» (fs. 1326 y vta.).

En función de ello, mal podría derivarse de lo actuado en relación a las testigos de identidad reservada un cercenamiento al derecho de defensa o al debido proceso, puesto que, como bien lo apunta el a quo «[l]a existencia de reserva de la identidad de los testigos, constituye precisamente el propósito mismo del instituto, por lo que, habiéndose develado recién en esta instancia [debate] el nombre de aquellos, bajo la reserva del caso, se ha dado cumplimiento estricto de los recaudos y las garantías constitucionales que protegen los intereses en juego» (fs. 1326).

Asimismo, la impugnante sostiene que tales derechos se han visto también afectados por cuanto se rechazó su pedido de incorporación de una nómina de testigos presenciales, que podrían –a su criterio– haber llevado al esclarecimiento del hecho.

Al respecto, debo decir que la solicitud aludida se originó en pleno desarrollo del debate y luego de que ya fueran admitidos –sin objeción alguna por parte de los acusadores público y privado– tres nuevos testigos ofrecidos por esa parte (acta de fs. 1329 vta.) y rechazada la solicitud de requerir a Penitenciaría Provincial la foto del imputado al momento de su ingreso al penal, a fin de cotejar su contextura física en aquél tiempo.

Es decir que, rechazado el pedido de incorporar a la causa la foto de Barroso, su defensa intentó respaldar la estrategia defensiva mediante la declaración de nuevos testigos, manifestando «que por tareas investigativas que ha realizado la familia de su defendido se encontró más gente que puede declarar a favor de su defenso, que dice que los que iban en la moto eran más chicos y más flacos» (acta de fs. 1330).

Ante esta nueva solicitud, contrariamente a lo sostenido por la recurrente, el tribunal de juicio no efectuó su rechazo argumentando que no era tarea de la familia investigar, sino que entendió –adecuadamente– que «los elementos que ingresan al debate oral en el carácter de **nueva prueba** no deben ser aleatorios, el presente proceso lleva más de dos años de investigación, y ni de las constancias de la misma, ni del plenario, emerge la individualización de nuevos nombres que justifique acoger la petición formulada, a mayor abundamiento, tampoco queda claro la fuente de investigación a partir de la cual puede sostenerse seriamente la hipotética existencia de personas que puedan intervenir en calidad de testigos» (acta de fs. 1330 vta.).

De lo expuesto surge en forma evidente que en este punto, si bien el procedimiento llevado a cabo ha tenido resultado adverso a las pretensiones de la defensa, no por ello se han transgredido las garantías invocadas, ya que en todo momento se han observado las normas procesales dispuestas a tal fin.

A ello cabe agregar que no se advierte de las constancias de la causa que la recurrente haya justificado en forma suficiente que la pretendida nueva prueba resultaba indispensable o manifiestamente útil para

esclarecer la verdad sobre los extremos de la imputación delictiva, sobre todo cuando la defensa técnica fue asumida con la suficiente anticipación a la realización del debate oral como para introducirla y producirla en la etapa procesal oportuna, tal como hizo con otros testigos que comparecieron y declararon en el plenario.

En segundo lugar, considero que tampoco conmueve el razonamiento por el que se arriba a la solución condenatoria aquí resistida, los argumentos de la impugnante vinculados a la selección y valoración del material probatorio –las que, según la tesis defensiva, resultan arbitrarias y erróneas–.

Ello en tanto advierto que las conclusiones alcanzadas por el tribunal de sentencia en orden a la existencia material de la plataforma fáctica investigada y la intervención que en la misma le cupo al encausado para dictar su condena, resultan suficientemente probadas más allá de toda duda razonable.

En este aspecto, considero que cada una de las premisas que sustentan el decisorio en crisis, goza de un adecuado y suficiente respaldo en los diversos elementos que componen el plexo probatorio que acompaña la causa, el que fuera logrado sin quebrantar derechos o garantías fundamentales y en correctas condiciones de oralidad, publicidad, intermediación y contradicción.

Elementos probatorios que han sido apropiadamente ponderados por el tribunal de juicio, conforme lo imponen los arts. 206 y 409 del CPP, esto es, en rigurosa observancia de las reglas de la sana crítica racional y de sus postulados de libre valoración de la prueba con los límites que surgen de los principios lógicos de coherencia (identidad, no contradicción y tercero excluido) y de derivación (razón suficiente) y de los incontrastables de las ciencias y de la experiencia común; cuyo apartamiento la censurante no ha podido demostrar.

Conviene recordar aquí que un recurso de casación que invoca la infracción a las reglas de valoración de la prueba, para lograr conmovier los fundamentos de la sentencia impugnada, debe contener el análisis de todo el cuadro convictivo evaluado y, en función de éste, tratado de manera concatenada, demostrar lo decisivo del vicio que se denuncia.

Porque es sabido que arbitrariedad no significa mera disconformidad con la solución adoptada por el sentenciante.

Todo lo cual me inclina a estimar que la resolución impugnada no adolece de los vicios que han sido expuestos por la impugnante. Veamos.

En efecto, además de la prueba producida en la etapa de instrucción, durante el debate se escucharon las declaraciones de una de las víctimas, de la madre de la menor fallecida, de los vecinos que observaron el hecho, de los testigos ofrecidos por la defensa –aun como nueva prueba– y los dichos del propio acusado, elementos de prueba que fueron analizados y valorados por el sentenciante con una visión de conjunto y relacionándolos entre sí.

Como se advierte, en el caso de autos la mayor parte de la prueba incorporada se encuentra constituida por testimoniales, cuyas características imponen la necesidad de atenerse a los aspectos más objetivos de la información que las mismas puedan transmitir, entrelazando esos datos con otros –de distinta procedencia– que los corroboren o pongan en crisis su calidad convictiva.

Así ha procedido el tribunal de sentencia, quien no sólo ha valorado la calidad de cada declaración testimonial en sí misma sino que las ha confrontado con el resto del cuadro probatorio, concluyendo que

las pruebas legítimamente incorporadas a la causa no hacen más que reforzar la hipótesis acusatoria en desmedro de la versión dada por el acusado.

De ese modo, el sentenciante concluyó que «pese a las múltiples declaraciones testimoniales que obran en la causa, algunas de ellas contradictorias, otras exageradas, y otras evidentemente falaces, [...] existen testimonios veraces que claramente [...] conducen al nivel de certeza que se requiere en esta instancia para justificar una sentencia de condena» respecto de Barroso Valentini (ver fundamentos, fs. 1353).

Esta última conclusión la infirió a partir de las declaraciones efectuadas por el testigo Víctor Barrera Melendre, a las que calificó de creíbles al apreciar que mantuvo constantemente su versión –inriminatoria– en las diferentes declaraciones que prestó a lo largo del proceso, en las que «sindicaba al hoy imputado Barroso y a [...] como autores materiales del hecho».

En ese sentido, el juez de sentencia consideró que Barrera «[d]esde un primer momento, proporciona datos corroborables. No exagera, porque de haberlo hecho, podría haber dicho que vio cuando Barroso disparó el arma contra las víctimas.

Por el contrario, se limitó a decir que vio cuando se aprestaron a cometer el hecho y, posteriormente, inmediatamente después de cometido, brindando detalles que se compadecen con otros elementos de prueba que obran en la causa» coincidiendo en esta etapa con los dichos de Eliana Maiale (ver fundamentos fs. 1354).

Asimismo, la testimonial de ésta última –quien fuera testigo de identidad reservada– corroboró la aseveración del Tribunal, al sostener que escuchó de boca de Barroso Valentini –con quien compartía vivienda por ser la pareja del hijo del imputado– que «él había dado muerte a Micaela en asocio con un sujeto al que le dicen “Satur”»; que ese día se trasladaron en su moto Yamaha roja; que tiempo después fue vendido a una persona de apodo “Colorado”; y, además, que ambos dispararon, y que se escaparon al darse cuenta que le habían impactado a la menor.

Los sentenciantes consideraron relevante que estas declaraciones sean coincidentes a pesar de que no existía ningún tipo de vínculo entre los testigos que permitiera suponer que alguna intención de perjudicar al imputado, circunstancia que además torna creíbles sus relatos (ver fundamentos, fs. 1354 vta./1355).

Por otra parte, el tribunal de sentencia también valoró adecuadamente las declaraciones de los testigos que dicen haber estado en la zona, a los que valoró «[c]autelosos y reservados al momento de versionar lo que dicen haber visto o escuchado» (ver fundamentos fs. 1356), teniendo en cuenta el entorno en el que acontecieron los hechos.

Respecto de estos testimonios el sentenciante les otorga un valor neutral, sin aportes esenciales que permitieran el esclarecimiento de los hechos. Finalmente, comparto la apreciación del tribunal a quo en que los testigos presentados por la defensa –Héctor Tello y Beatriz González–, para reforzar la defensa material de Barroso, han incurrido en contradicciones que no se condicen ni siquiera con la declaración prestada por el propio imputado, lo que no permitió que logran su finalidad (ver fundamentos, fs. 1356 vta./1357 vta.)

En base a lo hasta aquí analizado, constato que los argumentos esgrimidos por la recurrente sólo expresan discrepancias con la valoración de la prueba invocada en sustento de lo decidido en la sentencia para descartar la existencia de un estado de duda razonable en la acreditación material del hecho y sobre la

intervención material del acusado en el mismo, las que resulta insuficientes para descalificarla como un pronunciamiento judicial válido.

En definitiva, estimo que el tribunal de la instancia anterior ha plasmado su análisis en una resolución sin arbitrariedades y motivada de una manera lógica y convincente, dado que ha analizado íntegra y coherentemente todos los elementos de prueba producidos en autos, acudiendo no sólo a las testimoniales de las personas involucradas en el hecho, testigos presenciales y ocasionales, de cargo y de descargo, sino también a la demás prueba instrumental producida.

Ese proceso valorativo, según observo, ha sido desarrollado de acuerdo a las reglas que impone la sana crítica racional, en el que no se advierten irregularidades capaces de ilustrar una labor reprochable en esta instancia.

Ahora bien, habiendo arribado a la conclusión arriba expuesta para descartar el segmento impugnativo tratado, no puedo soslayar que nos encontramos ante un caso de extrema gravedad, en el que convergen y se vinculan, por un lado, el grado de violencia desplegado por los autores materiales del hecho; y, por otro, el alto impacto que produce el resultado mortal ocasionado.

Aspectos que merecen ser aquí destacados, dado que nos encontramos ante un hecho delictivo que se cobró la vida de una niña menor de edad la que, además, cuando se sucedieron los comportamientos delictivos atribuidos al acusado, llevaba en sus manos una bebé de tan solo cinco meses de edad. Esta última particularidad fue revelada por varios testigos, además de no resultar una circunstancia controvertida.

Así, en un tramo de su declaración en debate, el progenitor de la víctima – Stefano Tatti– afirmó que «su hija [por Micaela] toma a su hermana menor en brazos y le impacta una bala en la vena femoral de la pierna» (ver fundamentos, fs. 1342).

En sentido coincidente, la esposa de Rafael Molina, tras afirmar el día de los hechos «sintió los disparos y su marido cayó al piso» vio que «su sobrina [por Micaela] cayó herida con su hermana en los brazos» (ver fundamentos, fs. 1344).

Estimo que estos aspectos modales no pueden pasar desapercibidos al momento de interpretar los acontecimientos que conformaron el objeto del proceso, puesto que permiten su adecuada contextualización, sino también la debida ponderación de los bienes e intereses afectados.

Adviértase que no escapa a quien suscribe que estos elementos circunstanciales ostentan su verdadera significación y proyección en la actividad jurisdiccional que debe desarrollarse momento de la determinación de la pena, y su fundamentación.

Sin perjuicio de ello, estimo oportuno en el presente ponerlos de resalto. Finalmente, resulta pertinente destacar que **la Convención sobre los Derechos del Niño**, cuyo valor como hito internacional en materia de protección de derechos humanos de niñas, niños y adolescentes resulta absolutamente innegable, cambió definitivamente el estatus de la infancia reconociendo a niñas y niños como sujetos de derechos.

En línea con sus postulados, el Comité de los Derechos del Niño, al velar por el cumplimiento de la CDN en los Estados parte que han ratificado la Convención, enunció «Observaciones Generales» que explican y dan forma a los contenidos de aquella.

En particular, en la Observación General N° 5 sobre medidas generales de aplicación de la CDN, se afirma que «Para que los derechos cobren sentido, se debe disponer de recursos efectivos para reparar sus violaciones. Esta exigencia está implícita en la Convención, y se hace referencia a ella sistemáticamente en los otros seis principales instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos.

La situación especial y dependiente de los niños les crea dificultades reales cuando los niños quieren interponer recursos por la violación de sus derechos.

Por consiguiente, los Estados deben tratar particularmente de lograr que los niños y sus representantes puedan recurrir a procedimientos eficaces que tengan en cuenta las circunstancias de los niños». La Argentina adoptó la CDN en 1990 y la incorporó a la Constitución Nacional en la reforma de 1994.

Sin embargo, no fue sino hasta 2005, que el país sancionó una Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (ley nacional 26.061), acorde a los lineamientos de protección integral de la Convención.

Estimo que el derrotero procesal que ha tenido la presente causa hasta su etapa actual, permitió garantizar aquellos principios, efectivizando la labor del Estado en la tutela efectiva de los derechos de los más vulnerables.

b. Sobre los vicios in iudicando señalados por la recurrente

Tras haberse analizado –y descartado– el agravio relativo a la nulidad de la sentencia por un déficit de fundamentación, conviene ahora avanzar sobre el esquema de tratamiento inicialmente propuesto, y abordar la queja casatoria dirigida a cuestionar la subsunción legal de los hechos realizada por el tribunal de juicio y la pena aplicada.

En este tramo de su impugnación, la recurrente planteó, en forma subsidiaria a la absolución por duda que solicitó en primer lugar, que en caso de considerarse responsable a Barroso Valentini del hecho que se le imputa, éste debía responder por homicidio agravado por el uso de arma de fuego en concurso ideal con homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego en grado de tentativa en calidad de partícipe secundario.

Ello toda vez que los elementos de prueba que conforman el plexo que acompaña la causa sólo acreditaban que el acusado conducía la motocicleta.

De allí peticiona el cambio de calificación legal y, como consecuencia de ello, se aplique el mínimo legal de penalidad que resulte aplicable, dada la falta de antecedentes penales del incuso (ver recurso, fs. 1376 vta.).

En otras palabras, la defensora argumenta que las pruebas indican que los proyectiles que hirieron a Rafael Alejo Molina Gómez y provocaron el deceso de Micaela Tatti Molina no fueron disparadas por su pupilo, sino por el otro sujeto que se trasladaba a bordo del rodado de mención, razón por la cual su participación deriva en secundaria.

Al respecto, cabe referir que no le asiste razón a la defensa en cuanto a los argumentos que propone por cuanto éstos no encuentran correlato en las constancias probatorias de la causa; falencia que deriva –necesariamente– en el rechazo del cambio de calificación propuesto y –en consecuencia– de la disminución de la sanción penal aplicada. Veamos.

En cuanto a la selección de las figuras penales utilizadas para encuadrar típicamente el comportamiento delictivo imputado al acusado, el tribunal de la instancia anterior –entre otros aspectos– consideró que «Micaela no era el objetivo primigenio de los autores del injusto, sino que lo era su tío Rafael Molina. Ella fue una víctima colateral, ya que los sujetos dirigieron el ataque hacia Molina, que se encontraba casi al lado de Micaela.

Mientras se desplazaban a **escasa velocidad**, y al pasar frente a las víctimas, comenzaron a efectuar varios disparos con distintas armas de fuego». Agregó que los intervinientes –entre los que se encontraba obviamente el imputado– «[q]uisieron dar muerte a Molina» pero que el «[c]urso causal de los acontecimientos hizo que, dada la proximidad entre aquel y su sobrina, y la gran cantidad de disparos efectuados [...] además de impactar sobre aquel, lo hicieran también sobre Micaela [...]. Para asegurar ese objetivo, dispararon a mansalva sobre el lugar en el que además de Molina, estaba Micaela junto a él, impactando finalmente las balas también en su cuerpo».

Desde allí juzgó que «Barroso y su cómplice advirtieron claramente su presencia, no obstante lo cual, no interrumpieron su cometido. Vieron que la menor estaba junto a su tío y que los disparos podían impactarla, y pese a ello, siguieron adelante con su plan [...]. Actuaron con dolo directo en la búsqueda de Molina. Queda claro que el propósito era matarlo, y prueba de ello, fue la gran cantidad de disparos efectuados (9) no habiendo logrado su propósito [...].

En cuanto a Micaela, que estaba junto a su tío, claramente los autores se representaron la posibilidad de que la misma fuera alcanzada por las balas y con ello pudiera perder su vida, no obstante lo cual, siguieron con su acción adelante y continuaron disparando sobre ellos. En tales condiciones, también debe responder el prevenido por esta consecuencia por haber obrado con dolo eventual» (ver fundamentos, fs. 1359 y vta.).

Sobre esta base, en cuanto a la participación criminal del imputado, razonó que «[e]l prevenido –por Barroso Valentini– fue quien, además de conducir su moto, también efectuó disparos. **Su grado de intervención en el injusto, lo evidencia como coautor** del mismo.

Ha tenido **un codominio funcional del hecho**, y pudo decidir cómo y cuándo desplegar la conducta ilícita hoy ponderada. Él, conjuntamente con su cómplice, ponen en marca el iter criminoso destinado a dar muerte a Molina. No tengo duda alguna que tuvo plena conciencia que la acción que desplegaba estaba encaminada a dar muerte a Molina, no obstante lo cual, asume su rol, y ejecuta su parte» (ver fundamentos, fs. 1360).

Comparto con el tribunal de sentencia los argumentos citados precedentemente, dado que las circunstancias y los datos objetivos comprobados en la causa permiten asegurar que el imputado no fue un mero partícipe secundario en la ejecución del ilícito atribuido, sino que intervino activamente en el mismo, desarrollando conductas que permiten encuadrar su comportamiento dentro de la órbita de la coautoría, según lo previsto en el art. 45 del CP.

Así ha quedado suficientemente demostrado no sólo que entre el imputado y otro sujeto hubo una decisión conjunta de cometer el hecho delictivo, sino que, además, ésta se manifestó externamente en aportes objetivos por parte de los intervinientes, con una manifiesta y comprobada división de trabajo o de tareas.

Concretamente, quedó acreditado que idearon un plan delictivo con un objetivo preciso y claro, se procuraron los medios necesarios para asegurarse el resultado propuesto y, en base a ese proceso de ideación y deliberación, obraron conjunta y coordinadamente en los hechos.

La división de tareas está probada porque de distintos tanto Barroso Valentini como el otro sujeto le disparaban a las víctimas desplazándose ambos a bordo de una motocicleta color roja marca Yamaha, lo que demuestra no sólo el acuerdo para matar sino que además existió un concreto aporte objetivo: los disparos que se efectuaron.

Por lo tanto, está claro que el hecho en su conjunto les pertenece a todos los que intervinieron puesto que todos tenían en sus manos el dominio del hecho.

Precisamente es esa correspondencia lógica y jurídica entre el comportamiento delictivo asumido en los hechos por parte de Barroso Valentini –efectuar disparos de arma de fuego contra la humanidad de las víctimas– y la calificación legal dada por el tribunal a quo la que impide que esa solución sea rebatida con éxito a través de los argumentos expuesto por la recurrente, al lucir insuficientes para conmover el análisis efectuado.

De lo dicho, surge con claridad que en la sentencia se brindaron razones suficientes para tener por configurado en el sub lite el carácter de coautor del imputado, las que, a mi juicio, resultan suficientes para refutar la posición de la defensa y confirmar las conclusiones a las que arribó el tribunal a quo.

Ello, a su vez, hace que devenga en abstracto el planteo recursivo por el que se solicita una disminución de la sanción penal aplicada, dado que ese pedimento resulta ligado a la admisión del cambio de calificación.

c. Conclusión

En definitiva, considero que ninguno de los agravios deducidos debe prosperar y, en coincidencia con lo expuesto por el señor Procurador General, corresponde contestar negativamente la primera cuestión planteada, y confirmar la sentencia impugnada en su totalidad. ASÍ VOTO.

Voto Dra. Orbelli y Dra. Isuani. Preopinante.

Sobre la misma cuestión, las DRAS. ALEJANDRA M. ORBELLI Y MARINA ISUANI adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, LA DRA. M. TERESA DAY, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, las DRAS. ALEJANDRA M. ORBELLI Y MARINA ISUANI adhieren al voto que antecede.

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

Sobre la misma cuestión, las DRAS. ALEJANDRA M. ORBELLI Y MARINA ISUANI adhieren al voto que antecede. Con lo que dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa del imputado.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DRA. M. TERESA DAY Ministro DRA. ALEJANDRA M. ORBELLI Ministro DR. MARINA ISUANI Ministro

20- CASTILLO PALACIOS. 16-07-20.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200716_FcCPH.pdf

Lex: Art. 79 del CP.

Vox: Homicidio simple. Estado de emoción violenta. Capacidad de culpabilidad disminuida. Perturbación de consciencia. Frenos inhibitorios. Competencia del agente. Actio libera in causa. Causal de justificación. Requisito psicológico. Requisito normativo.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **ocho años de prisión e inhabilitación absoluta** por igual tiempo como autor penalmente responsable del delito de homicidio simple (art. 79 CP).

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 del CPP)

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

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 744, pronunciada por el TPC N° 2- 1° CJ.

Parágrafos destacados.

“Cuando la doxa académica exige dos requisitos para la procedencia del art. 81 inc. 1° del CP – perturbación del estado de consciencia y circunstancias que la hagan excusable– lo que quiere decir, en una terminología más moderna, es que esta disminución en los frenos inhibitorios, de verificarse en el autor, por sí sola no alcanza para configurar la atenuante, sino que, además, no debe ser competencia del propio agente. “

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

Fallo:

CUIJ: 13-04883059-9/1((018602-105492)) FC/ C. P. H. S. P/ HOMICIDIO SIMPLE (105492) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104967503*

En Mendoza, a los dieciséis días del mes de julio del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04883059-9/1, caratulada "F. C/ C. P. H. S. P/HOMICIDIO SIMPLE S/ CASACIÓN".

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

La Defensa de H. S. C. P. interpone recurso de casación (fs. 236/260) contra la Sentencia N° 744 (fs. 222 y vta.) y sus fundamentos, mediante la cual el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial condenó al nombrado a la pena de ocho años de prisión e inhabilitación absoluta por igual tiempo como autor penalmente responsable del delito de homicidio simple (art. 79 CP).

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

I.- Sentencia recurrida

El juez sentenciante tuvo por acreditado con la certeza requerida para el dictado de una sentencia condenatoria que «el día 22 de diciembre del año 2018, siendo las 02.00 horas aproximadamente, en el domicilio de calle ... Guaymallén, lugar donde funciona un galpón de ajos, C. P. H. S. discutió con H. C. V. R., por lo que tomó un cuchillo tipo carnicero con cabo de madera y hoja metálica con el cual apuñaló a la víctima en reiteradas oportunidades, dos de ellas en la región del cuello en los vasos venosos, ocasionándole la muerte» (f. 223 vta.).

Para decidir en tal sentido, el a quo valoró la declaración del imputado, las declaraciones testimoniales rendidas por J. J. F., R. D. L. P., S. B., J. M. D. O. y J. B., así como las constancias del acta de procedimiento, la inspección ocular, el examen físico del imputado, el informe de reconstrucción criminal practicado por Policía Científica, el informe de Sanidad Policial, la necropsia y las demás pruebas válidamente incorporadas al proceso.

II.- Recurso de casación

La defensa considera que la sentencia condenatoria dictada en contra de su representado padece vicios in procedendo e iudicando.

En relación con los primeros, advierte que el juez sentenciante habría relativizado arbitrariamente el peso que las partes le adjudicaron a las opiniones de psicólogos y psiquiatras, lo que le habría impedido concluir que el autor actuó padeciendo un estado de emoción violenta.

En relación con los segundos, entiende que se ha aplicado erróneamente el art. 79 del CP cuando, debido a las circunstancias fácticas en las que se ejecutó el homicidio, hubiese correspondido aplicar el art. 81,

inc. 1° del CP, esto es, homicidio simple en **estado de emoción violenta**. En sustento de tal tesitura desarrolla los requisitos de la figura penal cuya aplicación se solicita y, acto seguido, los relaciona con la dinámica de los hechos.

Realiza reserva del caso federal.

III.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General entiende que corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto (fs. 282/283).

Después de analizar los argumentos vertidos por la defensa, destaca que se pretende una revisión ex novo de lo ya tratado y resuelto en la sentencia criticada.

En esta línea, advierte que el tribunal, con sólidos fundamentos, rebatió las argumentaciones ahora reiteradas y que la prueba ofrecida en la sala de debate no permite tener por acreditada de modo alguno la existencia de una emoción violenta en el accionar del imputado al momento de darle muerte a la víctima.

Esta aproximación al caso en el nivel de la valoración de la prueba es trasladada de manera directa al nivel de la adjudicación del derecho y, así, es descartado igualmente el planteamiento relativo a la procedencia de una atenuante en el comportamiento de C. P. que daría lugar a la aplicación del art. 81, inc. 1° del CP.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

En adelanto de las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que corresponde rechazar el recurso casatorio impetrado.

La defensa realiza un desarrollo de los requisitos exigidos para considerar que concurre una atenuante por estado de emoción violenta y, acto seguido, los asocia a su teoría del caso en relación con el hecho imputado a C. P..

Así, considera probados aquellos requisitos y, por ello, entiende fundamentada la concurrencia de la atenuante contemplada en el art. 81, inc. 1° del CP. Pero, a mi modo de ver, aquella empresa omite realizarse la pregunta crucial cuya respuesta determina si corresponde o no la aplicación de la figura contenida en el art. 81 inc. 1° del CP:

De existir un trastorno en el comportamiento del autor, ¿quién es competente por él? Aquí se trata de interpretar en el plano normativo quién debe, dado el caso, cargar con los costes de la **capacidad de culpabilidad disminuida** que fundamenta la existencia de la figura penal referida.

A lo que me refiero es que no «cualquier» estado emocional que derive en una expresión violenta, por el solo hecho de su comprobación, en tanto relajamiento de los frenos inhibitorios, debe dar lugar a la aplicación de la figura atenuada.

En efecto, lo crucial es determinar –además de la perturbación de consciencia– si el autor era ajeno a aquel estado de imputabilidad disminuida.

Cuando esto sea así, debido al comportamiento de la víctima o a la intervención de un tercero, entonces entrará en consideración una disminución de la culpabilidad tan intensa que desplazará la figura del homicidio simple.

Cuando la doxa académica exige dos requisitos para la procedencia del art. 81 inc. 1° del CP –perturbación del estado de consciencia y circunstancias que la hagan excusable– lo que quiere decir, en una terminología más moderna, es que esta **disminución en los frenos inhibitorios**, de verificarse en el autor, por sí sola no alcanza para configurar la atenuante, sino que, además, no debe ser **competencia del propio agente**.

Esto es, no debe haber sido causada por él –hipótesis que abriría el espacio de juego a la figura de la **actio libera in causa**, estructura de imputación que ha permanecido completamente al margen del planteamiento defensivo– ni ser un riesgo inherente a su personalidad que a él mismo le incumba contener.

Dicho esto, corresponde analizar, en primer lugar, si C. P. al momento de darle muerte a la víctima padecía alguna perturbación de consciencia.

La defensa solicita que esta cuestión sea revisada en esta instancia en el marco de sus agravios en el nivel de los vicios in procedendo.

Como dije más arriba, la recurrente objeta que determinadas pruebas darían cuenta de los requisitos del estado de emoción violenta que padecía su defendido al momento de ocasionarle la muerte a la víctima, los que, sin embargo, habrían sido indebidamente valorados como elementos del tipo del homicidio simple. Veamos.

En primer lugar, la defensa entiende que el juez no ha valorado que V. habría lesionado a C.

Esto fue descartado por el sentenciante con base en un acta de visu suscripta por dos profesionales médicas, lo cual no sería suficiente y, por ello, se habría solicitado la constatación de las lesiones, medida que nunca se practicó.

Frente a esta apertura liminal de los agravios en el nivel de los vicios in procedendo, cabe señalar –como reconoce la recurrente– que no se ha evaluado en ningún momento la concurrencia de una **causal de justificación** en el accionar de C. P. y que, por ende, no corresponde analizar la existencia de una provocación suficiente, la que, sin embargo, tampoco ha sido verificada en el caso concreto (véase el desarrollo del a quo a fs. 225 vta./226).

En esta línea, el juez de sentencia explicó correctamente a fs. 226 vta. que no existió pelea alguna entre el imputado y la víctima y que aquel le dio muerte a ésta mientras dormía, lo cual se deriva del resultado de la alcoholemia de V. y el informe de Policía Científica, el cual establece que «la agresión física [...] se efectuó cuando se encontraba situado en el colchón central» (f. 75).

La defensa, no obstante problematiza el valor de esta prueba, al contrastarla con el resultado del informe de necropsia de f. 90, el cual daría cuenta de que sí existieron lesiones de defensa –escoriaciones de diversos tamaños en muñeca, mano, palma de mano, y codo izquierdo–.

Sin embargo, esta acción defensiva que la recurrente sugiere y que sustentaría la hipótesis de una provocación suficiente, no es aunada con la figura del homicidio en estado de emoción violenta, apuntando únicamente a la eventual existencia de una pelea previa al homicidio.

Idénticos fines tiene la crítica de la constancia de la llamada al CEO, pero, a la vez, similares defectos, en tanto la misma parece quedar trunca en su vínculo lógico con los requisitos exigidos por el art. 81, inc. primero CP.

Pero el núcleo duro del recurso defensivo es la interpretación del informe psiquiátrico-psicológico efectuada por los profesionales del CAI, según el cual «las circunstancias que rodearon el hecho investigado habrían producido una sumatoria de estímulos tanto biológicos (consumo de sustancia tóxicas: alcohol), psicológicas (características de personalidad), anímicos (sentimientos de temor e ira), a lo que se añade la historia vincular conflictiva entre el Sr. C. y el Sr. V. que podrían potenciar los sentimientos hostiles hacia éste, todo lo cual habría propiciado una ruptura de los frenos inhibitorios y la reacción agresiva del Sr. C.».

Esta pericia es, a su vez, puesta en relación con las declaraciones en sede de debate de los profesionales intervinientes, quienes ampliaron detalles y conclusiones. El Dr. R. D. L. P. explicó que se verificó en el relato de C. que presentaba hipomnesia, es decir, que olvidó detalles del hecho, así como la Lic. G. refirió que C. presenta rasgos paranoides y esquizoides que influyeron en el desarrollo de la conducta.

A partir de aquí, la defensa deriva la existencia de la emoción violenta (a), sin embargo, como bien advierte el juez sentenciante a fs. 225 vta., estos informes no son suficientes para considerar la existencia de un estado de emoción violenta con relevancia jurídico-penal, pues esta requiere, además de una situación de perturbación, que esta sea ajena al agente.

Por su parte, la violencia de la emoción (b), en tanto segundo requisito del estado de emoción violenta, es derivado por la defensa del alto grado de alcohol consumido por autor y víctima: «esto es 2,90 gr/l [V.] y de C., de 2,17 gr/l» lo cual explicaría “el nivel de agresión que han atravesado ambos actores y que por supuesto ha exasperado las relaciones entre ellos» (f. 240).

Sin embargo, como en los párrafos anteriores se intentó sugerir que la víctima agredió al autor o, al menos, que existió una pelea entre ellos, ahora la recurrente propone explicar el homicidio con base en el consumo de alcohol previo.

Lo cual, no es óbice para apreciar su completa responsabilidad y, en caso de que esta fuera puesta en duda, debió haberse recurrido a la figura de la actio libera in causa para determinar la entidad del defecto y el grado de competencia.

Bien, descartada la concurrencia de un estado de perturbación en la persona de C. P. al momento de darle muerte a H. C. V., corresponde ahora determinar si ella (aún en el caso de haber concurrido) hubiese podido imputársele a la víctima o un tercero al efecto de desgravar al autor (c).

Naturalmente, descartados los dos primeros requisitos del estado de emoción violenta, se vuelve lógicamente abstracto el tratamiento del tercero de los requisitos.

Con todo, me parece relevante su consideración a los efectos de completar la revisión de la sentencia en función de los requisitos de la figura establecida por el art. 81, inc. 1° del CP.

Más aún, cuando este extremo ha sido específicamente analizado por el tribunal de juicio a fs. 227 vta./228 y es objeto de agravio en el recurso de casación.

En este sentido, el a quo realiza un minucioso trabajo que toca las fibras centrales de los problemas jurídicos sometidos a decisión a la luz de la prueba ofrecida en sede de debate y, así, se lee que son varios los detalles de contexto que permiten descartar ya no solo el «elemento psicológico», sino también el «componente normativo».

Ello en tanto, «la disminución de la capacidad de gobierno de los frenos inhibitorios en buena medida fue causada por el propio imputado, desde que compartía la cena con la víctima y no obstante se embriagó esa noche como lo hacía periódicamente, pese a que había sido advertido reiteradamente por terceros, como el señor B., para que remediara esa conducta» (f. 228).

A su vez, el juez a quo subrayó que el imputado ya había demostrado que poseía recursos internos para apartarse de H. C. V. en situaciones extremas, al mismo tiempo que puso de relieve que sujetos como C. P., especialmente impulsivos, debían dirigirse con mayor diligencia en este tipo de situaciones. Lo cual, no era excusable ni por el contexto ni por la existencia de una provocación de la víctima.

En síntesis, el juez sentenciante no solo despejó la posibilidad de una perturbación de consciencia en el accionar del imputado al momento de causar la muerte de la víctima, sino que, a su vez, realizó un correcto tratamiento del segundo de los requisitos impuestos por la figura contemplada por el art. 81, inc. 1°, esto es, la no competencia del agente por la imputabilidad disminuida.

De este modo, la estrategia defensiva, más allá de ser una reedición de su planteamiento al momento de presentar sus alegatos, no alcanza para aquello que se propone. Pues, aun cuando el sentido de la prueba hablara a favor de un estado de perturbación en la persona de C. P. al momento de darle muerte a H. C. V. –lo cual, como expliqué, no es así– la argumentación del recurrente omite preguntarse si frente a él se verifican «circunstancias que lo hicieran excusable», esto es, si debía ser él mismo quien se hiciera responsable de ese estado de perturbación.

En suma, permite descartar simultáneamente ambos flancos del recurso defensivo, tanto el relativo a los vicios in procedendo, como el relativo a los vicios in iudicando.

De lo cual se puede concluir sobre la correcta argumentación del magistrado sentenciante al momento de valorar los elementos de prueba, descartar la concurrencia de los requisitos del estado de emoción violenta y aplicar la figura del art. 79 CP.

Así, validada la interpretación de la prueba llevada a cabo por el a quo y descartada cualquier perturbación en el estado de consciencia de C. P. por la cual no debiese responder, entiendo que corresponde rechazar la pretensión defensiva en su totalidad y, así, confirmar la sentencia tanto en el nivel de la valoración de la prueba, como en el nivel de la aplicación del derecho.

En conclusión, con base en las consideraciones precedentes, estimo que debe contestarse de manera negativa la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazarse el recurso interpuesto por la defensa técnica de H. S. C. P.. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

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

Voto Dr. Valerio. Adhiere. Por su voto.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN EL DR. JOSÉ V. VALERIO, POR SU VOTO, DIJO: Puesto a resolver el recurso de casación promovido por la defensa del acusado H. S. C. P. debo señalar que coincido con mi colega preopinante en cuanto al rechazo de la impugnación.

Sin embargo, entiendo pertinente realizar algunas consideraciones en torno a la motivación de la sentencia y a la figura de la emoción violenta, cuestiones centrales planteadas por la defensa técnica en su recurso. Veamos.

En primer lugar, considero oportuno señalar que en la sentencia cuestionada no se verifican los defectos que apunta la defensa, toda vez que la motivación de la sentencia es suficiente a los fines de su mantenimiento como **acto jurisdiccional válido**.

Ello, a tenor de la jurisprudencia de este Cuerpo en el sentido que los posibles defectos de la resolución, para conllevar la extrema solución de su nulidad, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (L.S.186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros; lo que en autos no ocurre.

En segundo lugar, considero que no resulta procedente la pretensión de la defensa vinculada a la aplicación de figura atenuante de la emoción violenta. Esto en tanto considero que de la claridad del texto del art. 81, inc. 1° CP y de las circunstancias concretas del caso en análisis –señaladas en el voto que me antecede– surge su inaplicabilidad a este último.

En efecto, la norma citada establece claramente los presupuestos exigidos para apreciar un estado de emoción violenta: «se impondrá reclusión de tres a seis años, o prisión de uno a tres años: a) al que matare a otro, encontrándose en un estado de emoción violenta y que las circunstancias hicieren excusable».

De allí se derivan los dos requisitos que, dadas la prueba obrante en autos, no se verifican en el caso concreto: el requisito psicológico y el requisito normativo.

El **requisito psicológico** hace referencia a que el autor mata motivado por un estado de alteración del ánimo a raíz de las sensaciones que ha experimentado.

El **requisito normativo**, por su parte, refiere que la causación de la muerte no resulta de la propia y autónoma determinación del autor, sino que encuentra su causa en la **acción provocadora** de la víctima o de un tercero.

Es decir, la ley exige la comprobación conjunta de estas circunstancias y –como sucede en el caso de C. P.– cuando alguna de ellas no concurra, no se podrá aplicar la figura atenuada del homicidio simple.

Es que, en el caso bajo estudio, si bien es cierto que del informe psiquiátrico-psicológico efectuado por los profesionales del CAI se deriva que, según las circunstancias, habrían influido en el hecho tanto estímulos biológicos (consumo de alcohol en exceso), como psicológicos (características de la personalidad) y anímicos (sentimientos de temor e ira) que habrían propiciado una ruptura de los frenos inhibitorios y una reacción agresiva del autor, no es menos cierto que ello no alcanza para fundamentar la aplicación de la figura del art. 81 inc. 1° del CP.

En efecto, no sólo es necesario comprobar una relación de causalidad entre el estado de emoción y el homicidio, sino, además, que las circunstancias deben hacer excusable la alteración del ánimo.

De tal manera, de acuerdo con la ley, la emoción violenta sólo atenúa el homicidio simple cuando las circunstancias explican razonablemente la perturbación que arrastró al sujeto hacia el homicidio. Así, la ira en tanto reacción asténica no debe tener su origen en la propia naturaleza del individuo, sino que debe obedecer a una fuente externa a él que provoque la exaltación de sus sentimientos en grado tal que lo mueva al delito. Y es este segundo requisito (el normativo) el que, entiendo, está fuera de duda que no concurre en el caso de C. P., pues en ningún momento surge de la prueba rendida en el debate que la causa provocadora de la emoción haya sido un agravio anterior de la víctima o un tercero.

Esto se desprende claro de los hechos dados por probados y validados en el voto preopinante, a los cuales, en honor a la brevedad, me remito.

Finalmente, es necesario no perder de vista que dicha aproximación al caso no ha escapado al fino juicio crítico del a quo al explicar que «la disminución de la capacidad de gobierno de los frenos inhibitorios en buena medida fue causada por el propio imputado, desde que compartía la cena con la víctima y no obstante se embriagó esa noche como lo hacía periódicamente, pese a que había sido advertido reiteradamente por terceros, como el señor B., para que remediara esa conducta» (f. 228).

Con base en las consideraciones precedentes, estimo que corresponde contestar de manera negativa a la primera cuestión planteada y, por lo tanto, desestimar el recurso defensivo y convalidar la sentencia condenatoria. ASÍ VOTO.

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

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

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa H. S. C. P..
- 2.- Tener presente la reserva federal formulada.
- 3.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

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

21- DARRE. 22-07-20.

| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
|----|----|----|------|--------|---------|---------|----------|---------|---------|---------|------------|-------------|----------|------------|
| - | - | - | - | - | - | - | A | - | - | - | -6° | - | N | 353 |
| | | | | | | | | | | | | | | 474 |

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200722_FcDPD.pdf

Lex: Art. 84, 55, 91 en función del art. 94 y 84, 2° párrafo, art. 59, inc. 6° del CP. Art. 19, 20, 21, 5, 26 inc. 2° del CPP. Ley 27147.

Vox: Homicidio culposo. Concurso real. Lesiones gravísimas culposas. Conducción imprudente. Sobreseimiento. Extinción de la acción penal. Conciliación. Reparación integral. Solución de conflicto. Armonía social. Nulidad de la sentencia. Excepción de previo y especial pronunciamiento. Justicia restaurativa.

Summa:

El **TPC** dispuso el sobreseimiento de D. E.D.P en relación a los delitos de homicidio culposo en concurso real con lesiones gravísimas culposas, ambos agravados por la conducción imprudente de un vehículo automotor (arts. 84, 55, 91 en función del art. 94 y 84, 2° párrafo del C.P.), por haber operado la extinción de la acción penal, de conformidad con lo dispuesto por el art. 59, inc. 6° del C.P.

El **MPF** interpone recurso de casación contra la sentencia antes mencionada.

El **Procurador General** mantiene el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** hacer lugar al recurso de casación interpuesto y, en consecuencia, anular la sentencia y sus fundamentos, debiendo remitirse las presentes actuaciones al TPC, a fin de que la OGAP siga el trámite de ley, conforme al resultado aquí arribado, a efectos de que se dicte un nuevo pronunciamiento (art. 486 CPP).

Resolución cuestionada: Sentencia N° 139, pronunciada por el TPC N° 1-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Lemos Guerrero. 28-11-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181128_FcLGR.pdf

Parágrafos destacados.

“Ahora bien, del juego armónico entre las normas de derecho sustancial (art. 59 del CP) y procesal (art. 26 del CPP) surge que tanto **la conciliación como la reparación integral del daño son especies dentro del género «solución de conflicto»**, el que, a su vez, integra el criterio más amplio de los criterios de oportunidad (al respecto, ver fallo «**Lemos Guerrero**»)...”

SCJM. Dres.: **Valerio.** Adaro. Gómez

Fallo:

CUIJ: 13-04453636-0/1((018601-137393)) FC/D. P. D. E. P/HOMICIDIO CULPOSO (137393) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104534132*

En Mendoza, a los veintidós días del mes de julio del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04453636-0/1 caratulada "FC/ D. P., D. P/ HOMICIDIO CULPOSO S/ CASACIÓN".

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

El representante del Ministerio Público Fiscal interpone recurso de casación contra la Sentencia N° 139, mediante la que se dispuso el sobreseimiento de D. E.D.P en relación a los delitos de homicidio culposo en concurso real con lesiones gravísimas culposas, ambos agravados por la conducción imprudente de un vehículo automotor (arts. 84, 55, 91 en función del art. 94 y 84, 2° párrafo del C.P.), por haber operado la extinción de la acción penal, de conformidad con lo dispuesto por el art. 59, inc. 6° del C.P.

El pronunciamiento cuestionado fue dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial en estos autos N° P-137.393/12.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

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

1.- La sentencia recurrida

El tribunal impugnado resolvió del modo precedentemente señalado, por entender que «... el texto del dispositivo en estudio [art. 59, inc. 6° del CP] contempla la posibilidad de que el imputado y la víctima puedan realizar acuerdos conciliatorios en determinados casos ... Acá se trata de un homicidio culposo por un tema de violación de las normas de conducción vehicular. Acá no hay ningún convenio internacional que establezca que el Estado tome previsiones especiales en materia de conducción vehicular para evitar hechos de esta naturaleza. "Ni la ley penal ni la procesal distinguen el tipo de delito. El dictamen del señor Procurador o las directivas, mejor dicho, del señor Procurador tienen que ver con los principios de oportunidad, donde se requiere el consentimiento del Ministerio Público y él regla, porque tiene facultades, que sus subalternos den o no el consentimiento ...».

«En materia de extinción de la acción penal, precisamente, aún de oficio los tribunales, en cualquier estado y grado del proceso, que adviertan que se ha extinguido la acción penal tienen que hacerlo aún de oficio ... Acá no se requiere consentimiento alguno del señor Fiscal. Es una de las causales de sobreseimiento que el tribunal, aún de oficio sin pedido de parte, de considerar que se da lo que dice el CP de la República Argentina como causal de extinción, debe proceder de oficio Es verdad que la regulación de la acción es una materia procesal y los obstáculos a la persecución penal, al ejercicio de la acción penal, sí son del CP de la Nación. Es decir, las causales de extinción de la acción penal el Congreso

de la Nación es quien establece cuáles son. La forma, el procedimiento de cómo se debe llevar a cabo lo establece el CPP. Si es con vista, si es sin vista, si es a pedido de parte ...».

«El 353 del CPP marca claramente ...cuáles son las causales de sobreseimiento y cómo se debe dictar el sobreseimiento, que es por sentencia ... Y es precisamente, el inciso 4 que dice: la acción penal se haya extinguido. Para eso tenemos que ir al CP de la República Argentina para saber cuáles son las causales de la extinción. A su vez, abundando, dice: si se hubiere producido la conciliación de las partes, siempre en los casos que estuviere legalmente permitido. El mismo CP permite, cuando habla de extinción de la acción penal, ... la conciliación. ¿Y la **conciliación** cuál es? ... Hay parte de la doctrina que considera que una cosa es la conciliación y otra cosa es la **reparación integral** ... La conciliación ... es ceder algo para terminar un conflicto y acá ya ha habido conciliación ...Acá hay carta de pago, terminación de juicio. Acá, V. J. P. y M. A. B., ambos por sí, actores ... dan carta de pago, dan todo. O sea que el conflicto lo han reparado porque han conciliado. **Por supuesto que en la conciliación no hay una reparación integral** porque alguien cede algo, porque si no, no habría acuerdo conciliatorio. Que haya pagado la compañía de seguro, que haya pagado un tercero, que haya pagado el autor del hecho, un familiar del autor del hecho ...».

«Este acuerdo conciliatorio es al que hace referencia el inciso 6° del artículo 353, pero que, a su vez, es una forma de extinción de la acción penal ... habla el Código Penal por conciliación o reparación integral del daño causado. El mismo legislador nacional dice que son cosas distintas ... Reparación integral sería, precisamente, del perjuicio habla, no dice del perjuicio ocasionado por el delito, dice del perjuicio ... Pero esta reparación integral nunca va a poder llevarse a cabo ... porque las partes han conciliado y dice claramente conciliación, y es una causal de extinción de la acción penal ... No puede ni el Procurador, ni funcionario alguno del Ministerio Público, ni juez alguno ir en contra, salvo que fuere inconstitucional ... por pautas superiores como son convenciones internacionales, donde la República Argentina... ha establecido que deben ser solucionados de otra manera ... Acá no hay ninguna norma que regule el tráfico rodado con jerarquía constitucional que impida la aplicación del art. 59, inc. 6° del CP por ser inconstitucional ... Y tenemos en el expediente penal, a fs. 267, donde los que son acá querellantes, con sus patrocinantes, han dado carta de pago y terminación de juicio, con lo cual han conciliado. Por otro lado, el art. 5 del CPP de Mendoza manda a los tribunales a resolver el conflicto surgido como consecuencia del hecho, de conformidad con los principios contenidos en las leyes, en procura de construir o restaurar la armonía social entre sus protagonistas. Entiende el tribunal que, al haber acordado civilmente, ha habido armonía social porque tenían todo el derecho las partes a continuar con el juicio hasta pretender la reparación integral del daño causado. Esto es demostrativo, al haber hecho un acuerdo, que no le interesa a la parte la reparación integral del daño porque se contenta con lo que han conciliado. Por eso han dado carta de pago, inclusive, sus abogados que los han patrocinado en aquella demanda civil ...» (constancias audiovisuales, desde 0:09:45 hasta 0:22:54). En virtud de ello, el sentenciante dictó el sobreseimiento aludido por considerar que ha «mediado conciliación entre las partes, dado el acuerdo que glosa a fs. 267, donde si bien no se reparó integralmente el daño causado, las partes estuvieron de acuerdo que con eso satisfacían sus pretensiones» (constancias audiovisuales, desde 0:33:37 hasta 0:33:52).

2.- El recurso de casación de la representante del Ministerio Público Fiscal

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

En relación a los agravios formales, el representante del Ministerio Público Fiscal considera que la resolución cuestionada es arbitraria por existir errores en su fundamentación y por no haberse observado el trámite procesal establecido para la resolución de las excepciones de previo y especial pronunciamiento (art. 20 del CPP).

En ese orden, expresa que la defensa técnica de D. E.D sólo hizo referencia de modo genérico y alusivo al arreglo concertado entre las partes en sede civil, pero en ningún momento aportó elementos probatorios que acreditaran los términos del acuerdo, sus alcances y, sobre todo, la conformidad de quien reviste el carácter de perjudicado.

Refiere además que una de las partes interesadas en el proceso jamás fue consultada o requerida su comparecencia a la audiencia en cuestión, lo que fue reclamado por esa Fiscalía. Concretamente, señala que Y. C. P. A. –víctima sobreviviente del accidente automovilístico– también es parte interesada en la consecución de los fines de la investigación, a pesar de estar constituida de manera formal como sujeto procesal en autos, por lo que debió no sólo ser citada a la audiencia respectiva, sino que también debió correrse vista a su respecto, conforme dispone el art. 21 del CPP.

Sostiene que **la conciliación** ha sido diagramada y establecida por el código de fondo como motivo idóneo para tener por finalizada la facultad persecutoria del Estado a través de la extinción de la acción, debiendo ajustarse su implementación al trámite previsto por las legislaciones locales.

Entiende que, en el caso de la provincia de Mendoza, deben observarse las previsiones de los arts. 19, 20, 21 y concordantes del CPP y los arts. 5 y 26, inc. 2°, primera parte del mismo cuerpo legal, lo que en autos no ha ocurrido.

El recurrente pone de resalto que él no puede apartarse de las directivas impartidas por el Procurador General en cuanto a la actuación que debe observar el órgano acusador al momento de evaluar la procedencia de todo principio de oportunidad, y que su dictamen forma parte del trámite local que manda respetar el art. 59, inc. 6, segunda parte, del CP. En relación a los agravios sustanciales, el acusador público pone de resalto que dos de las partes procesales –una esencial, el acusador público, y otra no esencial, el acusador privado– expresaron su negativa en relación a la conciliación en materia punitiva, como surge de las constancias audiovisuales. Además, entiende que bajo ningún punto de vista los efectos del arreglo concertado ante el juez del fuero civil pueden ser asimilados o extrapolados a la esfera penal, como sostuvo el a quo. Ello, en tanto los órganos jurisdiccionales del fuero penal contienen sujetos, parámetros y fines diametralmente distintos a los de la justicia civil, citando a modo de ejemplo que, en el caso concreto, interesa la posible aplicación de la pena de inhabilitación, la que tiene un fin preventivo general que excede el marco de interés de víctima y victimario. En función de lo expuesto, solicita a este Tribunal case la sentencia impugnada y se pronuncie por la persistencia de la acción penal en la presente causa.

3.- Dictamen del Procurador General

En oportunidad de emitir su dictamen, el Procurador General mantuvo el recurso de casación deducido por el representante de ese Ministerio Público Fiscal y se remitió a los argumentos brindados por aquél al momento de su interposición.

4.- La intervención de la defensa del imputado Daniel Darré Pauloni en esta instancia

La defensa técnica del imputado, al contestar la vista conferida, solicita que se rechace el recurso intentado, por considerar que en autos se ha operado la extinción de la acción penal. En tal sentido, sostiene que en la presente causa existió acuerdo conciliatorio, el que surge probado mediante la **carta de pago** otorgada en sede civil que luce agregada a fs. 267 del expediente radicado en aquel fuero.

Señala que, a partir de la Ley 27.147, ésta es una forma de extinción de la acción penal y que el fiscal «no puede estar o no en desacuerdo» en relación con una acción penal que se ha extinguido.

Finalmente, disiente con lo afirmado por el recurrente en cuanto a que debió citarse a la otra víctima, puesto que ella no es parte en el proceso; y considera que si el Ministerio Público Fiscal entendía que debía ser citada, correspondía que así lo solicitara, pero no lo hizo.

5.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Por diversas razones estimo que corresponde hacer lugar al recurso de casación deducido por el representante del Ministerio Público Fiscal, conforme se explicará a continuación.

En forma preliminar y sin perjuicio de los puntos de agravio desarrollados por el recurrente, cabe recordar el criterio sostenido reiteradamente por este Cuerpo, según el cual es atribución del tribunal de casación tratar el motivo casatorio que más convenga a la solución del caso, en razón de que la ley adjetiva no establece un orden de procedencia que imperativamente deba seguirse en el examen de las causales de impugnación extraordinarias (L.S. 183-188; 202- 001; 269-234, entre otros).

En función de tal criterio, abordaré el planteo casatorio analizando uno de los vicios esgrimidos por el representante del Ministerio Público Fiscal en el que radica, según entiendo, la solución del caso sometido a consideración de esta instancia.

En ese orden y de acuerdo a la reseña precedente, advierto que el agravio que resulta dirimente es el referido a que la conciliación, como motivo idóneo para la extinción de la acción penal, debe ser implementada mediante el trámite previsto por las legislaciones locales, lo que no se habría observado en autos.

Al respecto, corresponde señalar que la remisión que hace el legislador nacional a la legislación adjetiva local –al disponer que «la acción penal se extinguirá: ... 6) **por conciliación o reparación integral** del perjuicio, de conformidad con lo previsto por las leyes procesales correspondientes» (art. 59, inc. 6 del CP)– refleja la naturaleza procesal que debe reconocérsele a las causales en cuestión. A su vez, tal como es sabido, el código de rito sistematiza los modos de aplicación y realización del derecho de fondo.

De esa manera, el art. 26 del CPP de la provincia de Mendoza regula la dinámica de la pretensión punitiva en el marco del proceso penal, reglamentando la modalidad de persecución.

Así, luego de fijar expresamente la regla procesal que rige en el ejercicio de la acción penal –art. 26, primer párrafo del CPP–, hace lo propio respecto a la excepción a aquel principio de oficiosidad, regulando el

margen de decisión propio que, a su respecto, goza el representante fiscal y estableciendo la excepción a dicho principio –art. 26, segundo párrafo del CPP–.

Ahora bien, del juego armónico entre las normas de derecho sustancial (art. 59 del CP) y procesal (art. 26 del CPP) surge que tanto **la conciliación como la reparación integral del daño son especies dentro del género «solución de conflicto»**, el que, a su vez, integra el criterio más amplio de los criterios de oportunidad (al respecto, **ver fallo «Lemos Guerrero»**).

Sentado ello, corresponde analizar cuándo se verifica la causal que ha sido invocada en estos obrados, esto es, la conciliación como causal de la extinción de la acción penal, y cuál es el trámite procesal que debe observarse, en su caso.

En ese orden, puede señalarse que tal supuesto hace referencia a la existencia de un acuerdo mutuo entre el o los sujetos activo/s y pasivo/s de una conducta delictiva.

Para su procedencia se exige que exista entre las partes pretendientes, una especie de avenimiento que permita, a criterio de ellas, poner punto final al conflicto.

En otros términos, son las mismas partes que resultaron involucradas por la comisión de un ilícito penal quienes logran restablecer la armonía social entre ellas, lo que no necesariamente supone la existencia de una reparación económica.

Asimismo, reconociendo que la conciliación integra como subespecie el género solución de conflicto –en tanto criterio de oportunidad reglado–, son las normas que regulan este instituto (arts. 5 y 26 del CPP) las que fijan las pautas procesales para su aplicación en un proceso penal.

En función de ello, será el titular de la acción penal quien debe constatar y tener por acreditado que el litigio penal se ha resuelto entre las partes.

Es decir, que el representante del Ministerio Público es quien deberá verificar si se encuentra satisfecha la pretensión que da vida al proceso y luego, si lo considera pertinente, manifestar expresamente su desinterés en proseguir el proceso, solicitando al órgano jurisdiccional la aplicación de alguno de aquellos supuestos.

Cabe agregar que, de acuerdo a las características del instituto, en el caso de la conciliación se exigirá la participación y el consentimiento de la o las víctima/s para su procedencia en el proceso penal. Aplicados los conceptos precedentes a la causa objeto de estudio, advierto que le asiste razón al recurrente, en tanto ninguna de ellas se verifica en estos obrados.

En efecto, tal como surge de la audiencia en la que se dictó el sobreseimiento del imputado, existen al menos dos obstáculos para que resulte procedente la extinción de la acción penal en la presente causa.

Por un lado, no puede sostenerse que las partes hayan alcanzado la armonía social –aún cuando hayan recibido la indemnización correspondiente en sede civil–, **cuando uno de los ofendidos constituido en acusador privado**, a través de su representante legal, ha manifestado su negativa al respecto.

Por otro, resulta claro que el representante del Ministerio Público Fiscal –hoy recurrente– no ha solicitado la extinción de la acción penal, en función de ningún supuesto y tampoco ha estado de acuerdo con su declaración.

Por el contrario, ha manifestado expresamente que, a su criterio, la acción penal continúa vigente, que no considera que el acuerdo en el fuero civil pueda considerarse conciliación, y que demostrativo de ello era la falta de consentimiento en sede penal de quien fuera actor en la causa civil.

En este sentido, no puede soslayarse que el razonamiento jurisdiccional para resolver un criterio de oportunidad –como la conciliación, de acuerdo al análisis precedente– no puede prescindir como requisito insoslayable de la petición expresa o del asentimiento del representante fiscal, luego de haber escuchado a la/s víctima/s.

Asimismo, corresponde señalar que la conciliación, en el caso, también depende del acuerdo al que se arribe con la víctima sobreviviente, la que no ha manifestado de ningún modo su consentimiento o falta de él en la audiencia aludida, por no haber estado presente y, sin perjuicio de quién es la responsabilidad por su falta de citación o comparecencia al proceso, esta circunstancia también opera como obstáculo para la aplicación de esta causal de extinción de la acción penal.

En síntesis y contrariamente a lo sostenido por el a quo, entiendo que en la causa bajo estudio no se verifica el cumplimiento de las condiciones exigidas para la procedencia de la causal de extinción de la acción penal en análisis, por lo que la resolución que las tuvo por cumplidas no aparece ajustada a las constancias de la causa y a la normativa aplicable.

En virtud de lo expuesto, considero que corresponde dar respuesta afirmativa a la primera cuestión planteada y, en consecuencia, hacer lugar al recurso de casación deducido por el representante del Ministerio Público Fiscal. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

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

Voto Dr. Gómez. Por su voto.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JULIO R. GÓMEZ, POR SU VOTO, DIJO: Coincido con mi colega preopinante en cuanto a la solución que corresponde dar al planteo casatorio objeto de estudio como también en relación a los fundamentos por lo que arriba a tal decisión.

Sin perjuicio de ello, estimo pertinente agregar que la conciliación –que en autos ha sido invocada como causal de extinción de la acción penal– constituye un **instituto propio de la justicia restaurativa**, cuyos presupuestos no se verifican en estos obrados, tal como surge de sus constancias.

En función de ello, el fallo que se cuestiona no puede ser convalidado en esta instancia. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: De conformidad al resultado de la votación en la cuestión anterior, corresponde anular la sentencia de Nº 139 y sus fundamentos orales.

En consecuencia, deberán remitirse los presentes al Tribunal Penal Colegiado Nº 1 de esta Primera Circunscripción Judicial, a fin de que la OGAP siga el trámite de ley, conforme al resultado aquí arribado, a efectos de que dicte un nuevo pronunciamiento (art. 486 CPP). ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los Dres. MARIO D. ADARO y JULIO R. GÓMEZ adhieren al voto que antecede.

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

SENTENCIA:

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

1.- Hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 246/249 vta. de estos obrados y, en consecuencia, anular la sentencia n°139 y sus fundamentos, debiendo remitirse las presentes actuaciones al Tribunal Penal Colegiado N° 1 de esta Primera Circunscripción Judicial, a fin de que la OGAP siga el trámite de ley, conforme al resultado aquí arribado, a efectos de que se dicte un nuevo pronunciamiento (art. 486 CPP).

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. JULIO R. GOMEZ Ministro

22- MORALES NIEVAS. 23-07-20. (JJ)

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200723_FcMorales.pdf

Lex: Art. 80, inc. 7°, 55, 166, inc. 2°, 2° párrafo, 42 y 45 del CP. Arts. 10, 11, 12, 13 y 14, 41 inc. a de la Ley 9106. Art. 72 del CPP.

Vox: Homicidio. Criminis causa. Concurso real. Robo agravado. Arma de fuego. Tentativa. Juicio por jurado. Veredicto de culpabilidad. Veredicto de no culpabilidad. Instrucciones. Recusación sin causa. Audiencia de voir dire. Premisa jurídica. Premisa fáctica. Prisión perpetua.

Summa:

El **TPC** dictó sentencia, luego de la realización del juicio por jurados populares previsto por la ley 9.106, imponiendo la pena de **prisión perpetua** a Morales Nieves como autor penalmente responsable del delito de homicidio criminis causa en concurso real con robo agravado por el uso de arma de fuego en grado de tentativa (arts. 80, inc. 7, 55, 166, inc. 2°, segundo párrafo, 42 y 45, todos del CP). Dictó veredicto de no culpabilidad respecto de Merlo. La víctima, Sebastián Prado.

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 del CPP)

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

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 889, pronunciada por el TPC N° 1- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Petean Pocoví. 07-02-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=276>
- Ortega Ragonesi. 19-03-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200319_FcORD.pdf

b-CSJN

- Canales. Fallos 342:697 y 249:343; 321:1865.

c-Corte Suprema de EU y de Canadá respectivamente.

- Warger vs Shauers
- R. vs. Sherratt.

Doctrina citada.

FERRAJOLI, Luigi, 2007, Principia Iuris, Teoría del Derecho y la Democracia, vol. II “Teoría de la Democracia”, Ed. Trotta, trad., Perfecto Andrés Ibáñez, 2011, p. 49.

SCHIAVONE, Aldo, 2005, IUS. La invención del derecho en occidente, Torino, Ed. Adriana Hidalgo Editora, trad. Germán Prósperi, 2012, pp. 126 y 127

BENAVIDEZ, Sofía, Cuestiones sobre la función del juicio por jurados en la Argentina y la posibilidad de regular jurados civiles, en Diario Constitucional, 24/02/2020, www.diarioconstitucional.cl

ABRAMSON, James, «We, the jury system and the ideal of democracy», New York Basic Books, Nueva York, 1994, pp. 100 y ss, ob. Citada en HARFUCH, Andrés, «El veredicto del Jurado», Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2019, pág. 331

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

Fallo:

CUIJ: 13-04952772-6 ((018601-90446)) F.Y PART. C/ MORALES NIEVAS MARCOS JONATHAN Y MERLO ISMAEL ANDRES P/ HOMICIDIOS CALIFICADOS (90446) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105121967*

En Mendoza, a los veintitrés días del mes de julio del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04952772-6/1, caratulada «F.C/ MORALES NIEVAS MARCOS JONATHAN Y MERLO ISMAEL ANDRES P/ HOMICIDIO CALIFICADO... S/ REC. CASACIÓN».

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO; segundo, DR. MARIO D. ADARO y tercero, DR. OMAR A. PALERMO. A fs. 1878/1889 vta.

La defensa de Marcos Jonathan Nieves Morales formula recurso de casación contra la Sentencia N° 889 pronunciada por el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial, luego de la realización del juicio por jurados populares previsto por la ley 9.106, por la cual se condenó a su representado a la pena de prisión perpetua como autor penalmente responsable del delito de homicidio criminis causa en concurso real con robo agravado por el uso de arma de fuego en grado de tentativa (arts. 80, inc. 7, 55, 166, inc. 2°, segundo párrafo, 42 y 45, todos del CP).

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

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

1.- Sentencia recurrida

La decisión impugnada condenó a Marcos Jonathan **Morales Nieves** a la pena de prisión perpetua a raíz de que el jurado popular constituido en autos conforme a las previsiones de la ley 9.106 encontró al acusado culpable el hecho que se le atribuyó según la calificación que al mismo asignó el Ministerio Público Fiscal (MPF). En ese sentido, se acusó a Morales Nieves de que el día 06 de septiembre de 2013, aproximadamente a las 20:55 hs., junto con Ismael Andrés Merlo alias «Pipi», movilizándose ambos en una moto 110 cc color negro, conducida por este último, se constituyeron en las inmediaciones del domicilio sito en calle López de Gomara 760 de la Ciudad de Mendoza, con intenciones de sustraer un rodado marca Renault Duster de propiedad de los moradores, previo haber recibido un ofrecimiento de treinta mil pesos por parte de una persona no individualizada en la causa, a cambio de la sustracción del rodado indicado.

Una vez en el lugar, cuando los dueños de la vivienda habrían salido de la misma con el objeto de hacer uso de su vehículo marca Renault Duster dominio LGY-957, Marcos Jonathan Morales Nieves le efectuó a la víctima Sebastián Oscar Prado tres disparos de arma de fuego, calibre 32 mm, que le impactaron en la cara interna de antebrazo izquierdo, escápula derecha y en la línea media del abdomen a ocho centímetros por encima del ombligo, que finalmente le causaron la muerte, luego de lo cual los nombrados se habrían dado a la fuga del lugar sin lograr apoderarse del rodado ni de otras pertenencias de la víctima, a bordo de la motocicleta antes descripta, conducida por Ismael Andrés Merlo, quien

esperaba en las inmediaciones –ver registros audiovisuales, audiencia de alegatos de apertura del 17/09/19, parte 7, min 01:45–. Asimismo, en este caso las partes estipularon que «1.– que la víctima del hecho es el Sr. Sebastián Prado; 2.– que el Sr. Sebastián Prado fallece de un shock hipovolémico producto de herida de proyectil de arma de fuego; 3.– que el hecho ocurrió el día 06 de septiembre del año 2013, aproximadamente a las 20.55 horas; 4.– que el hecho ocurrió en calle López de Gomara frente al Nro. 760 de Ciudad de Mendoza» (fs. 1849 vta.).

Finalmente, los miembros del jurado popular, como resultado del análisis de la prueba presentada y admitida de conformidad con las instrucciones impartidas, encontraron «al acusado, Marcos Jonathan Morales, culpable como autor del delito de tentativa de robo con arma de fuego, conforme el requerimiento de la acusación –hecho nº 1– y culpable como autor del delito de homicidio criminis causa, conforme el requerimiento de la acusación» –hecho nº 2– (fs. 1864).

La Sentencia N° 889, obrante a fs. 1846/1865, da cuenta de las instrucciones generales impartidas al jurado (fs. 1846 vta./1850) y de las instrucciones finales que se proporcionaron una vez clausurado el debate (fs. 1850/1863 vta.).

Además de ello, también se consigna el veredicto unánime de culpabilidad alcanzado respecto del acusado de mención, así como de la individualización de pena efectuada por el juez letrado a su respecto (fs. 1864/1865 vta.).

Finalmente, se deja expresa constancia del veredicto de no culpabilidad al que arribaron los integrantes del jurado popular en relación con el coimputado Ismael Andrés Merlo.

2.– Recurso de casación

La impugnación de la defensa del imputado Morales Nievas se basa en los incisos a), b) y d) del art. 41 (Ley 9106) es decir, por considerar que la decisión adolece tanto de vicios in procedendo como in iudicando. En esa línea, construye su impugnación con base en una estrategia argumentativa que se erige con base en tres agravios.

i.– En primer término, cuestiona el rechazo de las recusaciones planteadas al momento de conformar el Jurado Popular facultado a intervenir en el juicio.

En esta línea controvierte tanto la inadmisibilidad de las recusaciones con causa, como la inadmisibilidad de las recusaciones sin causa. En relación con aquellas, explica que procedió a recusar con causa a los candidatos 37, 12, 55, 67 y 09 al ser respectivamente hijo de Policía, amiga de Policía, hermano de policía de investigaciones jubilado, amigo de penitenciario y hermano de un comisario.

Esta vinculación con las fuerzas de seguridad traería aparejada, según el recurrente, una inclinación natural a creer en la actuación policial por sobre la inocencia de un acusado de homicidio, todo lo cual deriva en un temor de parcialidad.

Sin embargo, el juez interviniente las rechazó argumentando que se trataba de razones genéricas no puestas en relación con el caso concreto.

La recusación del candidato 49 también fue rechazada, agravando esta actividad jurisdiccional a la defensa, en tanto dicho miembro del jurado habría expresado que sabía que el hecho había sido a quince cuadras, que había escuchado por medios televisivos sobre el caso y opinó sobre las villas y asentamientos como lugares peligrosos.

Ello así, puesto que Morales vivía en una villa asentamiento de donde se sospechaba era el autor del homicidio investigado. Con todo, el juez expresó que estos dichos no habían sido claros en orden a la existencia de prejuicios de clase o relativos a las personas que vivían en las villas asentamientos. Por su parte, en relación con las recusaciones sin causa, argumenta que solo se admitieron dos de ellas, cuando se solicitó recusar a cinco candidatos.

En esta línea, se explica que, si bien la ley en su art. 14 habilita a la defensa a recusar sin causa únicamente a cuatro potenciales miembros del jurado, en el caso de autos intervenían dos defensas, por lo que debió serle reconocido el derecho pleno a cada una de ellas. A favor de esta tesis impugna por ilógico, y en consecuencia inconstitucional al atentar contra la paridad de armas entre defensa y acusación, al **art. 14 de la Ley 9106**.

Ello en tanto, si los imputados fueran, por ejemplo, cinco, uno de ellos se quedaría sin posibilidad de recusar a los miembros del jurado. En esta línea señala que las recusaciones de una defensa no tienen que servir necesariamente a los fines de otra defensa en razón de que las teorías del caso que cada uno formulen –a pesar de que no tengan intereses contrapuestos– pueden no ser idénticas. Esto vulneraría, según el recurrente, el derecho de defensa. Por último, agrega que dos semanas antes, en otro Juicio por Jurado Popular se presentó una situación similar en la que se permitió la recusación sin causa de cuatro candidatos por imputado sin objeción del Ministerio Público Fiscal.

li.– En segundo término, la defensa ataca la decisión que rechazó un conjunto de pruebas tendentes a confirmar su hipótesis del caso, todo lo cual habría cercenado el derecho de defensa en juicio y condicionado la decisión del jurado. En esta línea, explica que la acusación basó todo su caso en las declaraciones de los testigos Jesús Gómez y Lucas Orozco.

De aquí el recurrente entiende que de la absolución del co–imputado Merlo, el cual habría estado gravado únicamente por el testimonio de Jesús Gómez, se deriva que esta prueba no habría sido considerada por el jurado como suficiente para fundamentar un veredicto de culpabilidad. A su vez, ello implica que el único testimonio de cargo sería el de Lucas Orozco.

En relación con esta última prueba, el recurrente critica que se trataría de un coimputado de Morales en otro hecho en el que aceptó un juicio abreviado. Todo lo cual lo llevó a oponerse a su incorporación debido a su dudosa credibilidad y, una vez admitido, ofreció prueba para debilitar su testimonio, la cual también fue desestimada por el juez interviniente: a saber, antecedentes penitenciarios, denuncia formulada en su contra por su esposa y pericia psicológica realizada en el marco de la causa en la que fuera condenado por homicidio. El rechazo de esta prueba habría implicado, a su entender, ocultarle al jurado elementos relevantes en relación con la parcialidad del testigo.

lii.– En último término, el recurrente objeta que la sentencia condenatoria que se deriva del veredicto de culpabilidad del Jurado Popular es arbitraria por apartarse de forma manifiesta de la prueba producida en el debate.

En apoyo de esta objeción reitera su crítica a la solidez de los testigos de cargo Jesús Gómez y Lucas Orozco y los contrasta con la veracidad del relato brindado por Diego Becerra y María Luisa Spitalieri, quienes indicaron que estuvieron durante la tarde del día de los hechos con Morales hasta que se retiró a las 23:00 hs. aproximadamente.

A su vez, señala que estos testigos declararon que se enteraron del homicidio en las noticias y que en ese momento Morales estaba con ellos. Realiza reserva del caso federal.

3.– Dictamen del señor Procurador General

En su dictamen, el titular del Ministerio Público Fiscal considera que el recurso procede desde el punto de vista formal, pero que debe ser rechazado en el fondo.

En este sentido, en primer lugar, sostiene que en autos se dio acabado cumplimiento al procedimiento dispuesto en la **Ley N° 9106** que regula el Juicio por Jurados Populares, por lo que el agravio relativo a las recusaciones rechazadas debe ser desestimado. Sumado a ello, señala que el juez explicó debidamente los motivos por los cuales el planteo defensivo respectivo era improcedente.

En segundo lugar, valida los argumentos por los que el magistrado interviniente consideró que las pruebas ofrecidas por la defensa para desacreditar el testimonio de Orozco debían rechazarse. Así, reafirmó que no resultaba pertinente realizar un examen psíquico a cada testigo y que tampoco se podía desacreditar a los deponentes por sus antecedentes en lugar de proceder a realizar un análisis de los mismos en el juicio. Finalmente, el Procurador General refuta el tercer tramo del recurso defensivo al no vislumbrar que el Jurado se haya apartado de las pruebas producidas en el debate, todo lo cual evidenciaría que, en definitiva, los intentos de hacer decaer el veredicto condenatorio referido son infructuosos en tanto mera discrepancia con la solución alcanzada.

4.– Audiencia de informe oral

La defensa solicitó informar in voce el recurso de casación planteado (fs. 1879). En su alegación oral, las partes hicieron alusión a los agravios y posiciones que constan en el expediente. Sin perjuicio de ello, en lo pertinente me referiré a las aclaraciones efectuadas por las partes al momento de ingresar en el tratamiento de cada agravio concreto.

5.– La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Puesto a resolver la cuestión en tratamiento, adelanto que –en base a los motivos que expondré a continuación– a mi entender corresponde rechazar el recurso de casación formulado por la defensa de Marcos Jonathan Nieves Morales, y confirmar el veredicto de culpabilidad al que arribó el jurado popular interviniente, así como la sentencia pronunciada por el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial.

A efectos de exponer de manera clara las razones que me conducen a esta solución y de garantizar una revisión completa y debidamente justificada de cada una de las cuestiones que plantea la defensa, ordenaré mi voto del modo que sigue.

En primer lugar, y por cuestiones de orden lógico, me ocuparé de abordar el agravio vinculado a vicios en el procedimiento seguido para la conformación del jurado popular (a). Dilucidada esta cuestión previa, ingresaré al tratamiento de los demás agravios en el orden en que fueron planteados por los recurrentes (b).

(a) Consideraciones acerca del procedimiento seguido para juzgar a Morales Nuevas. La alegada parcialidad del jurado

De manera preliminar entiendo oportuno destacar que «[t]odas las constituciones dignas de ese nombre han nacido como ruptura con el pasado y, a la vez, como proyectos de futuro. La idea del contrato social no es sólo una categoría filosófica. Se identifica con la idea misma de la liberación y la refundación sobre bases prácticas de la convivencia civil, por obra de las convenciones constitucionales con las que los padres constituyentes del moderno estado de derecho sancionaron el fin del absolutismo» (FERRAJOLI, Luigi, 2007, *Principia Iuris, Teoría del Derecho y la Democracia*, vol. II «Teoría de la Democracia», Ed. Trotta, trad., Perfecto Andrés Ibáñez, 2011, p. 49).

«Y se convino, por eso mismo, en estipular en el pacto constitucional la inderogabilidad del pacto mismo y de sus cláusulas, es decir, de los derechos fundamentales y de la separación de poderes» (ibidem). Consagrado, en nuestro caso, en el artículo 29 de la Constitución Nacional y –más recientemente con la reforma constitucional del año 1994–, complementado por el artículo 36.

Como ya he referido y analizado con profundidad en el precedente «Petean Pocoví», cuyos términos también fueron replicados en «Ortega Ragonesi», el modelo constitucional republicano federal que se declara instituido en el art. 1 de la Constitución Nacional consagró aquella ruptura con el sistema institucional político precedente, del absolutismo monárquico.

Esa ruptura tuvo implicancias en distintos órdenes. Por un lado, la titularidad del poder ahora se reconoce en el pueblo, como soberanía popular. Por otra parte, la estructura del estado pasa a ser federal en lugar de unitaria. En cuanto a la forma de gobierno, se establece la república federal de carácter democrática en lugar de la concepción republicana unitaria y aristocrática, propia del sistema romano.

En cuanto al enjuiciamiento, se dispone que deberá establecerse el juicio por jurados –que presupone el sistema acusatorio adversarial– frente al sistema inquisitivo–monárquico. Con ello, se abandona la idea de la organización de la sociedad estamental (derecho y jurisdicción distintos para cada estamento) para consagrar la igualdad entre todos los seres humanos (art. 16 de la Constitución Nacional) como, asimismo, simultáneamente eliminar los fueros personales, los títulos de nobleza, abolir definitivamente la esclavitud y eliminar el patriarcado.

Al decidir nuestro contrato social, basado en el modelo de república de las ciudades griegas, se consagra la *lex*, la democracia como mecanismo político y el enjuiciamiento por jurados populares, sobre el modelo del *ius romano* «En las doce tablas se reflejaba la imagen de una dura sociedad de ciudadanos, controlada por una cerrada aristocracia de linaje rigurosamente patrilineal y patriarcal [...]» (SCHIAVONE, Aldo, 2005, *IUS. La invención del derecho en occidente*, Torino, Ed. Adriana Hidalgo Editora, trad. Germán Prósperi, 2012, pp. 126 y 127).

Este modelo constitucional de enjuiciamiento constituye una verdadera reserva de soberanía popular y no simplemente una concesión de participación del pueblo en el juicio por jurados. Así, podemos comprobar que el artículo 22 de la Constitución Nacional, al disponer que «el pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución» deja perfectamente aclarado que no existe una representación del pueblo en el juicio por jurado como concesión de quien ejerce el poder, sino que el pueblo ejerce efectivamente la soberanía popular.

En consecuencia, el juez natural, imparcial e independiente que –por principio– consagra la Constitución, es el jurado de pares.

Ese **juzgador imparcial**, que no ha participado en el trámite de la investigación previa ni tiene conocimiento de las actuaciones, y que posee una imparcialidad originaria por su composición –dadas las reglas de conformación del jurado, la audiencia de selección, donde las partes tienen la posibilidad de deseleccionar a los potenciales jurados– asegura de ese modo la mayor imparcialidad constitucional que se le puede brindar a todo acusado.

Se trata de un jurado de doce personas de distinto género y extractos económicos, sociales y culturales, que contribuye a consagrar esa conciencia media ciudadana de sentido común en la decisión judicial de importancia social y de esta manera, afianzar la justicia con legitimidad constitucional (**BENAVIDEZ, Sofía, «Cuestiones sobre la función del juicio por jurados en la Argentina y la posibilidad de regular jurados civiles», en Diario Constitucional, 24/02/2020, www.diarioconstitucional.cl**).

De este modo, a través de una perspectiva de análisis amplia, comparto la postura doctrinaria que encuentra el concepto de imparcialidad asociado a la neutralidad, a la exigencia de diversidad de miradas en la deliberación, a una justa y equitativa representación comunitaria en el jurado y a su sujeción estricta a la prueba (**ABRAMSON, James, «We, the jury system and the ideal of democracy», New York Basic Books, Nueva York, 1994, pp. 100 y ss, ob. Citada en HARFUCH, Andrés, «El veredicto del Jurado», Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2019, pág. 331**), lo que facilita el más amplio control de partes sobre la consecución y sobre el veredicto final del jurado.

Ahora bien, efectuadas estas breves consideraciones preliminares, como primer motivo de agravio la defensa sostiene que han sido inobservadas y erróneamente aplicadas las reglas relativas a la constitución o recusación del jurado (art. 41 inc. «a» de la ley 9106), específicamente de los arts. 10, 11, 12, 13 y 14 de la ley 9106, art. 72 del CPP en función del art. 11 de la ley 9106, como así también de la acordada N° 29168 dictada por esta Suprema Corte de Justicia.

Los recurrentes expresan que el rechazo de la mayoría de las recusaciones con causa formuladas durante la audiencia de selección del jurado, como así también la limitación cuantitativa que dispuesta en la misma instancia por el juez técnico sobre el número de recusaciones sin causa, permitió la conformación de un jurado popular viciado por la existencia de una fundada sospecha o temor de parcialidad de sus miembros; composición que luego permitió el pronunciamiento de un veredicto arbitrario por apartamiento manifiesto de la prueba producida en debate.

Al fundar su pretensión, cuestionan que el juez interviniente desestimó las recusaciones con causa efectuadas a alguno de los precandidatos seleccionados a integrar el jurado popular, sobre la base de apreciaciones personales que lo llevaron a descartar el temor de parcialidad invocado por la parte recusante.

Entiende que resolver desde esa posición no es adecuado puesto que, a su criterio, lo que debe priorizarse en estos casos es aquello que le transmite a la parte interesada tal o cual candidato, ya que «si una de las partes expresa que hay una sospecha o temor de parcialidad, debería ser suficiente sin mayor argumentación para dar por recusados a estos candidatos» (sic) (fs. 1883).

Por otro lado, rechazan la decisión del juez interviniente por la que **restringió el número de recusaciones sin causa**. Aducen que es ilógica la limitación prevista en el art. 14 de la ley 9106 cuando sólo permite que la defensa haga uso de esta facultad respecto de cuatro potenciales miembros del jurado.

Interpretan que en casos como el presente, en el que existen dos sujetos imputados asistidos técnicamente dos defensas distintas, se les debió reconocer a cada una de ellas el ejercicio pleno de ese derecho. Por lo que estiman que esta limitación constituye una restricción de derechos que impide garantizar un jurado objetivo y justo.

Sin perjuicio de los argumentos dados en esta instancia por los letrados defensores, como lo adelantara, el agravio así invocado no puede tener acogida favorable en esta instancia.

Ello por tres motivos: en primer lugar, porque las resoluciones que resuelven recusaciones no admiten recurso alguno (conf. Art. 80 párr 2° del CPP, cuyo texto resulta de aplicación supletoria a las disposiciones de la ley n° 9106).

No existiendo cuestionamiento de la defensa sobre la vigencia y validez de esta norma procesal, ella constituye una limitación jurídica impuesta por la ley que impide ab initio darle tratamiento al agravio propuesto en este punto por los recurrentes.

En segundo lugar, en el entendimiento de que aquella norma no impide analizar y revisar lo resuelto sobre los cuestionamientos presentados en esta instancia extraordinaria de revisión, el rechazo sustancial del agravio también se impone, desde que el jurado que intervino fue seleccionado conforme lo ordenado por la normativa vigente, con cabal cumplimiento del capítulo II de la ley 9.106, específicamente en cuanto a la normativa en la que se regula los mecanismos de recusación por las partes de las personas seleccionadas al efecto.

Además, se constata que, dentro de ese marco legal, el juez técnico resolvió los planteos efectuados por las partes de acuerdo a lo previsto en el texto expreso de la ley, en cumplimiento del mandato constitucional previsto en los arts. 148 y art. 149 de la Constitución de la Provincia de Mendoza y art. 112 de la Constitución Nacional, exponiendo las razones que lo condujeron a pronunciarse sobre aquellos en el sentido que hoy resulta cuestionado.

En ese aspecto, debe resaltarse que cada una de las partes litigantes pudo ejercer efectiva y libremente aquellos derechos y prerrogativas que la ley les asigna como instrumentos garantizadores de la imparcialidad en la conformación del jurado popular, efectuando las pertinentes solicitudes de recusación, las que resultaron adecuadamente resueltas por el juez a quo, exponiendo con suficiencia y claridad los motivos que lo persuadieron a decidir su rechazo.

En tercer lugar, la inviabilidad del agravio propuesto también se impone por cuanto no puede perderse que la legislación ha establecido una forma especial para obtener un veredicto de culpabilidad: el voto unánime de los miembros del jurado popular (art. 33 ss. Y cc. De la ley 9.106).

Ello no sólo impide analizar el sistema de recusaciones sin tener en cuenta que nuestro modelo de juicio por jurados requiere unanimidad sino, además, exige que la interpretación normativa deba ser sistemática y no fragmentada.

Sentado lo anterior, corresponde destacar la importancia de uno los pilares del sistema de juicio por jurados, que tiene entre sus cualidades aquella que representa la posibilidad de ser juzgado por sus pares.

Esta condición, además de brindar mayor legitimación política a la decisión final que se adopte, conlleva, en algún punto, el derecho a que el acusado seleccione el jurado que ofrezca mayores garantías de imparcialidad.

No obstante, esta prerrogativa no significa que el acusado tenga derecho a un jurado que le sea favorable, mucho menos que el procedimiento de selección sea utilizado con la finalidad de alterar una razonable representatividad, primordial para un correcto funcionamiento del jurado.

Ya la forma de selección de los potenciales jurados extraídos de las listas pre– conformadas anualmente, ofrece un marco de confiables garantías en términos de representatividad, que luego permitirá, a través de la intervención de las partes, una mayor selectividad, en pos de asegurar mejores posibilidades de contar con un jurado imparcial.

De este modo, entonces, en un juicio por jurados contamos con una etapa procesal destinada específicamente al debate en torno a la conformación del jurado: la **audiencia de voir dire**. Se trata de un «el juicio dentro del juicio», la más grande batalla legal diseñada por el sistema adversarial para cumplir con uno de los fundamentos de la Constitución: la garantía de imparcialidad de quien va a tomar la decisión (ob. Cit, pág. 332).

Precisamente, y vale la pena reiterar, el objetivo que el sistema pretende de esta audiencia es la conformación de un «jurado imparcial», constituyéndose en el primero de los dispositivos de control de parte sobre el veredicto del jurado. La forma en que el sistema pretende alcanzar esa imparcialidad es dejando que cada parte tenga la posibilidad de filtrar (esto es: de recusar) a todo potencial jurado que (de acuerdo a su criterio estratégico exclusivo) pueda resultar hostil hacia su caso o alguno de sus componentes.

Dicho en otros términos, en esta etapa cada parte tiene la oportunidad de impedir que lleguen a integrar el jurado personas que, de hacerlo, serían incapaces de aceptar las cuestiones que esa parte le planteará, por ser sospechadas de ostentar un prejuicio sobre el resultado del proceso.

Este proceso de selección llevado a cabo en la audiencia respectiva, se desarrolla dentro de un marco de actuación en el que se evidencia una auténtica «dinámica contradictoria», en la que –básicamente– los planteos de cada parte (guiados por su propia teoría del caso) serán revisados y eventualmente atacados por su contraparte, de modo que, podríamos sostener, el resultado del proceso en general (y de cada etapa en particular) será la síntesis que surja de la confrontación de una tesis con su antítesis.

Esa labor de litigación pura y netamente adversarial, es desarrollada por las partes a través de preguntas, impugnaciones, objeciones y recusaciones, las que concentran los planteos de cada litigante tendiente a evitar un jurado hostil a su respectiva teoría del caso.

En particular, dentro del marco de ese litigio previo al debate, las partes disponen de ilimitadas recusaciones con causa y de un cierto número de recusaciones sin causa (arts. 13 y 14 de ley 9.106).

Precisamente esta es una de las cualidades fuertes del juicio por jurados puesto que, como nunca antes, permite apreciar que la noción de máximo rendimiento del ideal de imparcialidad del juzgador solo puede provenir de un litigio de partes.

De una intensa disputa, efectuada en corte abierta y delante del acusado y del juez. Se trata de un litigio de control poderoso sobre la conformación del tribunal de jurados y, por ende, sobre su veredicto.

El litigio del voir dire es lo que ha permitido darle contenido concreto y visible –ya no más teórico o reducido a mero eslogan– a la máxima de que la imparcialidad es una garantía constitucional que ampara solo al acusado frente al Estado.

Sobre esta temática en particular, resulta interesante y pertinente observar que la imparcialidad del jurado y las facultades de recusación de las partes, son materias que han sido extensamente tratadas y resueltas por los máximos tribunales de justicia de países con larga tradición en materia de juicio por jurados. A modo de ejemplo, cabe mencionar aquí lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en la **causa «Warger vs Shauers»**, así como también, lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia de Canadá en los autos caratulados **«R. vs. Sherratt»**.

En ambos pronunciamientos se debatieron cuestiones que son de interés a la cuestión aquí debatida pues, mientras en el primero de los nombrados se analizó centralmente las consecuencias jurídicas derivadas de la omisión o falsedad en la información suministrada por uno de los candidatos a integrar el jurado popular durante la audiencia de voir dire, ya en el segundo de ellos se examinó si el sujeto acusado ante un jurado popular le fue correcta o incorrectamente denegada su capacidad para recusar con causa a cada eventual miembro del jurado aduciendo motivos de parcialidad derivada de la publicidad previa al juicio.

Sin perjuicio de las particularidades de las temáticas allí abordadas, el repaso de los argumentos dados por los integrantes de ambos tribunales para fundar las decisiones adoptadas en esos fallos, permite observar un marcado interés en preservar la imparcialidad del jurado popular, entendida como una de las garantías que hacen a la naturaleza y al diseño normativo de este tipo de enjuiciamiento.

Calidad que, por un lado, importa asegurar el derecho fundamental de todo acusado a ser juzgado mediante un juicio justo, en el que el jurado debe desempeñar sus funciones –entre otras exigencias– imparcialmente. Por otro lado, que ese derecho no sea entendido como la prerrogativa a un jurado que le sea favorable.

Retomando ahora el tratamiento del agravio propuesto en este tramo de la impugnación defensiva, conviene diferenciar los planteos recusatorios efectuados por la defensa de Morales Nievas para luego examinar cuál fue la respuesta –acertada, a mi criterio– dada por el juez interviniente sobre la plausibilidad de los cuestionamientos de parcialidad efectuados. Veamos.

a-1 Recusación con causa

A.1. En orden a las «recusaciones con causa», los recurrentes expresan que durante la audiencia de selección de jurados solicitaron, por un lado, la exclusión de los candidatos identificados bajo la numeración 37, 12, 55, 67 y 09 por sus respectivas vinculaciones con integrantes de las fuerzas de seguridad.

Particularmente, por tratarse de un hijo de policía, de una amiga de policía, de un hermano de policía de investigaciones jubilado, de un amigo de penitenciario y de un hermano de un comisario.

Todas estas circunstancias fueron valoradas por los letrados defensores como suficientes para fundar su temor de parcialidad, al considerar que esos lazos de vinculación traerían aparejada una inclinación natural de esos ciudadanos a creer en la actuación policial por sobre la inocencia de un sujeto acusado de homicidio.

Por otro lado, manifiestan que realizaron la misma petición sobre el candidato identificado bajo la nomenclatura 49 por cuanto no sólo dijo conocer previamente el hecho investigado sino que, además, vertió opiniones personales sobre las villas y asentamientos como lugares peligrosos.

Con lo cual, y teniendo en consideración que Morales Nievas vivía en una villa asentamiento de donde se sospecha era el autor del homicidio investigado, esas circunstancias les generaba un gran temor de parcialidad (ver recurso, fs. 1882). Previo avanzar, es preciso hacer una observación.

De la reproducción del soporte audiovisual de la audiencia respectiva, se observa que resulta incorrecta la mención que hacen los recurrentes acerca de cuáles fueron los candidatos preseleccionados recusados con causa.

En efecto, no fueron los mismos que aparecen mencionados en el escrito recursivo –previamente referidos–, sino los individualizados bajo los números 9, 15, 37, 49 y 55 (ver registros audiovisuales, «audiencia del 17/09/19», «tercera parte», a partir de 00:10.00).

Con lo cual, los candidatos N° 12 y 67 no fueron recusados, mientras que sí lo fue el candidato N° 15. Efectuada esa consideración anterior, se observa que ambos planteos de recusación causada fueron rechazados. En apretada síntesis, el juez del proceso desestimó que la vinculación –familiar o de amistad– de los preseleccionados –N° 9, 37, 15 y 55– con miembros de la fuerza de seguridad pudiera resultar motivo de apartamiento de los mismos dado que, por un lado, se trata de una cuestión genérica y, por tanto, no prevista expresamente en la ley.

Por otro, que tampoco la parte interesada demostró concretamente una relación entre aquel vínculo con el caso concreto. Y cerró en que, además, ninguno de los candidatos se manifestó acerca de la existencia de prejuicios al momento de valorar testimonios de funcionarios policiales y otros testigos. Acerca del candidato que fue recusado por sus apreciaciones personales –N° 49–, adujo que éstas referían percepciones de peligro, que no podían identificarse con prejuicios de clase o de otras características acerca de que las personas que vivían en asentamientos, villas o zonas de emergencia habitacional fueran peligrosas o más proclives al delito que otras (ver registros audiovisuales, «audiencia del 17/09/19 – tercera parte», a partir de 00:17.04).

Tras repasar los fundamentos dados por el juez interviniente para sustentar este tramo de su resolución, los que hoy son motivo de censura casatoria, no observo en ellos ningún déficit de motivación que determine la arbitrariedad o ilegalidad de la decisión adoptada.

Por el contrario, y como lo adelantara, aprecio que la inadmisión de las recusaciones pretendidas ha sido la resultante de la articulación jurisdiccional del mecanismo previsto expresamente por la ley para la resolución de estos casos. Todo lo cual me permite compartir los argumentos dados por el a quo y rechazar el punto de agravio invocado.

En este aspecto, el art. 13 de la ley 9106 expresamente dispone que «[...] las personas seleccionadas como Jurados pueden ser recusadas por las partes, por las causales previstas en el artículo 12 y/o por prejuizamiento público y manifiesto.

Para formular las recusaciones las partes podrán en forma previa examinar a los candidatos sobre posibles circunstancias que pudiesen afectar su imparcialidad e independencia, procurando excluir a aquellos que

hubiesen manifestado preopiniones sustanciales respecto del caso o que tuviesen interés en el resultado del juicio, o sentimiento de resentimiento u odio hacia las partes o sus letrados.

Para este cometido el Juez dará la palabra a cada una de las partes para que hagan los planteos que crean correspondientes [...]. Con lo cual, la normativa resulta clara en orden a las causales que permiten la recusación de los candidatos a integrar el jurado popular, sino que, además, en consonancia con lo normado en el art. 12 del mismo texto normativo, la apreciación y comprobación de la real existencia de los motivos invocados para fundar las recusaciones, deben ser valorado por el juez.

Es que en la recusación con causa, son las partes las que deben generar elementos/información relevante para convencer al/a la juez del derecho del peligro de parcialidad de un/a jurado.

No implica, por contrario, que la mera alegación de la parte que recusa a alguno de los candidatos seleccionados invocando la presunta existencia de un cierto temor de parcialidad, determine inexcusablemente la obligación del magistrado interviniente de allanarse a lo solicitado y, en consecuencia, ordenar el remplazo por el suplente que siga en orden de turno (art. 13 segunda parte, ley 9106).

Sino que se impone válidamente una especie de trámite incidental, en el que –en estricta observancia del contradictorio– se le cede la palabra a las partes interesadas previo a la resolución judicial, la que válidamente puede acoger la recusación planteada o bien, declararla inadmisibile, debiendo en ambos casos el juez de la causa exponer fundadamente su decisión acerca de la presencia o ausencia de los motivos alegados por quien promovió la recusación causada.

Éste es precisamente el recorrido que ha transitado las solicitudes de recusación formuladas por la parte recurrente en la audiencia de selección de jurados. Estimo que los jurados gozan, al igual que los jueces profesionales, de una presunción de imparcialidad y, en cualquier caso, el «temor de parcialidad» debe asentarse en una conexión real entre el presupuesto que se invoca para fundar ese temor y el peligro de afectación para desempeñarse imparcialmente.

En particular, sobre la existencia de una incapacidad de alguno de los miembros del jurado para decidir el caso «desde la prueba», puesto que ello habilita a que, sea que se trate de un juez técnico o de un jurado popular, pueda ser tachado de parcial en tanto su decisión se base en factores extraños a la prueba producida y a la ley del caso (ob. Cit., pág. 330).

Si revisamos lo acontecido concretamente en este caso, se puede inferir razonablemente que los argumentos en que el juez profesional funda la negativa a las postulaciones de las recusaciones con causa efectuadas por la defensa, justifican adecuadamente la ausencia de motivos que permitan siquiera sospechar que alguno de los candidatos apuntados por la defensa puedan haberse visto perfilados a adoptar una posición parcial –en detrimento de la teoría del caso de la defensa– frente a los hechos objeto de la acusación que, analizada ex ante, condicione su labor objetiva como jurados imparciales.

Por un lado, más allá de la existencia de un denominador común entre los miembros que fueron recusados por la defensa en razón de su vinculación con miembros de las fuerzas de seguridad, estimo que no hay en ello razón suficiente que justifique su exclusión como miembro del jurado.

Es que el sólo hecho de tratarse de ciudadanos con vínculos familiares y/o personales con personal de seguridad, no tiñe de parcialidad a un potencial jurado, dado que no se advierte de qué modo esta

circunstancia, analizada ex ante de su actuación, pueda condicionar sus potenciales intervenciones como un juzgador imparcial.

Mucho más cuando –como en este caso– los hechos que constituyeron el objeto del proceso, en nada se compadecen o conectan con las calidades señaladas. Por lo que, en este sentido, más allá del esfuerzo dedicado oportunamente por la defensa, y reeditado en esta instancia sin el agregado de ningún otro argumento que conmueva lo decidido, se observa en ello una estrategia sustentada en la mera especulación, en términos de razonamiento, sobre las situaciones personales constatadas y el futuro sentido del veredicto.

Pero además, bien cabe recordar que dentro del marco de actividades y facultades que338eclan las partes dentro de la audiencia de selección de jurados, gozan de la oportunidad de obtener información de mayor detalle interactuando con el panel de potenciales jurados, a través de la formulación de preguntas. Claramente, a través de esas interrogaciones, se persigue detectar fuentes de riesgos sobre los candidatos, que permitan sustentar el requerido temor de parcialidad para justificar la solicitud de recusación.

Precisamente la posible incidencia del vínculo en su rol de jurado fue materia de consulta. Expresamente la defensa de Morales Nievas preguntó a todos los candidatos preseleccionados en general, y no solamente a quienes habían manifestado tener una vinculación familiar o afectiva con miembros de la policía, si llegado el caso les asignarían una mayor valoración a un testigo policía por sobre otros testigos; interrogante sobre el que ninguno de aquellos formuló apreciación alguna (ver registros audiovisuales, «audiencia 17/09/19», «primera parte», a partir de 00:13:00).

Por otro lado, respecto del candidato recusado por haber expresado su pensamiento acerca de los denominados asentamientos informales, que se caracterizan por una densa proliferación de viviendas precarias, se comparten los argumentos dados por el juez interviniente al descartar la existencia de motivos suficientes para infundir en un temor fundado de parcialidad.

Ello por cuanto tampoco se aprecia en esta instancia revisora que aquellas manifestaciones personales puedan haber representado prejuicios o compromisos ideológicos sobre asuntos del caso, ni mucho menos cierto tipo de prejuzgamiento –conforme lo entiende la defensa– sobre el mismo.

A lo que bien puede agregarse que tampoco fue detectado ni fundado oportunamente por la parte interesada en la recusación, que aquella información que el candidato dijo haber obtenido sobre los hechos del proceso, pueda haber influido en su futura actuación como miembro del jurado.

Es decir, no se comprobó que se haya tratado de una personalidad permeable a la información de los medios de comunicación y, en consecuencia, que ésta haya podido tener ascendencia poder de persuasión en su labor. Aspectos que bien pueden sustentar, razonablemente, un cierto sesgo o temor de parcialidad. Con lo cual, forzoso resulta concluir –como primera deducción en abono de la solución que aquí propongo– que no se ha inobservado ninguna normativa como lo postula la defensa acerca de la inadmisibilidad de alguna de las recusaciones con causa planteadas al momento de conformar el jurado popular. Por lo que, en este punto, el agravio no progresa.

a-1 Recusación sin causa

A.2. En segundo lugar, la defensa cuestiona la limitación cuantitativa dispuesta por el art. 14 de la ley 9106 a las «recusaciones sin causa» de las partes, al interpretar que ello resulta ilógico al restringir derechos e impedir la constitución de un jurado más objetivo y justo.

En particular, alegan que cuando existe más de un imputado representado legalmente por más de un defensor, a cada una de las defensas se les debe reconocer la posibilidad de excluir incausadamente a cuatro candidatos puesto que, de lo contrario, se lesiona el derecho de defensa.

Esta solicitud, efectuada en forma concurrente por los entonces defensores particulares de ambos imputados, fue rechazada por el juez interviniente quien, sobre la base de lo dispuesto por la norma referida, entendió que en el caso de autos no se verificaba ninguno de los casos hipotéticos planteados por los letrados para justificar el pretendido apartamiento de la ley.

Tampoco se verificaban las situaciones especialísimas alegadas por los peticionantes, dado que la coexistencia de diferentes teorías del caso entre las defensas no suponía, necesariamente, que hubiera intereses contrapuestos, lo que también fue descartado.

Argumentos a los que adicionó la falta de adecuada explicación sobre en qué medida la limitación legal afectaba el derecho de defensa (ver registros audiovisuales, «audiencia 17/09/19», «cuarta parte», a partir de 00:01:43).

Puestos en consideración los argumentos defensivos y la solución dada a la cuestión planteada por parte del juez interviniente, entiendo que aquellos no pueden recibir acogida favorable en esta instancia.

En este sentido, comparto el análisis exegético efectuado por el juez a quo del mentado art. 14 de la N° 9106, mediante el que la legislación local regula el mecanismo de las recusaciones incausadas de candidatos a integrar un jurado popular.

En particular, cuando esa práctica debe ser ejercida conjuntamente por más de un defensor. Interpretación mediante la cual, inversamente a lo planteado por los recurrentes, no resulta afectada la igualdad o paridad de armas entre la acusación y la defensa como manifestación de garantía del debido proceso legal.

Al respecto, la normativa es clara y concluyente en este punto, y no deja margen a la duda ni a la interpretación que pretende postular a favor de su agravio los casacionistas.

En su parte pertinente, la norma en cuestión dispone que «[l]a parte acusadora y la defensa pueden cada una, en oportunidad de la convocatoria prevista en el artículo 10, recusar sin causa hasta a cuatro (4) de los ciudadanos sorteados como Jurados. Las recusaciones se harán alternadamente comenzando por la acusación. En caso de existir varias partes acusadoras o acusados, deben actuar de mutuo acuerdo para indicar los candidatos que recusan sin alegación de causa.

De no mediar acuerdo, se decide por sorteo el orden en que las partes acusadoras o acusados, pueden formular la recusación, hasta que se agote el cupo de recusables [...]» (art. 14 primera parte, ley 9106).

Este tipo de recusaciones son auténticamente novedosas y amplían considerablemente las posibilidades de que las partes logren un jurado auténticamente imparcial (o, mejor dicho, les permiten despejar todo temor de parcialidad).

A diferencia de lo que sucede en los casos de recusaciones con causa, el planteo de este tipo de recusaciones determina automáticamente que el candidato sea excluido sin más y que, de ningún modo, pueda actuar en el juicio. A su respecto, la contraparte nada tiene que plantear y el juez no tiene nada que resolver.

Dada esta particularidad, la ley establece una limitación cuantitativa respecto de la cantidad de candidatos seleccionados a los que, sin invocación de causa, cada una de las partes en litigio pueden privarles de la posibilidad de integrar el jurado que definitivamente se conforme.

Ahora bien, en la determinación de esa restricción en cuanto al número de recusaciones, el legislador ha instaurado un sistema que resulta ecuánime tanto para la parte acusadora y para la defensa, independientemente de cuál sea la integración de cada una de ellas.

En ese sentido, la norma es clara cuando dispone que cada parte puede recusar sin causa «hasta cuatro de los ciudadanos sorteados como jurados», solución que es independiente de su composición.

Así, el mismo texto regula el procedimiento que habrá de emplearse cuando, como en autos, la parte acusadora y la defensa sea plural, situación que puede ocurrir tanto con la actuación combinada entre acusador público y privado, como cuando aparezcan imputados más de un sujeto, y éstos, a su vez, estén asistidos técnicamente por varios defensores.

Pues, en ambos casos, lo primero que se prevé es que cada una de las partes lleguen a un acuerdo en cuanto a quiénes van a recusar por este mecanismo.

Pero, ante el fracaso de esta metodología, subsidiariamente se decidirá mediante la vía del sorteo, el orden en que las partes podrán formular sus recusaciones, hasta agotar el cupo máximo de candidatos. Circunscribiendo la problemática a la pluralidad de imputados y de defensas, advierto que la solución legal no varía según cuál sea la estrategia de litigación asumida por ellos en razón de sus propias teorías del caso.

Es que bien puede suceder que, en los casos donde haya una pluralidad de sujetos imputados, las tácticas defensivas diseñadas por los letrados a cargo de sus respectivas defensas técnicas sean coincidentes o distintas, estimo de ello no se puede hacer derivar –en principio–, y según lo pretenden los impugnantes, un plus sobre el límite previsto legalmente como tope máximo para las recusaciones inmotivadas, permitiendo que cada defensor, por su caso, pueda recusar sin causa a cuatro preseleccionados. Una interpretación en este sentido no se compadece con la metodología expresamente diseñada para el ejercicio de esta prerrogativa legal, y, por tanto, no puede ser admitida.

Lo dicho hasta aquí resulta suficiente para descartar el motivo de agravio invocado, desde que esos argumentos legales fueron las razones invocadas por el juez técnico para motivar la decisión puesta aquí en crisis.

Todo lo que revierte la tesis defensiva cuando cataloga esa decisión de arbitraria o ilegal. Por lo tanto, aquí tampoco se han inobservado disposiciones legales inherentes a la conformación del jurado popular –segunda deducción en abono de la solución que sustento–, lo que impone que este motivo de agravio no pueda prosperar.

B. En suma, advierto que se ha dado cabal cumplimiento a las reglas legales establecidas para delimitar el marco de las atribuciones de las que gozan –en plena igualdad– las partes en litigio, inherentes al sistema

de recusaciones –con y sin causa– lo que determinó que el jurado popular que intervino en el proceso se haya conformado bajo la estricta observancia de las reglas legales en virtud de las que se procura garantizar un tribunal imparcial.

(b) Consideraciones acerca de los demás agravios planteados por la defensa

b-1 Rechazo de ciertas medidas de prueba.

b.1. Como segundo motivo de agravio, los recurrentes sostienen que resultó arbitraria la decisión adoptada por el juez intervinientes de rechazar ciertas medidas de prueba ofrecidas oportunamente por esa parte, dirigidas a desacreditar el testimonio de uno de los testigos ofrecidos por la parte acusadora – Orozco Espejo–. Interpretan que, con ello, se cercenó el derecho de defensa en juicio y se condicionó la decisión del jurado al ocultársele prueba relevante sobre acerca de la parcialidad de ese testigo (art. 41 inc. «b» de la ley 9106).

Razones de diferente índole me convencen de que el agravio propuesto no puede ser acogido en esta instancia. En primer lugar, no puede soslayarse que existe una verdadera imposibilidad legal de impugnar, en esta instancia extraordinaria de revisión, la decisión adoptada por el magistrado interviniente durante la etapa preliminar al juicio oral, sea este común o a través de jurados populares, mediante las que se resolvió la exclusión de elementos probatorios ofrecidos por las partes.

Al respecto, no cabe margen que permita dudar acerca de que esas resoluciones quedan al margen de los límites de la jurisdicción casatoria, puesto que así lo dispone expresamente la ley adjetiva local –cuyo texto resulta de aplicación supletoria a las disposiciones de la ley n° 9106– cuando prevé que «Examinadas las pruebas ofrecidas y oídas las partes que hubieren comparecido a la audiencia, el Juez dispondrá, la exclusión de aquellas pruebas que fueren manifiestamente impertinentes o superabundantes, las que no podrán ser tratadas en el juicio oral. Contra esta decisión no cabrá recurso alguno» (art. 368 párr. 3° del Código Procesal Penal de la Provincia).

La vigencia de esta norma procesal, cuyo contenido y validez no ha sido cuestionada por la defensa, constituye una limitación jurídica que impide ab initio darle tratamiento al agravio propuesto en este punto por los recurrentes.

En segundo lugar, aún cuando no se estimara suficiente para rechazar el agravio propuesto lo afirmado en los párrafos precedentes y se decidiera ingresar en el abordaje de la impugnación efectuada, estimo que el rechazo sustancial de la queja también aquí se impone.

Ello por cuanto, según se desprende de la reproducción de los registros audiovisuales en los que constan las múltiples audiencias preliminares que se llevaron a cabo, así como de la compulsa de las constancias escritas de la causa, no advierto ningún sesgo de arbitrariedad en la decisión cuestionada, ni tampoco un cercenamiento del derecho de defensa o un condicionamiento a los miembros del jurado popular por lo allí resuelto.

En efecto, la defensa del imputado Morales Nievas ofreció diversos elementos probatorios destinados, en su conjunto, a desacreditar la credibilidad del testigo ofrecido conjuntamente como prueba por la fiscalía y por la querrela y cuyo testimonio fuera admitido por el juez interviniente pese a su oposición, es decir, de Esequiel Lucas Orozco Espejo (sobre el incidente planteado y su resolución oral, ver registros

audiovisuales, «audiencia 20/08/19 – parte II», 00:06:50/00:09:16). Para ello ofreció, como prueba testimonial, a Federico Bergamín («T 12»), Secretario de la Unidad Fiscal de homicidios, por tratarse del funcionario que suscribió el acta de denuncia formulada por quien fuera la pareja Orozco Espejo, como también a la Lic. Stella Maris Mathus («T 13»), psicóloga del Cuerpo Médico Forense, ya que fue quien le realizó al nombrado el examen psicológico y/o psiquiátrico. Mientras que, como prueba instrumental, aquellos testimonios fueron solicitados para referir e introducir las evidencias consistentes en las copias certificadas de la mencionada denuncia («I 12») y del referido examen psíquico («I 13»), instrumentos que rolan agregados a fs. 783/784 y a fs. 545 respectivamente en los autos P– 2115/18. Elementos probatorios a los que agregó la solicitud de incorporación de los antecedentes penitenciarios del testigo en cuestión («I 14») (ver registros audiovisuales, «audiencia 02/09/19», a partir de 00:20:25; ver ofrecimiento de prueba de fs. 1757/1758 vta.).

Sin embargo, pese a los argumentos brindados por la parte interesada, el juez interviniente interpretó que no se encontraba debidamente justificada la utilidad y la pertinencia de esos elementos probatorios, por lo que decidió no aceptar su incorporación al plexo probatorio que sería sustanciado durante el juicio oral ante el jurado popular.

En apretada síntesis, fundó el rechazo de la prueba instrumental ofrecida tras considerar que: (a) las copias del acta de denuncia incoada en contra del Sr. Lucas Orozco en el marco de los autos n° P–2115/18, constituyen prueba instrumental vinculada a un hecho distinto y desvinculado con el objeto de este proceso, lo que impide su utilización como prueba indirecta tendiente a desacreditar al testigo en cuestión, labor que deberá ser desarrollada durante el juicio («I 12»)– ; (b) el examen psíquico del señor Orozco no resulta pertinente por cuanto se le realizó al ahora testigo en otra causa donde el mismo era imputado, además de lo impertinente que resulta realizar un examen de este tipo a cada testigo que pueda tener un rol relevante en juicio («I 13»); (c) en cuanto a los antecedentes penitenciarios, reitera que no pueden ser utilizados como medio tendiente a la desacreditación de un testigo en lugar de proceder a un adecuado interrogatorio y examen de los mismos en juicio («I 14»).

Mientras que, en orden a la prueba testimonial individualizada precedentemente, las razones que motivaron su decisión para no aceptar la instrumental referida, fueron proyectadas para no aceptar los testimonios de Federico Bergamín («T 12») y de la Lic. Mathus («T 13») (ver registros audiovisuales, «audiencia 09/09/19», a partir de 00:13:26; ver resolución 1805/1811).

Las explicaciones dadas por el juez técnico para justificar la decisión impugnada impiden teñir esa resolución en el ámbito de la arbitrariedad, aun cuando ésta haya sido adversa a los intereses de la parte recurrente.

Es que, según aprecio, la solución ofrecida resulta consecuencia directa de la aplicación racional del ordenamiento jurídico de acuerdo a las circunstancias comprobadas de la causa, alejada de toda conducta caprichosa o sinrazón del juzgador.

Lejos de ello, el a quo expresó razones suficientes—las que también resultan, a mi juicio, atendibles— como para corroborar cuál ha sido el criterio jurídico fundamentador de la providencia atacada, es decir, las razones que la determinaron.

Preciso es recordar que si bien todos los hechos y circunstancias relacionados con el objeto del proceso pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba, salvo las excepciones previstas por las leyes (art.

205 del CPP), ello no implica que –necesariamente– deba sustanciarse durante el juicio oral la totalidad de la prueba ofrecida por cada una de las partes en litigio.

Por el contrario, sólo deberá producirse en esa instancia procesal decisiva, aquellos elementos probatorios que resulten pertinentes y útiles en relación a la cuestión sometida a decisión, evitándose de este modo la producción de aquellos que –por el contrario– luzcan manifiestamente impertinente o superabundante.

Sin necesidad de ahondar aquí sobre la cuestión, prueba impertinente resulta toda aquella que evidentemente no tenga vinculación alguna con el objeto del proceso en razón de no poder inferirse de la misma ninguna referencia directa ni indirecta con el mismo o con un objeto accesorio o incidental que sea menester resolver para decidir sobre el principal. Lucirá inútil aquella prueba que carezca de toda importancia en cuanto a relevancia para verificar los extremos de la imputación delictiva.

Es decir, desde el punto de vista procesal, la prueba debe gozar de la aptitud necesaria para prestar algún servicio, por ser necesaria o por lo menos útil para ayudar a obtener la convicción del juez respecto de los hechos que interesan al proceso.

Precisamente, es labor del litigante interesado identificar y justificar cuáles de las evidencias reunidas en la investigación fiscal o particular serán ofrecidas para ser producidas en el juicio oral por ser éstas útiles, pertinentes, admisibles y creíbles a los efectos de acreditar aquellas proposiciones fácticas que constituyen la versión que sostendrá para sostener su propia teoría del caso. Una de las razones que justifican esa limitación cualitativa de la prueba a producirse en el plenario es la necesidad de garantizar tanto la celeridad del proceso como la eficacia de la prueba y los derechos de las partes.

De este modo, parece razonable a tales intereses apreciar como innecesario e inconveniente probar hechos que de manera alguna aparecen relacionados con el objeto del proceso, dada su manifiesta impertinencia.

Ahora bien, luego de conocer adecuadamente y con detalle los motivos dados por cada litigante para, en su caso, ofrecer u oponerse a la incorporación de material probatorio, corresponde exclusivamente al órgano juzgador evaluar esos argumentos para actuar en consecuencia, esto es, resolver la admisión o la exclusión de todos aquellos elementos probatorios para permitir –o no– su producción durante el debate de acuerdo al reconocimiento justipreciado de las cualidades alegadas por los oferentes.

Estimo que el análisis exhaustivo sobre la admisión de la prueba en la audiencia preparatoria del juicio es fundamental, no sólo permite excluir prueba sobreabundante e impertinente, sino porque también permite la exclusión de aquellas evidencias que solo pretenden generar un prejuicio en el órgano juzgador.

Evidentemente, la valoración final de la pertinencia y utilidad de la prueba ofrecida por las partes en litigio, más allá de cuáles hayan sido los fundamentos invocados por las partes al ofrecer prueba y justificar esos aspectos, ingresa dentro del ámbito propio y exclusivo de apreciación jurisdiccional, sea que se trate de la tramitación de un proceso penal bajo la modalidad de juicio común o ante un jurado popular, ello en el marco de su responsabilidad como director del proceso.

Respeto a ello, la ley es clara cuando expresa que «Recibido el caso por la Oficina de Gestión Administrativa Penal (OGAP) se determinará por sorteo el Juez que tendrá a cargo la tramitación de la

causa en forma exclusiva, quien tendrá a su cargo la dirección del proceso, del debate y en su caso imposición de pena» (art. 3 de la ley 9106).

Precisamente, éste ha sido el recorrido que determinó el convencimiento del juez interviniente cuando rechazó la prueba testimonial e instrumental ofrecida por la defensa de Morales Nievas –exclusión que es aquí motivo de agravio casatorio–.

En este sentido, luego de haber ofrecido aquellos elementos de prueba en cuestión, y de la oposición a su incorporación por las contrapartes –fiscalía y querella–, el juez técnico descartó su pertinencia y utilidad en relación a los hechos ventilados en el presente proceso, por considerar que estos extremos no se encontraban debidamente fundados por la parte interesada en su producción en el plenario. No escapa a la consideración de quien elabora el presente voto que esa decisión aparece vinculada con el modo de producción y ulterior valoración de las manifestaciones que pueda efectuar un deponente durante el plenario.

Esa apreciación resulta de observar que, tanto en los argumentos dados por la defensa en su ofrecimiento de prueba, como en los argumentos dados por el juez a quo para negar la incorporación de alguno de los elementos ofrecidos, aparece un denominador común: el interés de la defensa de desacreditar la credibilidad de un testigo de cargo –por el lado defensivo–, y la decisión de que esa labor defensiva lo sea a través la indagación y ulterior valoración del tenor de los dichos a las reglas del examen y contraexamen de testigos, como estrategia de litigación propia de la prueba testimonial –por el lado del juzgador– En ese enfrentamiento de premisas argumentativas, razones de índole legal me persuaden en compartir el criterio sostenido por el magistrado interviniente, desde que se compadece plenamente con el texto expreso de la ley, que ilumina y despeja todo margen de duda al respecto Así, es el legislador provincial expresamente ha previsto que «Los testigos, peritos e intérpretes prestarán promesa de decir verdad ante el Juez, bajo sanción de nulidad. Serán interrogados primeramente en examen directo por la parte que los propuso, quien no podrá efectuar preguntas sugestivas ni indicativas, salvo en la acreditación inicial del testigo. Seguidamente quedarán sujetos al contraexamen de las otras partes intervinientes, quienes podrán efectuar preguntas sugestivas.

En ningún caso se admitirán preguntas engañosas, repetitivas, ambiguas o destinadas a coaccionar ilegítimamente al testigo o perito. No se podrá autorizar un nuevo interrogatorio del contraexamen, salvo cuando fuere indispensable para considerar información novedosa que no hubiera sido consultada en el examen directo. Las partes podrán objetar las preguntas inadmisibles indicando el motivo. El Juez hará lugar de inmediato al planteo si fuere manifiesto el exceso o decidir en el acto luego de permitir la réplica de la contraparte. El Juez procurará que no se utilicen las objeciones para alterar la continuidad de los interrogatorios» (art. 26 de la ley n° 9106).

Con lo cual, resulta claro que la posibilidad de acreditar o desacreditar la verosimilitud de las manifestaciones efectuadas por los testigos, entre otras cualidades y características apreciables en sus relatos, la tendrán las partes durante el juicio propiamente dicho, ante la presencia de los integrantes del jurado popular quienes, en definitiva, serán los encargados de ponderar legítimamente el valor probatorio que estime adecuado.

Es esa la instancia procesal pertinente para que, a través de las técnicas de litigación referidas, sea la acusación –pública y privada– como la defensa, pongan en perspectiva el valor de su testimonio de acuerdo a sus concretas intenciones.

Dicho en términos más claros, la labor de los litigantes sobre los testigos consiste en ponerle un determinado valor a la credibilidad de sus dichos, para que el jurado o el tribunal pueda pesarlos en su justa medida.

Debo resaltar aquí que no se trata de limitar la estrategia defensiva pues, en el ámbito de su derecho al contraexamen de testigos, la defensa goza efectivamente del derecho a aportar al juicio evidencia propia que le posibilite desacreditar la prueba de la contraparte, esto es, lograr a través de un conainterrogatorio debilitar la credibilidad del testimonio del testigo ofrecido por la contraparte brindado –en este caso– ante el tribunal popular. Pero en esa labor – entiendo– resulta indispensable justificar, puesto así lo exige la ley, la pertinencia y utilidad de la evidencia que se trate, y convencer al juez de las bondades de la prueba resistida. Labor que no fue satisfecha en autos. Esa carga procesal es igualitaria para todas las partes en litigio.

Prueba de ello es que también el juez profesional decidió, fundadamente, no hacer lugar a prueba que si bien fue ofrecida por la fiscalía y por la querrela, hubo controversia por haberse opuesto a su incorporación alguno o ambos defensores de los coimputado (ver fs. 1806/1807).

Es en esa línea de análisis en que el juez interviniente estimó que las evidencias ofrecidas como prueba por la defensa del coacusado Morales Nievas, referidas a los antecedentes penitenciarios de Orozco Espejo, la denuncia formulada en su contra por su esposa y la pericia psicológica realizada en el marco de otra causa en la que fue condenado, constituían prueba instrumental vinculada a un proceso judicial distinto al presente.

Además de integrar vías indirectas tendientes a demostrar una especial cualidad –parcialidad– de aquel testigo de cargo ofrecido por los órganos acusadores que, en su caso, debía ser demostrada por la parte interesada durante el juicio propiamente dicho. En base a ello, no permitió su incorporación al plexo probatorio a sustanciarse en el debate, dada la falta de fundamentación de su pertinencia y utilidad para la acreditación de los externos delictivos vinculados a los hechos juzgados.

A todo ese análisis, cabe agregar que –como bien lo apunta el juez a quo interviniente en los fundamentos de la decisión cuestionada– no estamos aquí hablando de la declaración de un coacusado, sino que se trata de un sujeto que ha comparecido a este proceso como testigo y, por tanto, obligado a decir la verdad de todo cuanto sepa y le sea preguntado en el marco de esta causa, bajo apercibimiento de ley (art. 275 del CP). Dada la condición de testigo, preciso es identificar y separar aquello que objetiva y subjetivamente debe ser objeto de valoración.

Entiendo que, tratándose de un juez profesional como de un jurado popular, lo que esencialmente debe apreciarse son «sus declaraciones», más no la persona del declarante. En puridad, antes habría que valorar la declaración y después, en su caso, a la persona del testigo, porque lo contrario implicaría prejuizar. La desconfianza sobre la credibilidad de un testigo debe venir acompañada de un recuento de las razones por las que «el testimonio» –y no quien lo ha prestado– no resulta creíble, porque el hecho de que el declarante sea amigo, enemigo o familiar del imputado, no implica ya de por sí, sin más, que su testimonio no sea verás.

Es sobre este punto que estimo que la defensa parte de un fundamento muy poco sólido por ser demasiado intuitivo: la incredibilidad de las declaraciones de este sujeto por haber transitado un proceso penal en el que se investigó la comisión de otro hecho delictivo grave en el que estaban involucrados, ya como acusado, quienes en los presentes obrados aparecen respectivamente como imputado –Morales Nievas– y testigo –Orozco Espejo–.

Es que el hecho de que el testigo pueda tener afecto u odio por las partes, o interés en el objeto del juicio, no tiene por qué afectar siempre y en todo caso a la objetividad o la credibilidad de su declaración. Si de lo que se trata es de valorar objetivamente la declaración del testigo, es preciso analizar –sea quien fuere– si el relato que realizó fue coherente, si el testigo lo contextualizó, si se corrobora dicho relato con otras pruebas y si existieron detalles oportunistas o gananciales en la declaración.

Y estos extremos sólo pueden ser apreciables por los miembros del jurado –como se adelantó– luego de la práctica del examen y contraexamen de los testigos, a través de las técnicas de litigación adoptadas por las partes.

Por ello cualquier testigo debe ser escuchado de manera igualitaria a cualquier otro declarante, dejando al margen juicios preconcebidos sobre su persona.

Y la posibilidad de discutir la prueba ya producida, esto es, las alegaciones sobre su mérito probatorio, debe ser efectuada por la parte interesada dentro de la etapa procesal prevista específicamente por la ley para ello. Es durante el plenario donde los litigantes que estén interesados en desacreditar el testimonio de un testigo debe enderezar sus técnicas de litigación, a fin de presentar un interrogatorio que pueda dejar a la vista, entre otros: (a) la imagen de duda sobre lo relatado y percibido por el testigo; (b) demostrar que se trata de un testigo que ostenta un determinado interés en el resultado del caso o que cambia sus versiones de los hechos y que, por ende, no es creíble; (c) la inconsistencia de sus dichos con otras pruebas, sean estas materiales o testimoniales.

En función a todo lo expuesto, estimo que estos dos argumentos descartan arbitrariedad en la decisión adoptada por el juez técnico y, en consecuencia, el mentado cercenamiento del derecho de defensa. Tampoco que los miembros del jurado popular se hubieran visto condicionados de algún modo por lo allí resuelto, desde que no se advierte que hayan sido destinatarios finales de una conducta indebida e ilegítima por parte del juez interviniente al impedir la sustanciación de prueba impertinente e inútil y, con ello, desprovistos de información relevante vinculada a los hechos de la causa al momento de conformar el veredicto alcanzado.

En el mismo sentido, también puede agregarse que el recurrente no alega ni demuestra de qué manera la decisión jurisdiccional cuestionada repercutió, con el grado de esencialidad requerido, en una limitación arbitraria al ejercicio de sus tácticas y estrategias de litigación referidas al examen y contra examen de testigos. Por el contrario, en el pleno desarrollo de las reglas de litigación oral, el jurado pudo apreciar válidamente las declaraciones de todos los testigos que declararon durante la audiencia y, dentro del marco de sus legítimas facultades, asignar libremente valor y sentido a sus deposiciones. b.2. Como tercer motivo de agravio los recurrentes manifiestan que la sentencia condenatoria se deriva de un veredicto de culpabilidad del jurado arbitrario por haberse apartado manifiestamente de la prueba producida en el debate (art. 41 inc. «d» de la ley 9106).

Al respecto, y tal como lo vengo afirmando en precedentes anteriores (**«Petean Pocoví»; «Ortega Ragonesi»**), la tarea de este Tribunal queda circunscripta a un doble análisis.

Por una parte, a una **evaluación «externa» o «formal» del juicio**, es decir, de la corrección jurídica de los actos procesales que preparan la decisión del jurado, tales como la selección y constitución del jurado; las decisiones y acuerdos sobre elementos probatorios; la elaboración de instrucciones iniciales y finales al jurado; etc.

Por otro lado, a un examen de **razonabilidad «interna»** entre las premisas que componen el razonamiento, y su conclusión. Dentro de este doble espectro, las partes pueden plantear aquellos puntos que pretenden que formen parte del objeto de revisión.

Sobre este último punto, el delicado análisis que a mi entender está encomendado al tribunal revisor implica –para satisfacer acabadamente las exigencias de **«doble conforme»** establecidas por el art. 8.2.h de la CADH y 14.5 del PIDCP– un estudio serio de la plausibilidad de las acusaciones a partir de las pruebas producidas en el debate. De ninguna manera esto supone superponerse a la labor del jurado ni reeditar instancias previas al juicio, sino evaluar la posible existencia de lagunas entre la acusación, prueba e instrucciones que hayan pasado inadvertidas al jurado. Sólo de este modo, según mi modo de ver, es posible garantizar que el veredicto de culpabilidad del jurado no sea arbitrario ni se aparte manifiestamente de la prueba producida en el debate, tal como ordena el art. 41 de la ley 9.106 y el debido proceso. Dicho esto, no considero que los agravios directamente asociados a la valoración de prueba puedan ser de recibo. En efecto, la estrategia defensiva se ha limitado a poner de resalto los que entiende como puntos contradictorios o poco asertivos de la prueba de cargo, específicamente en cuanto desacreditan la veracidad de los testigos ofrecidos por la acusación, enfatizando la atención en aquellas medidas probatorias que no sólo no lograron dar con pruebas que incriminaran a Morales Nievas en el hecho investigado sino que, además, tienen la capacidad para acreditar la hipótesis alternativa en que sustentó su teoría del caso. Sin embargo, considero que esta estrategia no resulta suficiente para afirmar que el jurado haya ignorado o desatendido ciertas pruebas, o que no haya sido capaz de encontrar una explicación tal que lo haya conducido al veredicto de culpabilidad. Dicho en términos más claros, no se advierte que entre lo que decidió el jurado y la prueba que se produjo en el juicio se verifique una manifiesta contradicción que habilite a cuestionar la labor de ponderación de los elementos probatorios sustanciados durante el debate para concluir, más allá de toda duda razonable, en la culpabilidad del condenado.

En cuanto a la objeción defensiva relativa a la solidez de los testigos cargo Jesús Gómez Díaz y Ezequiel Lucas Orozco Espejo se advierte con meridiana claridad que ésta ha sido la maniobra argumentativa que utilizara reiteradamente esa parte a lo largo de todo el discurrir del juicio, incluida esta fase extraordinaria de revisión. Ello se patentiza con el visualizado de los registros audiovisuales de las respectivas audiencias de juicio, en particular, cuando la defensa de Morales Nievas realizó sus alegatos de apertura y clausura del debate (véanse registros audiovisuales, «audiencia 17/09/19», «parte 7», a partir de 00:37:52, y «audiencia 20/09/19», «parte 2», a partir de 00:00:39, respectivamente).

Razón por la cual aquellas valoraciones negativas acerca de la credibilidad intrínseca y extrínseca de sus testimonios, no quedaron al margen de la apreciación de los miembros del jurado. Asimismo, los integrantes del jurado popular fueron expresamente instruidos al respecto por el juez técnico quien, a través de las instrucciones generales y finales, les informó que «[tenían] la exclusiva responsabilidad de

decidir acerca del valor de las pruebas que presentan las partes» como también que «el caso debe ser jugado por ustedes sólo sobre la base de la prueba presentada durante el juicio» (fs. 1847 y vta. Respectivamente) para lo cual «la prueba debe ser suficiente y convincente para que quede derrotada la presunción de inocencia» (fs. 1848 vta.), afirmándose que «la credibilidad de las personas que testifiquen y decidir qué importancia o peso posee cada testimonio es una responsabilidad del Jurado. Ustedes decidirán si creen todo lo que un testigo dice, si creen parte de lo que dice o si no le creen nada.

Al decidir sobre la credibilidad de un testigo, ustedes deben examinar todo el testimonio y pueden considerar, entre otros, [...] si el testigo tiene algún motivo para la parcialidad o algún prejuicio; cuán razonable es el testimonio del testigo al poner su declaración en relación con el resto de la prueba producida en este juicio [...]» (fs. 1849).

De allí que la valoración que efectuaran los jurados acerca de la parcialidad o imparcialidad de los testimonios puestos en crisis, integró la labor valorativa efectuada sobre la base de las precisiones convenidas entre los litigantes, expresadas mediante las pertinentes instrucciones, por lo que no se advierte elementos que permitan avizorar un sesgo de arbitrariedad de su parte.

Además de ello se observa que los argumentos dados por los recurrentes para sostener insistentemente que ambos testigos declararon falsamente, siendo movilizados a ello por mantener un interés en el resultado del proceso no pueden tener acogida favorable en esta instancia, desde que estas críticas se fundamentan, lisa y llanamente, en especulaciones de la defensa sobre la tarea que llevó a cabo el jurado en su deliberación, desvinculadas de elemento probatorio alguno.

No existe evidencia que permita comprobar la alegada falsedad o ganancialidad en sus declaraciones. Del visionado de la audiencia del debate no se observan circunstancias gravemente relevantes que lleven a suponer que el Jurado Popular tergiversó el contenido de esa prueba testifical y realizó inferencias abiertamente erróneas.

Cabe resaltar que tanto Gómez Díaz como Orozco Espejo, testigos ofrecidos por la fiscalía y por la querrela, prestaron declaración testimonial durante el debate realizado, oportunidad en la que cada una de las partes tuvo la posibilidad de exponer las calidades y/o vulnerabilidades de su testimonio a través del examen y contraexamen, de acuerdo a las pretensiones titularizadas por aquellas.

Aquí vale la pena remarcar que ambos deponentes expusieron ante el jurado popular su conocimiento de los hechos en calidad de testigos, y que, como lo mencionara, sus expresiones fueron apreciadas y valoradas por aquellos de acuerdo a las instrucciones dadas por el juez técnico al respecto, particularmente cuando fueron advertidos en cuanto a qué se considera prueba, cuáles son los tipos de prueba y, además, de qué modo debían valorar el material probatorio presentado por las partes.

Examen valorativo que los miembros del jurado no sólo realizaron –con los beneficios de la inmediación– al tiempo en que se produjeron durante el juicio las declaraciones testimoniales cuestionadas.

Además, por disposición del juez interviniente ante la solicitud realizada, se les entregó el soporte digital en el que constaban, entre otras, aquellas declaraciones, oportunidad en la que se les efectuó una serie de aclaraciones que resultaban una reiteración de ciertas instrucciones pertinentes a la cuestión (ver fs. 1840).

No obstante el ejercicio de esa práctica, especialmente de parte de los recurrentes, ambos sindicaron espontánea y coincidentemente a Morales Nievas como el autor material del homicidio investigado (ver registros audiovisuales, «audiencia 18/09/19», «parte 1», a partir de 00:25:10; «parte 2», a partir de 00:04:30).

Declaraciones que resultaron respaldadas a través de otros elementos de prueba, particularmente –como se verá– con aquellos que desvirtúan la versión exculpatoria sostenida como coartada por los abogados del imputado de mención.

En función de ello puede decirse que la crítica en tales términos no constituye más que la expresión de desacuerdo de parte con las conclusiones a las que arribó el jurado popular, sin sustento alguno.

En orden a la versión del acusado no aparece verosímil en tanto no se encuentra respaldada en prueba alguna más que sus dichos. Conclusión que se refuerza ya que no sólo elementos probatorios en base a los cuales los letrados defensores pretendieron respaldar sus dichos fueron ponderados por los miembros del jurado. Sino que, además, aquellos testigos de descargo presentados por la defensa, Diego Becerra y María Luisa Spitalieri, si bien declararon haber estado con Morales Nievas el día y a la hora en que se cometió el hecho, por ser compañeros de trabajo en el local comercial denominado «La Linda New», sito en calle Colón N° 562 de Ciudad, sus manifestaciones no se condicen con las evidencias que acompañan la causa.

En este punto, el Subcomisario Jesús Cepeda, testigo ofrecido por la defensa, explicó durante el juicio el contenido del informe realizado por la División de Secuestros Extorsivos N° 783/18 obrante a fs. 1309/1318, el que resultó también incorporado como prueba instrumental a solicitud de la misma parte. Entre otras consideraciones, el funcionario explicó que, de acuerdo al registro de llamadas telefónicas y de mensajes de texto efectuados el día del hecho a través del teléfono celular utilizado por Morales Nievas, no era posible afirmar que ese teléfono analizado haya permanecido estático durante el transcurso de la jornada en la que se produjo el hecho criminoso investigado –03 de setiembre de 2.013–. Conclusión que sustentó en la diversa ubicación geográfica de las antenas que captaron cada una de las llamadas telefónicas efectuadas a lo largo de esa jornada. Desde allí, negó que el usuario del equipo analizado haya estado todo ese día en el lugar en el que los testigos de descargo lo afirmaron (ver registros audiovisuales, «audiencia 19/09/19», «parte 1», a partir de 00:23:45).

En base a la información objetiva incorporada como evidencia por el testigo a la causa, resulta plausible que a los miembros del jurado, siempre sobre la base de las instrucciones impartidas por el juez técnico para la valoración de la prueba producido, no les haya resultado convincente ni ajustada a los resultados de las restantes constancias probatorias producidas durante el debate, la hipótesis alternativa de sentido desincriminatoria alegada en su descargo por la defensa del acusado. Esta conclusión de ninguna manera importa una alteración de la regla de la carga probatoria, en tanto las hipótesis alternativas de la defensa a la cimentada por la acusación deben constituir, al menos, alternativas racionales respaldadas en las constancias de la causa. En la misma línea debe incorporarse y valorarse el testimonio de la ex pareja de la víctima –Carla Romina Santarelli–, cuyo relato resultó completado mediante la declaración de su actual pareja –Leandro Mastrantonio–. La interpretación armónica de ambos dichos permite apreciar significativamente en ellos otro elemento incriminador respecto del acusado. Concretamente, me estoy refiriendo a la circunstancia narrada por ambos, que tuvo lugar en enero de 2018 cuando Mastrantonio le exhibió Santarelli a través de su teléfono celular, una fotografía que aparecía inserta en el marco de

una publicación periodística donde se daba cuenta de la ocurrencia de otro hecho criminoso. La particularidad y significancia de este acontecimiento viene determinada por dos aspectos: por un lado, porque la imagen exhibida fue precisamente la de Jonathan Morales; y, por otro, por la inmediata reacción de aquella, la que fue descrita detalladamente por su pareja cuando dijo que sólo le mostró la foto de esa persona, que no le dijo más nada y que, al verla, Carla se puso muy mal, que empezó a llorar y le dijo que «ese era el asesino de Sebastián» (ver registros audiovisuales, «audiencia 18/09/19», «parte 6», a partir de 00:03:07, en especial, 00:04:25). Imagen que fue exhibida al jurado (00:06:30).

En base a lo hasta aquí analizado, estimo que las críticas defensivas constituyen sólo una discrepancia con el veredicto del jurado, que no surge como arbitrario a la luz del plexo probatorio rendido durante el juicio. Por el contrario, la totalidad de la prueba producida durante el juicio y que fue valorada por los miembros del jurado de acuerdo a las instrucciones convenidas entre los litigantes y manifestadas a ellos por el juez de derecho, torna plausible que hayan concluido, más allá del estándar objetivo de toda duda razonable, en la culpabilidad del condenado.

Es decir, según entiendo, a partir de las pruebas producidas en debate, el veredicto del jurado que no sólo ha sido debidamente instruido sino que, además, ha actuado conforme a derecho, es el que podría haberse razonablemente rendido. Por estos motivos entiendo que este cuestionamiento a la labor del jurado no puede tener acogida favorable en esta instancia.

(c).– Conclusión

En base a las razones expuestas precedentemente, entiendo que el recurso de casación incoado por la defensa de Marcos Jonathan Morales Nievas debe ser rechazado en esta instancia y, en consecuencia, confirmarse la Sentencia N° 889 pronunciada por el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

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

Voto Dr. Palermo. Disidencia.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN EL DR. OMAR A. PALERMO, EN DISIDENCIA, DIJO: Puesto a resolver el recurso de casación interpuesto, entiendo oportuno adelantar que, por los motivos que a continuación se exponen, corresponde hacer lugar a la impugnación. Paso a explicarlo.

Antes que nada, es necesario subrayar que mi toma de postura no se basa en la discusión trabada en relación con la interpretación del art. 14 de la ley 9.106, frente a la cual comparto las consideraciones de mi colega preopinante. Por el contrario, mi disidencia se enraíza en consideraciones de tipo material en relación con la idoneidad de la prueba rendida en sede de debate para fundamentar válidamente un veredicto de culpabilidad.

Dicho esto, el siguiente iter argumentativo regresa, en primer lugar, a mi punto de vista sobre el diseño de la revisión de los veredictos emitidos por jurados populares introducido en «Peteán Pocoví» (punto a).

En segundo lugar, reviso la aplicación de los lineamientos anteriores a la presente causa, con el fin de determinar si el veredicto del jurado popular puede confirmarse como una derivación razonada de la prueba rendida en juicio (punto b).

Finalmente, concreto la conclusión que se desprende de las consideraciones precedentes al caso en análisis (punto c.).

a.– Sobre las particularidades de la casación en el juicio por jurado popular

En el **precedente «Peteán Pocoví»** problematicé la revisión de la valoración prueba –con el alcance fijado por el **fallo «Casal»**– en el juicio por jurado popular.

Ello en tanto, hasta ahora, el juicio con juez letrado ha permitido a los tribunales de casación controlar la motivación de las decisiones en el marco del sistema de sana crítica racional.

No obstante, como es sabido, cuando se trata de la labor de jurados deben realizarse precisiones, pues estos operan con el sistema de la íntima convicción para la valoración de la prueba.

Pero estas precisiones son más que matices.

En efecto, al no contarse con el iter lógico que guía la formación del acuerdo unánime que sostiene el veredicto de culpabilidad, con el fin de proceder a su revisión, debe irse todavía un poco más atrás hasta llegar a las premisas de las que ha partido el jurado popular, las cuales pueden ser de dos clases, fácticas y jurídicas.

Únicamente cuando las proposiciones fácticas y jurídicas puestas a disposición del jurado popular sean verdaderas, se estará ante un veredicto válido respecto a las cuestiones planteadas.

A contrario sensu, cuando alguna de ellas sea falsa, este veredicto, absolutorio o condenatorio en lo que al tema decidendum respecta, podrá ser anulado por esta instancia casatoria.

En **«Peteán Pocoví»** se criticaba principalmente la verdad de las **premisas jurídicas –el derecho aplicable–**, mientras que ahora se critican las **premisas fácticas**, es decir, las relativas a la prueba rendida en el debate, a partir de la cual el jurado popular emitió su veredicto de culpabilidad.

En este orden de ideas, **la verdad de una premisa fáctica** hace referencia a la idoneidad cualitativa y cuantitativa de una prueba para fundamentar un proceso lógico de fundamentación de la existencia de un hecho o de alguno de sus extremos.

En este sentido, en el precedente citado afirmé que «la **idoneidad cualitativa** de una prueba hace referencia a la aptitud de un determinado elemento de convicción para sustentar una afirmación de forma lógica y de acuerdo con los principios y garantías constitucionales. Así, una prueba puede ser válida cuando cumpla con estos requisitos o, a la inversa, inválida si no los respeta».

Asimismo, dije que «la **idoneidad cuantitativa** de una prueba, por su parte, presupone su aptitud cualitativa y tiene que ver, en lo esencial, con la gradación de su fuerza para sostener la existencia de un hecho o de alguno de sus extremos. Así, puede haber pruebas válidas con más peso en relación con aquello que se proponen acreditar y pruebas con menos peso, las cuales, aun así, mantienen su validez y, de la mano de otros elementos, pueden coadyuvar a sostener una determinada afirmación».

El iter lógico para acceder a tales conclusiones, en tanto (in)validez y fuerza de la prueba para acreditar una hipótesis determinada, debe encontrarse precedido por la puesta a disposición del jurado de las herramientas teóricas necesarias para que cumpla con tal tarea por medio de las instrucciones.

Así, por ejemplo, si en el curso del debate se produjera una prueba de manera ilegal a la que, sin embargo, no se han opuesto las partes y esto no hubiese sido notado por el juez, el veredicto del jurado deberá ser revisado.

Es que la (in)validez de una prueba determinada ex post en la instancia de casación falsea una de las premisas de las que parte el jurado popular para razonar en relación con las cuestiones sometidas a decisión y, por ende, anula la necesidad de la verdad de la conclusión (aspecto cualitativo de la prueba). Igualmente, en casos en los que una prueba si bien válida, pero con un valor de cargo –o descargo–, al menos, dudoso, se impone la revisión del veredicto del jurado si el juez letrado no hubiese advertido a sus miembros sobre cómo ponderar la fuerza de ese elemento a la luz de las hipótesis del caso planteadas por las partes (aspecto cuantitativo de la prueba).

Dicho esto, a continuación corresponde determinar si la actividad del juez técnico en relación con la prueba ofrecida por las partes anticipó los problemas que pueden plantearse en relación con la verificación del caso elevado a juicio por la acusación, con el fin de que el jurado tenga a disposición las herramientas teóricas que le posibiliten asimilar la prueba ofrecida por las partes tanto cualitativa como cuantitativamente.

b.– Aplicación de las consideraciones precedentes al caso concreto

Como surge de las consideraciones precedentes, una de las tesis fuertes que presenté en «Peteán Pocoví» es que, si bien no puede penetrarse la black box que blindada el razonamiento del jurado popular al momento de responder las cuestiones planteadas, sí puede accederse a las premisas que fundamentan ese razonamiento.

Estas son: la prueba rendida en el juicio y el derecho considerado aplicable por el juez técnico. Cuando alguna de aquellas premisas no sea verdadera, por ejemplo, porque se trata de una prueba introducida ilegalmente o, exista un error en la arquitectura normativa en función de la cual se estructura el caso, entonces no podrá validarse **el iter argumentativo del jurado popular en tanto razonamiento lógicamente** derivado de las premisas precedentes.

Y esto es, lo que sucede en el presente caso.

En efecto, al jurado popular le ha sido vedada la posibilidad de acceder al sentido último de una de las pruebas claves del caso elevado a juicio por la acusación: el testimonio de Lucas Orozco.

La defensa objeta que el jurado no pudo ver que existían indicios de parcialidad en relación con el sentido incriminatorio de sus declaraciones en contra de Morales Nievas. En esta línea, critica que se haya admitido la incorporación de este testigo, debido a su dudosa credibilidad, y que, acto seguido, se haya desestimado un conjunto de pruebas tendientes a demostrar su animosidad. A saber: sus antecedentes penitenciarios, la denuncia formulada en su contra por su esposa y la pericia psicológica realizada en el marco de la causa en la que fuera condenado por homicidio calificado a prisión perpetua.

De más está decir que la investigación del homicidio de Sebastián Prado se encontraba en un punto ciego hasta tanto se incorporó la declaración de **Lucas Orozco**. Este testimonio le permitió a la acusación echar por tierra la coartada de Morales Nievas el día del hecho, al mismo tiempo que lo sindicó como el ejecutor del homicidio junto con Merlo, quien posteriormente fue declarado no culpable por el jurado popular.

Fue Lucas Orozco quien declaró durante la instrucción y después ratificó en sede de debate que Morales Nievas le había confiado que él había intervenido en el hecho «del médico» y que había conseguido burlar a la autoridad gracias a la ayuda de su patrón.

Esta declaración le dio un giro de ciento ochenta grados a la causa y le imprimió un nuevo impulso que le permitió a la acusación elevarla a juicio y obtener la condena de uno de los sindicatos por el hecho. Sin embargo, esta declaración presentaba dos rasgos que la hacía especialmente problemática en relación con su valor como prueba de cargo: Lucas Orozco había sido coimputado de Morales Nievas en otra causa en la que también se ventiló un homicidio calificado, al mismo tiempo que su testimonio no era producto de una percepción directa y personal del hecho, sino que el mismo Morales Nievas le había «contado» que había matado a Prado –lo que suele llamarse «testigo de oídas»–.

Estas dos notas en la declaración de Lucas Orozco llevaron a la defensa de Morales Nievas a, en un primer momento oponerse a su incorporación como testigo y, una vez rechazado este planteamiento, a ofrecer prueba que refutara la verosimilitud de su testimonio. En especial, en relación con su imparcialidad. Sin embargo, todas ellas fueron rechazadas por el juez técnico.

Y es aquí donde entiendo reside la fisura, que mediatamente el juez técnico causa en el jurado popular, que no permite validar de ningún modo el veredicto de culpabilidad.

La pericia psiquiátrica, por un lado, haría referencia a los rasgos manipuladores que presentaba el deponente al momento de manejar la información; la denuncia de la esposa, asimismo, narraría que Orozco la había coaccionado con implicarla en el hecho del homicidio de Álvarez si cambiaba el sentido de su testimonio; y, finalmente, la planilla de antecedentes penitenciarios pondría de relieve los vínculos previos que existían entre Orozco y Morales.

Es que la prueba relativa a la pericia psicológica, la denuncia de su pareja y sus antecedentes penitenciarios buscaba exponer todas las aristas del principal testigo de la acusación y, así, proporcionarle al jurado popular una visión completa del testimonio y, eventualmente, de la existencia de un interés en el desenlace del juicio penal.

En un caso que entiendo es estructuralmente análogo al de un testimonio único, debe procederse con especial cautela al momento de brindarle al jurado las herramientas teóricas –pero también probatorias– para determinar su valor como prueba de cargo. Y esto se vuelve aún más importante, cuando se trata de un testigo indirecto.

Finalmente, si le sumamos a estas circunstancias que se trata de un testigo coimputado en otra causa y que, como surgió en la audiencia de debate, su pareja pidió la recompensa ofrecida para quienes aportaran datos sobre el homicidio de Sebastián Prado, entonces no puede sino concluirse que las sospechas de la defensa en relación con la parcialidad del testigo debían ser, al menos, escuchadas.

Por ello, los elementos de convicción ofrecidos y rechazados por el juez técnico le vedan al jurado el acceso al verdadero sentido de la declaración, sentido que se refiere al valor de esta prueba como fundamento principal del veredicto de culpabilidad que pesa contra Morales Nievas.

El juez no debió rechazar la prueba ofrecida por la defensa, la cual, no pretendía ser de carácter, sino que apuntaba a problematizar el posible interés ganancial del imputado en el proceso.

No había razones para rechazar estas pruebas y, al hacerlo, el magistrado interviniente no sólo vició una de las premisas más importantes con las que contó el jurado popular para razonar válidamente en relación con las cuestiones propuestas, sino que, a su vez, anuló injustificadamente la estrategia de la defensa de Morales.

Es que, al tratarse de un delito amenazado con pena de prisión perpetua, se vuelve especialmente imperioso dotar al proceso penal de la garantía de imparcialidad. Y esta garantía no se encuentra resguardada si se le impide al imputado contradecir la prueba de cargo de la forma más amplia posible, lo cual se le ha dificultado a la defensa al rechazársele sin buenos argumentos el presentar la prueba supra referida.

Dicho con otras palabras, en supuestos de delitos graves el juez técnico debe ser especialmente cuidadoso al momento de velar por que el imputado goce efectivamente de amplitud probatoria, siempre y cuando se trate de elementos que con aptitud cualitativa y cuantitativa para probar la hipótesis defensiva.

Y la razón que subyace a este entendimiento no es otra que la necesidad de reducir a un mínimo umbral el margen de error judicial, en este caso, puesto en cabeza del jurado popular, encargado de emitir el veredicto de culpabilidad o no culpabilidad.

c.- Conclusión

Conforme las consideraciones expuestas, puede alcanzarse la siguiente conclusión en relación con el recurso interpuesto:

En un juicio como el que ahora se analiza, donde una de las pruebas centrales del caso de la acusación consiste en el testimonio de carácter indirecto de una persona coimputada en otra causa, debe permitírsele a la defensa aportar los elementos que estime necesarios para acreditar la parcialidad de la declaración, si así lo creyera pertinente.

Al no habersele brindado esta posibilidad, le asiste razón al recurrente al cuestionar el veredicto de culpabilidad emanado del jurado popular como una derivación razonada de la prueba rendida en juicio, cuyo sentido, en tanto premisa de la que parte el jurado para responder a las cuestiones planteadas, continúa aun oculto.

Por lo señalado, considero que debe contestarse de manera afirmativa a la primera cuestión planteada.
ASÍ VOTO.

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

Sobre la misma cuestión, los Dres. Mario D. Adaro y Omar A. Palermo adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Marcos Jonathan Morales Nievas.
- 2.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.

3.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

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

23- HERRERA. 27-07-20.

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

Web: https://www2.ius.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200727_FcHerrera.pdf

Lex: Art. 79 y 42 del CP.

Vox: Homicidio simple agravado. Arma de fuego. Tentativa. Coautoría.

Summa:

El **TPC** condenó a Nazareno Nicolás Herrera, Enzo Ariel Herrera Morales y Exequiel Germán Herrera como coautores del delito de homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego, en grado de tentativa, en calidad de coautores, a la pena de **seis años, siete años y seis años de prisión**, respectivamente (art. 79 CP).

Las **defensas** interponen recursos de casación. (Art. 474 del CPP)

El **Procurador General** entiende que deben ser rechazados los recursos casatorio promovidos.

La **SCJM** rechazó los recursos de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 780, pronunciada por el TPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Geredus
- Guiñazú Samo.

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

Fallo:

**CUIJ: 13-04955234-8/1((018602-58073)) FC/ HERRERA NAZARENO Y HERRERA EXEQUIEL G.P/
HOMICIDIO SIMPLE ... (58073) 58073/18) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105124519***

En Mendoza, a los veintisiete días del mes de julio del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04955234-8/1, caratulada "F. C/ HERRERA NAZARENO Y OTS. P/HOMICIDIO SIMPLE S/ CASACIÓN".

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

La defensa de Nazareno Nicolás Herrera, Enzo Ariel Herrera Morales y Exequiel Germán Herrera interpone recurso de casación (fs. 802/811 vta.) contra la Sentencia N° 780 (fs. 790 y vta.) y sus fundamentos, mediante la cual el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial condenó a los nombrados como coautores del delito de homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego, en grado de tentativa, en calidad de coautores, a la pena de seis años, siete años y seis años de prisión, respectivamente (art. 79 CP).

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO:

I.- Sentencia recurrida

El juez sentenciante tuvo por acreditado con la certeza requerida para el dictado de una sentencia condenatoria que «el día 18 de julio de 2018, siendo las 18:30 hs., aproximadamente, los imputados [Nicolás Herrera Nazareno, Enzo Ariel Herrera Morales y Exequiel Germán Herrera] a bordo de un vehículo Volkswagen Gol color gris que conducía Exequiel Herrera, en el lugar del hecho, calles San Alberto y Puelches de Godoy Cruz, interceptaron a la víctima, Brian Castillo, quien caminaba junto con sus amigos Matías Cabrera y Nazareno Escobar, efectuándole varios disparos con un arma de fuego calibre 40 Enzo Herrera Morales a corta distancia, mientras que Nazareno Herrera le apuntaba con otra arma Bersa alentándolo, ocasionándole al mismo numerosas heridas, para luego darse a la fuga del lugar» (f. 793). Para decidir en tal sentido, el a quo valoró los descargos de los imputados, las declaraciones testimoniales rendidas por la víctima, su madre, sus hermanos, sus amigos, vecinos del lugar y funcionarios policiales, así como las constancias del acta de procedimiento, el examen físico del imputado, los informes practicados por Policía Científica y la demás prueba válidamente incorporada al proceso.

II.- Recurso de casación

La defensa considera que la sentencia condenatoria dictada en contra de su representado padece vicios in procedendo e iudicando. En relación con los primeros, sostiene que no se ha probado suficientemente la autoría del hecho. En esta línea, advierte que los jueces sentenciantes no habrían explicado suficientemente por cuáles razones el testimonio de la víctima es posicionado en un lugar central del razonamiento, no siendo despejadas correctamente sus contradicciones. Deriva de esta objeción, asimismo, una crítica a los testimonios de la familia de Brian Castillo, así como a las declaraciones de los amigos que lo acompañaban al momento del hecho.

En relación con los segundos, entiende que no se ha justificado debidamente la pena impuesta a los acusados.

Así, destaca que no se entiende por qué a Enzo Herrera le cabría una pena mayor que al resto de los intervinientes, del mismo modo que no se habrían valorado como atenuantes la juventud de los imputados y la falta de antecedentes en el caso de Enzo Herrera y Nicolás Herrera Nazareno.

Con base en esta visión de los hechos, expresa en subsidio que, en caso de ser confirmada la autoría de sus pupilos, se case la sentencia y se imponga la pena mínima del delito. Realiza reserva del caso federal.

III.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General entiende que corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto (fs. 829/831). Después de analizar los argumentos vertidos por la defensa, destaca que el tribunal, con sólidos fundamentos, justificó el valor dado a los testimonios de la víctima, su familia y amigos.

En la misma línea, subraya que la prueba ofrecida en la sala de debate no permite de modo alguno abrir un espacio para el principio de la duda respecto a la coautoría de los acusados.

Esta aproximación al caso en el nivel de la valoración de la prueba es trasladada de manera directa al nivel de la determinación de la pena y, así, descarta cualquier oscuridad en los montos de las penas impuestas.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

En adelanto de las conclusiones que se desprenden de los argumentos a formular, entiendo que corresponde rechazar el recurso casatorio impetrado.

En un primer momento, la defensa ataca la actividad de valoración de la prueba llevada a cabo por el a quo que sustenta la sentencia condenatoria. Ello, con el fin de introducir una duda que conduzca a la absolución de sus representados.

En esta tarea, objeta, en primer lugar, el testimonio de la víctima.

Mientras que el tribunal afirma que resulta central el testimonio de Brian Castillo, el cual aprecia como claro en cuanto a la mecánica del hecho y la individualización de los intervinientes, la defensa opone que en la sentencia no se han explicado los motivos por los que se alcanza dicha conclusión respecto de esta prueba. En este sentido, traza una estrategia argumentativa que problematiza dos aspectos de su testimonio.

Por un lado, el recurrente expresa que existe un aspecto oscuro en el testimonio de la víctima respecto al modo en que se enteró de la discusión previa al hecho entre Exequiel Herrera y su hermano Elías: mientras

que Brian Castillo explicó que se enteró después del hecho –cuando su madre le contó con base en lo que le había dicho su hermano–, en la síntesis del a quo obraría que dijo haberse enterado por teléfono. Asimismo, respecto de esta discusión, la defensa afirma que la víctima había dicho que Exequiel Herrera lo iba a matar, pero esto no fue ratificado por su hermano Elías quien, por el contrario, afirmó que la amenaza consistió en que lo iba a «cagar a trompadas».

Una aproximación estructuralmente análoga la realiza frente a los testimonios de Cabrera y Escobar, quienes acompañaban a Brian Castillo en el momento de la agresión.

En efecto, según el punto de vista propuesto, ambos declararon durante la investigación penal preparatoria que no habían identificado a ninguno de los atacantes. Por otro lado, la defensa critica que el tribunal no valoró que la víctima vio a «un Flores» y, al mismo tiempo, expresó que se lo dijo la gente que estaba en el lugar.

Ello demostraría, para la defensa, la ganancialidad en la declaración de la víctima, así como que, en verdad, no supo quién le disparó. Acto seguido, y sin brindar argumentos adicionales, señala que los testimonios de la familia Castillo también serían parciales. Agrega en sustento de esta tesis que, al ingresar al nosocomio, después de sufrir las heridas, Brian Castillo habría mencionado a Flores como autor de los disparos, lo cual surge de la entrevista realizada por la guardia policial del Hospital Paroissien.

Presentado el agravio en detalle, se advierte que la defensa busca generar una duda respecto a la autoría con base en la introducción de una hipótesis que sindicada a la familia Flores como la responsable del hecho.

Así, toma los matices en la declaración de la víctima –junto con la de los testigos de cargo– y los articula con el hecho de que Allan Castillo (hermano de la víctima) se encontraría preso por el homicidio de Esteban Flores. Circunstancia que, en la hipótesis de la defensa, podría haber motivado una venganza sobre Brian Castillo.

Sin embargo, esta hipótesis alternativa a la de la acusación, construida –como dije– sobre algunos de los aspectos oscuros de los testimonios de cargo y la enemistad entre la familia Castillo y la familia Flores, no alcanza a fisurar el razonamiento del tribunal de juicio.

Es que la defensa no tiene en cuenta que existe numerosa prueba de cargo que desvirtúa lo que ella considera contradicciones y le quita verosimilitud a la versión de los hechos que sugiere en su recurso.

Entre estos elementos de prueba valorados por el tribunal de la instancia anterior que me convencen de los aciertos de la resolución criticada, se destacan, además de las declaraciones testimoniales que referiré a continuación, el acta de procedimiento que da cuenta de la existencia de vainas servidas, manchas hemáticas y el traslado de la víctima herida al Hospital Paroissiens, así como el secuestro de un arma de fuego, el informe de barrido electrónico del Cuerpo Médico Forense que determinó que los disparos fueron ejecutados a una distancia de 1,5 a 2 metros y el informe de lesiones que determinó que los disparos fueron ejecutados con el fin de acabar con la vida de la víctima.

Estas pruebas son categóricas en relación con las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se produjo el hecho. En lo que respecta a los testimonios rendidos en sede de debate, particularmente el de la víctima, no debe perderse de vista lo traumático de la situación vivida ésta, lo cual posiblemente explique algunas imprecisiones en su relato.

A igual conclusión puede llegarse en el caso de Nazareno Escobar, que justificó las variaciones en su relato refiriendo que tenía miedo debido a que uno de los coautores del hecho en ese momento se encontraba prófugo. Testimonio que fue rendido sin la presencia de los imputados –al igual que en el caso de Matías Cabrera– y que fue calificado por el tribunal de «claro, certero y congruente con los hechos acontecidos» (f. 794). Tanto Nazareno Escobar como Matías Cabrera confirmaron las circunstancias de tiempo, modo y lugar de la agresión, así como –respecto del testimonio de Nazareno Escobar– que fueron los acusados Enzo Herrera y Nicolás Herrera Nazareno los que descendieron del coche y agredieron a Brian Castillo.

A su vez, no parece verosímil que, de aceptarse la versión defensiva, se alcance la conclusión de que ninguno de los testigos directos del hecho consiguió identificar a los autores de los disparos. Mas aún, considerando que eran conocidos del barrio.

Es que, debido a la mecánica del hecho, la hora de su ejecución y el modo en que se llevó a cabo, no es probable que la víctima o sus dos acompañantes se hayan visto imposibilitados de identificar a alguno de los responsables.

Este último argumento, sumado al sentido de los indicios y las pruebas válidamente incorporadas al proceso, me termina de convencer de la corrección del razonamiento del tribunal de juicio y, a la inversa, de que en esta instancia corresponde desestimar el recurso.

En un segundo momento, la defensa cuestiona, por ausencia de fundamentación, la pena impuesta a cada uno de los intervinientes.

En este plano, la estrategia defensiva ataca tanto la pena dictada contra Enzo Herrera –aquí la defensa se pregunta por qué se le impusieron siete años de prisión, mientras que a Nicolás Herrera Nazareno y Exequiel Herrera le aplicaron seis años– como la no consideración de circunstancias atenuantes que concurrirían en los condenados y ameritarían una sanción menor.

Este planteo es subsidiario al anterior, es decir, para el caso de que no fuera acogida la crítica a la prueba de la autoría; y por ello debe ser ahora tratado.

En primer término, debe decirse que el tribunal de juicio determinó la pena para cada uno de los acusados con base en la gravedad de las lesiones sufridas por Brian Castillo, así como su edad al momento del hecho y las limitaciones motoras producidas consecuencia del ataque.

Finalmente, en tanto agravantes refirió el modo de comisión del hecho, sorpresivo, con armas de fuego de grueso calibre y mediante tres personas, así como el haber continuado disparando cuando la víctima se encontraba en el suelo. Respecto de los siete años impuestos a Enzo Herrera, la entidad de su sanción se deriva lógicamente de las razones que explican la menor pena impuesta a Nicolás Herrera Nazareno y Exequiel Herrera.

En efecto, el a quo expresa que «respecto de Exequiel Herrera [ha] estimado una pena coincidente con la de Nazareno Herrera, pues si bien su grado de injusto resultaría menor por haberse mantenido a bordo del vehículo y no hacer uso de armas de fuego, sin embargo, es quien protagoniza el incidente previo con la posterior admonición hacia la víctima y, además, ésta representa su segunda condena» (fs. 800).

Este párrafo es central. Ello en tanto, de una atenta lectura puede deducirse la gradualidad del razonamiento del a quo al momento de mesurar la pena. Así, parte de la idea de que Exequiel Herrera habría realizado –en el marco de la coautoría– una aportación de entidad menor frente a los

cointervinientes: mantenerse a bordo del vehículo esperando a Enzo Herrero y Nicolás Herrera Nazareno. De allí se deriva, en consecuencia, que la proximidad de estos dos últimos con la ejecución del hecho ameritaría un reproche mayor.

Sin embargo, el a quo al continuar agregó que, no obstante ello, en el caso de Exequiel Herrera también habría impulsado el hecho en la etapa pre-ejecutiva, así como que alentaba a Enzo Herrera a ultimar a la víctima.

Así, justifica los seis años de prisión impuestos. Seis años de prisión que también son impuestos contra Nicolás Herrera Nazareno, quien, si bien no contaría con la ventaja de haber realizado una aportación de entidad menor –al no mantenerse a distancia del específico modo de comisión del hecho, tal como hizo Exequiel Herrera al permanecer en el automóvil–, tampoco su situación puede ser equiparada con la de Enzo Herrera, pues este fue quien ejecutó de propia mano todos los disparos.

Así, de estas consideraciones se desprende que el juez ha considerado justo y proporcional la imposición de una pena de siete años de prisión para Enzo Herrera por haber sido la persona que configuró el ataque en su específica forma de aparición, en tanto ejecutor de los disparos, más allá de actuar en un contexto de división de tareas. Por último, entiendo que la sentencia tampoco puede ser invalidada por omitir considerar las circunstancias atenuantes del hecho.

De hecho, el tribunal de la instancia anterior realizó una específica referencia a la edad de los imputados, la inexistencia de antecedentes computables en cabeza de Enzo Herrera y Nicolás Herrera Nazareno, su menguada calificación laboral y el no haber concluido la escuela secundaria.

En definitiva, entiendo que el agravio defensivo no alcanza a nulificar la actividad del tribunal de juicio en el nivel de la individualización de la pena.

Así, validada la interpretación de la prueba llevada a cabo por el a quo y descartado cualquier defecto en la actividad de determinación de la pena, entiendo que corresponde rechazar la pretensión defensiva en su totalidad y, así, confirmar la sentencia tanto en el nivel de la valoración de la prueba, como en el nivel de la aplicación del derecho.

En conclusión, con base en las consideraciones precedentes, estimo que debe contestarse de manera negativa la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazarse el recurso interpuesto por la defensa técnica de Enzo Herrera, Exequiel Herrera y Nicolás Herrera Nazareno.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

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

Voto Dr. Valerio. Por su voto.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, POR SU VOTO DIJO: Puesto a resolver el recurso en análisis debo señalar que coincido con la solución a la que llega mi colega preopinante. De tal manera, considero que debe ser contestada de manera negativa la primera cuestión planteada.

Ahora bien, en relación con la escala que corresponde tener cuenta para la tentativa, me remito a la postura oportunamente expuesta en el precedente «**Guiñazú Samo**».

Si bien ese criterio no fue el utilizado por el tribunal de la instancia anterior, la sentencia no puede ser invalidada debido a que el recurso fue promovido por el acusado (**art. 462, segundo párrafo, segunda parte, CPP**). ASÍ VOTO.

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

Sobre la misma cuestión los Dres. MARIO D. ADARO Y JOSÉ V. VALERIO, adhieren al voto que antecede.

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

Sobre la misma cuestión los Dres. MARIO D. ADARO Y JOSÉ V. VALERIO, adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Nazareno Nicolás Herrera, Enzo Ariel Herrera Morales y Exequiel Germán Herrera.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad
- 3.- Tener presente la reserva federal formulada.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

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

24- CALDERONE. 28-07-20.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200728_FcCalderone.pdf

Lex: Art. 79, 41 bis, 166, 167, 149 Bis, 277 del CP

Vox: Homicidio simple agravado. Robo agravado. Efracción. Poblado y banda. Arma de fuego. Amenazas. Coacciones. Abuso de arma. Encubrimiento. Concurso real. Valoración de la prueba. Perspectiva de género.

Summa:

El **TPC** condenó, respectivamente, a las penas de quince años, siete años, y tres años y seis meses de prisión a:

- a- **Bustos**, por entenderlo autor de los delitos de amenazas agravadas, daño simple y violación de domicilio (autos n° P-100.159/16), amenazas coactivas agravadas (autos n° P-100.053/16), amenazas coactivas agravadas en concurso real con abuso de armas (autos n° P-25.655/16) y encubrimiento simple (autos n° P-89.544/16), y amenazas coactivas agravadas (autos n° P-63.318/16). Además, por considerarlo coautor de los delitos de encubrimiento simple (autos n° P-116.586/16) y robo agravado por efracción en concurso ideal con robo agravado por ser en poblado y en banda (autos n° P-55.903/14). Todo ello, en concurso real.
- b- **Calderone**, por hallarlo coautor de los delitos de homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego (autos n° P- 10.724/15), robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por corroborada en concurso ideal con el delito de robo agravado por el uso de arma (autos n° P- 117.848/16), encubrimiento simple (autos n° P- 116.586/16), encubrimiento agravado (autos n° P- 116.144/16) y robo agravado por efracción en concurso ideal con robo agravado por ser en poblado y en banda (autos n° P- 55.903/14).
- c- **Godoy**, por responsabilizarlo como coautor de los delitos de robo agravado en poblado y en banda en grado de tentativa (autos n° P- 78.065/13), robo agravado por efracción en concurso ideal con robo agravado por ser en poblado y en banda (autos n° P- 55.903/14), y robo simple en concurso real con encubrimiento (autos n° P142.489/12).

La **defensa de los acusados** interpone recursos de casación. (Art. 474 del CPP)

El **Procurador General** entiende que deben ser rechazados en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó los recursos de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 785, pronunciada por el TPC N° 2- 1° CJ.

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

Fallo:

CUIJ: 13-04955360-3/1((018602-10724)) FC/ CALDERONE VALDEZ JAVIER E. P/ HOMICIDIO SIMPLE AGRAVADO POR EL EMPLEO DE ARMA DE FUEGO (10724) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105124677*

En Mendoza, a los veintiocho días del mes de julio del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04955360-3/1 caratulados “F. C/ CALDERONE VALDEZ JAVIER P/HOMICIDIO SIMPLE AGRAVADO... P/CASACIÓN”.

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

La defensa de los acusados Javier Ezequiel **Calderone** Valdez, Oscar Nicolás **Bustos** y Job Antonio **Godoy Sosa**, interpone recurso de casación contra la Sentencia N° 785 y sus fundamentos (fs. 788/800 vta., fs. 756/758 y fs. 769/786, respectivamente), dictados por el Segundo Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial, en tanto condenó a los nombrados, respectivamente, a las penas de quince años, siete años, y tres años y seis meses de prisión, por considerarlos penalmente responsable de los siguientes delitos.

A Oscar Nicolás **Bustos**, por entenderlo autor de los delitos de amenazas agravadas, daño simple y violación de domicilio (autos n° P-100.159/16), amenazas coactivas agravadas (autos n° P-100.053/16), amenazas coactivas agravadas en concurso real con abuso de armas (autos n° P-25.655/16) y encubrimiento simple (autos n° P-89.544/16), y amenazas coactivas agravadas (autos n° P- 63.318/16). Además, por considerarlo coautor de los delitos de encubrimiento simple (autos n° P-116.586/16) y robo agravado por efracción en concurso ideal con robo agravado por ser en poblado y en banda (autos n° P- 55.903/14). Todo ello, en concurso real.

Al acusado Javier Ezequiel **Calderone**, por hallarlo coautor de los delitos de homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego (autos n° P- 10.724/15), robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por corroborada en concurso ideal con el delito de robo agravado por el uso de arma (autos n° P- 117.848/16), encubrimiento simple (autos n° P- 116.586/16), encubrimiento agravado (autos n° P- 116.144/16) y robo agravado por efracción en concurso ideal con robo agravado por ser en poblado y en banda (autos n° P- 55.903/14).

Todo ello, en concurso real. Al imputado Job Antonio **Godoy**, por responsabilizarlo como coautor de los delitos de robo agravado en poblado y en banda en grado de tentativa (autos n° P- 78.065/13), robo agravado por efracción en concurso ideal con robo agravado por ser en poblado y en banda (autos n° P- 55.903/14), y robo simple en concurso real con encubrimiento (autos n° P142.489/12).

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

I.- La resolución recurrida

La sentencia mencionada tuvo por acreditadas diversas plataformas fácticas endilgadas a los mencionados Javier Calderone Valdez, Oscar Nicolás Bustos y Job Godoy Sosa. De la presentación de la defensa se deduce una disconformidad con la solución adoptada en las siguientes causas.

a-Autos N° P 10724/15

a-En las actuaciones n° P-10.724/15, el tribunal dio por corroborado que «para fecha 05 de febrero de 2015, siendo aproximadamente las 23.2 hs., Roberto Campanelli [...] junto a Javier Ezequiel Calderone Valdez, se presentaron en el domicilio de Barrio Jardín El Challao manzana “K” casa 13 de Las Heras Mendoza, ingresaron al patio delantero de la vivienda ya dos metros de distancia aproximadamente, ambos sujetos efectuaron disparos con sendas armas de fuego hacia el interior de la casa, en donde se encontraba Giulliano Alexis Romero y su familia, manifestándoles “ya van a ver, los vamos a matar”, a la vez que los apuntaban con las armas. Los proyectiles impactaron en Giuliano Alexis Romero, quien presentó herida de arma de fuego en muslo izquierdo con orificio de entrada con herida quirúrgica, herida de arma de fuego a nivel escapular derecho con orificio de entrada y el orificio de salida se encontró a nivel anterior, herida de arma de fuego en brazo derecho con aparente orificio de entrada (suturado) y sin orificio de salida, las heridas descriptas provocaron un shock hipovolémico que causaron su fallecimiento» (ver fundamentos, fs. 782 vta.).

b-Autos N° P 25655/16

b-En el marco de los autos n° P-25.655/16, el tribunal entendió probado que «el día 09 de marzo de 2016, siendo las 09.30 horas aproximadamente, Alejandra Victoria Sosa se encontraba en su domicilio en Barrio Los Peregrinos manzana “D”, casa 01, de Godoy Cruz, Mendoza, cuando se hicieron presentes su ex pareja Oscar Nicolás Bustos y la actual suegra de éste, Carolina Jaure. Una vez en el lugar, Bustos tomó a Alejandra Sosa de los cabellos y la sacó al patio donde discutieron y donde el encartado comenzó a propinarle golpes de puño en la cabeza y en la espalda, sin lesionarla, al tiempo que le expresó: “te vas a tener que ir gila de acá porque esta casa es mía”. Intertanto, carolina Jaure tomó un palo de escoba [...] y comenzó a pegarle con el mismo a la víctima, causándole hematomas en las piernas y en los brazos [...]. Posteriormente, mientras esto ocurría, Bustos apuntó con un arma de fuego [...] a Sosa, a una distancia de dos metros aproximadamente, cargó el arma, lo que provocó que Sosa instintivamente se cubriera el rostro y a su hijo de dos años que tenía alzado y se escondió detrás de un auto que estaba estacionado en el garaje, momento en que Bustos disparó el arma de fuego una sola vez hacia su persona, sin lograr herida, luego de lo cual ambos agresores se retiraron del lugar» (ver fundamentos, fs. 777 vta.).

c- Autos N° P 100053/16

c. En el marco de los autos n° P-100.053/16, el tribunal consideró corroborado que «el 23 de septiembre de 2016, siendo las 14.40 horas, el imputado Oscar Nicolás Bustos se hizo presente en el interior del domicilio sito en Barrio Soberanía Argentina, manzana “E”, casa 31 de Carrodilla, Luján de Cuyo, y le manifestó a Alejandra Victoria Sosa que se fuera con él o la iba a cagar matando, exigiéndole a la víctima que se fuera con él, a lo que Sosa se negó» (ver fundamentos, fs. 778).

d- Autos N° P 100159/16

d. En la causa n° P-100.159/16, el a quo estimó acreditado que «el día 02 de octubre de 2016, siendo las 13.25 horas aproximadamente, Alejandra Victoria Sosa se encontraba en el interior del domicilio sito en

Barrio Soberanía Argentina manzana “E” casa 31 de Carrodilla Luján de Cuyo, Mendoza, oportunidad en que su ex pareja Oscar Nicolás Bustos ingresó sin autorización al mismo. Que una vez que llegó a la cocina comedor del domicilio, le manifestó que quería hablar con ella, y al dirigirse ésta hacia el umbral de la puerta del lugar, Oscar Nicolás Bustos le manifestó que saliera y que se fuera con él. Frente a la negativa de la víctima, el encartado la tomó de los cabellos con una mano y con la otra sacó un arma de fuego que llevaba en la cintura. En el acto, Alejandra Victoria Sosa salió corriendo hacia el interior del domicilio y se encerró [...] en el baño junto a su hijo [menor de edad]. Por lo que el sindicado volvió a ingresar al domicilio sin autorización y efectuó golpes de puño contra la puerta de madera del baño, dañándola a la altura de la cerradura, y abriéndola con intención de sacar a la víctima, todo lo cual fue impedido por [...] familiares de Alejandra Victoria Sosa» (ver fundamentos, fs. 778 vta.).

e- Autos N° P 55903/14

e. En el marco de la causa n° P-55.903/14, el tribunal de juicio entendió corroborado que, «el día 28 de mayo de 2014, en horas de la mañana, Oscar Nicolás Bustos, Job Antonio Godoy Sosa y Javier Ezequiel Calderone, [cortaron] la tela romboidal que hace de cierre perimetral de la propiedad sita en calle Guardia Vieja n 249, de Chacras de Coria, Luján de Cuyo, Mendoza, ingresaron a la misma. Estando allí, desprendieron la reja de la ventana de la cocina de la vivienda, rompieron los vidrios de la misma y del interior sustrajeron [una serie de elementos que obran detallados en la pieza requisitoria de fs. 124/126, a la que me remito en honor a la brevedad].

Luego, cargaron todos los elementos [sustraídos] en un vehículo Fiat Uno Dominio AHO-038, dándose a la fuga, siendo aprehendidos posteriormente por personal policial [...]» (ver fundamentos, fs. 783).

f- Autos N° P 116586/16

f. En el contexto de los autos n° P-116.586/16, el a quo consideró probado que «los encartados Oscar Nicolás Bustos, Jonas Luis Herrera Astudillo y Javier Ezequiel Calderone recibieron el vehículo marca Chevrolet Celta dominio MCN-407 sobre el que se pesaba un pedido de secuestro activo, entre las 11.30 Hs. del día 24 de noviembre de 2016, cuando el mismo fue sustraído a la ciudadana Susana Nelly Capo [...]; y Las 13.05 hs. del día 26 de noviembre de 2016, cuando el rodado de mención fue habido por personal policial» (ver fundamentos, fs. 780).

g- Autos N° P 116144/16

g. Finalmente, en la causa n° P-116.144/16, el tribunal consideró acreditado que «el 18 de noviembre de 2016, aproximadamente a las 12.50 horas, frente al domicilio sito en calle Lugones 6326, del Barrio Santa Ana, Guaymallén, cuando Edgardo Norberto Gil Ponce, estaba por ascender a su automóvil marca Peugeot 308 dominio MXA 254, fue sorprendido por tres personas no identificadas [...] le sustrajeron el vehículo mencionado, dándose a la fuga en el mismo.

Entre la fecha del robo y el 22 de noviembre de 2016, antes de las 14.00 horas, los imputados Javier Ezequiel Calderones y Jonás Luis Herrera, sabiendo que el vehículo provenía de un delito, lo recibieron y lo dejaron estacionado en calle Pasera 1465, de Rodeo de la Cruz, Guaymallén» (ver fundamentos, fs. 780 vta.). Para entender que las plataformas descriptas se encontraban corroboradas, el tribunal de instancia previa valoró la prueba testimonial ofrecida por las partes y la diversa prueba instrumental incorporada.

Al respecto, indicó que la prueba de cargo se revelaba decisiva e indiscutible, en todas las causas, en la acreditación de las circunstancias fácticas como de la intervención atribuida a los acusados (ver fundamentos, fs. 777).

II.- El recurso de casación de la defensa

La defensa impugna la resolución antes individualizada en razón de lo dispuesto por el art. 474, incs. 1 y 2 del CPP de la provincia de Mendoza.

Al respecto, repasa los fundamentos del tribunal de juicio e indica que la acusación y la sentencia condenatoria están apoyadas en valoraciones contradictorias y parcializadas de los testimonios de cargo. Conforme con la enumeración propuesta, los agravios se resumen en los siguientes aspectos. Respecto de la condena de Javier Calderone por homicidio agravado (causa a del apartado I), el recurrente indica que el tribunal ha parcializado la declaración de Ariel Romero, hermano de la víctima.

Señala que el testigo identificó en el debate al acusado, como uno de los autores del homicidio pero que, durante la investigación penal preparatoria, sostuvo que el homicida de su hermano había sido otro sujeto.

Respecto de los delitos de amenazas coactivas por los que se condenó a Oscar Bustos (causas b, c y d del apartado I), la defensa indica que la declaración de la presunta víctima de los hechos no cuenta con ninguna corroboración objetiva o subjetiva.

Además, entiende que no se cumplen las condiciones objetivas y subjetivas del tipo penal. Al respecto de las condenas de todos los acusados, por el delito de robo agravado por efracción y en poblado y en banda (causa e del apartado I), la defensa critica la falta de elementos probatorios para afirmar la intervención de sus representados.

Refiere que la condena se basa, solamente, en las circunstancias temporo-espaciales que rodearon el hecho. Sostiene que se han vulnerado las reglas del concurso en la unificación de condenas de Job Antonio Godoy Sosa y manifiesta que la pena finalmente unificada debió fijarse en tres años con los beneficios de la ejecución condicional.

Finalmente, indica que las condenas por los delitos de encubrimiento endilgados a Javier Calderone (causas f y g del apartado I) sufren del mismo vicio, en tanto que, según su criterio, los informes papiloscópicos que vinculan al acusado no son suficientes para tener por corroboradas las plataformas acusadas.

Formula reserva del caso federal y solicita informar oralmente.

III.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General, tras evaluar la presentación recursiva, advierte que debe ser rechazada formalmente. Al respecto, repasa cada uno de los agravios esbozados por la defensa y afirma que ha fundado sus agravios de forma insuficiente, reduciendo su presentación a un esbozo de motivaciones generales.

Recuerda al respecto que, si bien la admisión formal de los recursos ha sido ampliada en virtud de las consideraciones incorporadas por la Corte nacional en el caso «Casal», ello no obsta a que el recurso intentado explicita los motivos que fundan el pedido de revisión por parte de un tribunal superior.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

Puestos en consideración los motivos de agravio invocados por la parte recurrente, adelanto mi posición en el sentido que corresponde rechazar la presentación recursiva y, en consecuencia, debe confirmarse la sentencia cuestionada. Doy razones.

El agravio relativo a la condena de Javier Calderone por homicidio agravado, dictada en el marco de los autos n° P-10.724/15 (causa a. del apartado I), debe ser desestimado, puesto que implica la reedición de una estrategia que fue descartada adecuadamente por el tribunal de sentencia y que, en esta instancia, es invocada sin buenas razones para demostrar la arbitrariedad o el error en el razonamiento condenatorio.

En efecto, la estrategia que aducía a una contradicción o discordancia en el testimonio de Ariel Romero, para sostener la falta de precisión respecto de la intervención del acusado –por cuanto, según el testigo, Calderone habría disparado hacia arriba y no hacia la víctima–, fue analizada por el tribunal de sentencia y contrarrestada con los demás testimonios ofrecidos en esta causa.

De esta manera, a pesar de la advertencia de la defensa, el tribunal destacó la coherencia de las declaraciones de Jélica Belén Muñoz y de Paola Belén Río, así como de los dichos de Graciela Tejerina y Yanina Roca –sentados en el acta de procedimiento de fs. 12/14–, para tener por corroborado que el acusado Calderone también había disparado contra Alexis Romero.

No obstante ello, el tribunal también dio razones dogmáticas para explicar por qué, aún en la certeza de que la hipótesis defensiva fuese cierta –esto es, que el acusado no disparó contra el cuerpo de Romero, sino hacia el cielo para amedrentar a quienes acompañaban a la víctima–, existían razones para considerarlo coautor del hecho (ver fundamentos, fs. 781 vta./782).

Según entiendo, las consideraciones del tribunal de juicio sobre este aspecto de la prueba son adecuadas. No sólo midió la credibilidad del testimonio del hermano de la víctima a partir de otras declaraciones testimoniales que se muestran coherentes con ella, sino que, además, explicó por qué la versión defensiva de los hechos no controvierte la hipótesis acusatoria.

En otras palabras, el análisis de las actuaciones demuestra que la parte recurrente no ha refutado ninguna de las consideraciones del tribunal sobre este tramo de los hechos, razón por la que, según se adelantó, debe desestimarse el agravio.

Al respecto de los delitos de coacciones endilgados a Oscar Bustos en las causas n° P-25.655/16, P-100.053/16 y P-100.159/16 (causas b., c. y d. del apartado I), deben desestimarse los agravios que indican, tanto que la declaración de la víctima de los hechos no cuenta con apoyo en otros elementos de prueba que la corroboren, como que no se encuentran corroborados los elementos típicos de los delitos controvertidos.

Al respecto debe decirse, por un lado, que la defensa no contribuye con argumentos adecuados para explicar su posición, en el sentido de que la declaración de Victoria Sosa no cuenta con respaldo suficiente en otros elementos de prueba.

En efecto, se advierte que el recurso no contiene precisiones acerca del modo en que el plexo probatorio incorporado controvierte la credibilidad otorgada a la testigo.

Con ello, debe destacarse que las actuaciones demuestran que el tribunal de juicio encontró diversos elementos de apoyo a los dichos de Sosa.

En este sentido, entiendo que es adecuada la postura del tribunal, en tanto que, no sólo valoró los dichos de la víctima con perspectiva de género –por cuanto advirtió las características típicas del círculo de violencia presente en su relación con el acusado– sino también, puesto que halló suficientes elementos de corroboración periférica.

Así, se destacan los informes de valoración de riesgo y de sanidad policial practicados a Sosa, las declaraciones testimoniales del funcionario policial Estabilla y de las ciudadanas Karen Cáceres y Dominga Millicay, el acta de procedimiento e inspección ocular y la carta de situación del C.E.O. (ver fundamentos, fs. 777 y vta.).

Por otro lado, no puede soslayarse que la defensa tampoco ha precisado qué elementos de prueba sugieren que las condiciones típicas de los delitos acusados a Bustos, no se encuentran presentes.

Se advierte en este aspecto que el recurrente sólo ha incorporado una crítica genérica, incapaz de controvertir la tarea valorativa del tribunal de sentencia.

Por su lado, el tribunal dio razones que estimo suficientes para tener por acreditadas las calificaciones endilgadas al acusado.

Así, por ejemplo, el a quo indicó que el acusado le dijo a la víctima en una oportunidad «que [se] fuera a vivir con él o [la] iba a cagar matando», esto es, que la amenaza iba dirigida a que el sujeto pasivo hiciera algo contra su voluntad, por lo que el hecho era interpretable como un supuesto de amenazas coactivas.

Asimismo, indicó que, en otra oportunidad, Bustos esgrimió un arma de fuego luego de que la víctima le dijera a este que no se iría con él, por lo que no se podía interpretar que los dichos del acusado estuvieran dirigidos a obligar a la víctima a hacer algo contra su voluntad, sino sólo a amedrentarla, y que, por esto, el hecho quedaba atrapado como un caso de amenazas simples agravadas (ver fundamentos, fs. 784). Estimo que también debe desestimarse el agravio vinculado a la condena de todos los acusados por el delito de robo agravado, dictada en el marco de los autos n° P-55.903/14 (causa e. del apartado I).

Al respecto puede afirmarse que las actuaciones de la causa no apoyan la idea recursiva, que denuncia la ausencia de prueba de cargo suficiente. En este marco, puede afirmarse que el tribunal de juicio valoró elementos de cargo suficientes para hallar certeza respecto de la intervención de los acusados en el hecho.

Así, deben señalarse el acta de procedimiento policial y el testimonio de Graciela Módica, víctima de los hechos.

De ambos elementos se desprende que los acusados fueron aprehendidos mientras transportaban en un vehículo los diversos elementos que habían sido identificados por Módica como sustraídos de su vivienda.

Además, también debe destacarse que la estrategia defensiva intentada en el debate fue descartada debidamente por el tribunal, al señalar que implicaba la mención de hipótesis que no tenían el debido respaldo probatorio (ver fundamentos, fs. 782 vta./783).

Al respecto de la crítica por la condena en los autos n° P-116.586/16 y P116.144/16, por distintos hechos de encubrimiento endilgados a Javier Calderone (causas f. y g. del apartado I), debe decirse que la defensa

no aportó, ni en la instancia de debate, ni en esta etapa recursiva, hipótesis racional alguna capaz de controvertir el estado convictivo alcanzado respecto de las acusaciones formuladas contra el acusado.

En efecto, el tribunal constató que, en ambas causas, las **huellas** del acusado fueron halladas en distintas partes de los vehículos que habían sido previamente sustraídos, y sostuvo que la lejanía del domicilio del acusado respecto del lugar de hallazgo de tales rodados, sumado a la falta de acreditación de una hipótesis que explicara por qué tales huellas se encontraban en los vehículos –tal como una actividad que demandara contacto diario con vehículos, como la mecánica automotriz, la pintura o el lavado–, eran elementos indiciarios dirimientes para tener por acreditada la figura penal endilgada (ver fundamentos, fs. 779 vta./780 vta.).

Por este motivo, entiendo que no existen razones adecuadas para afirmar, como lo hace la defensa, que el material de cargo valorado por el tribunal ha sido insuficiente. Finalmente, entiendo que la crítica de la defensa, que señala una vulneración de las reglas del concurso en la unificación de condenas de Job Godoy Sosa, debe ser desestimada.

Conforme surge de las actuaciones, el tribunal de juicio constató que el acusado Job Godoy Sosa había sido condenado, en el marco de las causas n° P-23.626/17 y P-57.638/17 tramitadas ante el Segundo Juzgado Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial, a la pena de dos años y seis meses de prisión de carácter condicional.

Asimismo, constató que dicha condena fue dictada en detrimento de las reglas del concurso, toda vez que las causas ventiladas ante su ministerio debieron ser controvertidas anteriormente –art. 58 del CP–.

Consecuente con este razonamiento, el a quo consideró que la sentencia condenatoria por él dictada debía ser tratada como la «primera condena», y revocó la condicionalidad de la que gozaba el acusado, para luego unificar las condenas en tres años y seis meses de prisión de cumplimiento efectivo (ver fundamentos, fs. 785 vta./786).

Ahora bien, si bien surge, prima facie, que el razonamiento del tribunal puede mostrarse incompleto, no existen buenas razones para sostener, como sugiere la defensa, que el resultado al que llega es inadecuado.

En efecto, atento a que, por efecto de la unificación de condenas, la primera condena desaparece y la sentencia unificadora debe ser considerada la única condena, el beneficio de la condicionalidad en la ejecución de la pena era posible, en abstracto, en este caso.

Sobre esta circunstancia, el tribunal no se ha expedido suficientemente. No obstante, el monto finalmente impuesto como producto de la unificación, según advierto, se muestra ajustado a los hechos por los que Job Godoy Sosa fue condenado.

En este sentido debe destacarse que, conforme con los hechos acreditados ante el Segundo Juzgado Penal Colegiado, en autos n° P-23.626/17 y P-57.638/17, Godoy Sosa fue hallado culpable de los delitos de amenazas simples, en concurso real con coacciones, y amenazas agravadas por el uso de arma en concurso ideal con abuso de armas.

Asimismo, que conforme con los hechos corroborados frente al Segundo Tribunal Penal Colegiado en los autos n° P- 78.065/13, P-55.903/14 y P-142.489/12, Godoy Sosa fue hallado culpable de los delitos de

robo agravado en poblado y en banda en grado de tentativa, robo agravado por efracción en concurso ideal con robo agravado por ser en poblado y en banda y robo simple en concurso real con encubrimiento.

Con ello, se observa que la pena unificada de Godoy Sosa se ha fijado en tres años y seis meses, siendo este un monto cercano al mínimo de la escala aplicable y ajustado a los hechos por los que fue condenado.

Contra estas circunstancias, el recurrente no ha dado razones para explicar por qué, conforme con todos los hechos corroborados, el tribunal debió fijar la pena en tres años y otorgar nuevamente los beneficios de la condicionalidad.

Por estos motivos, la crítica defensiva también debe ser rechazada en este punto. En conclusión, ha quedado demostrado que la sentencia que condena a los acusados, por distintos delitos y en distintas causas, no contiene los vicios de arbitrariedad anunciados por la parte recurrente.

El a quo ha contado con elementos de prueba suficientes y los ha valorado de manera apropiada para encontrar el grado de conocimiento necesario en la etapa procesal atravesada.

Además, de la presentación recursiva y de las actuaciones analizadas no se desprenden motivos adecuados para sostener, como indica la defensa, que la unificación de condenas del acusado Godoy Sosa merece una nueva pena unificada de ejecución condicional.

Por las razones expuestas precedentemente, entiendo que debe contestarse de manera negativa a la primera cuestión planteada, por lo que el recurso de casación formulado debe ser rechazado en esta instancia y, en consecuencia, debe confirmarse la sentencia controvertida. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio y Dr. Adaro. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO y MARIO D. ADARO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

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

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

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

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

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

SENTENCIA:

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

1.- No hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa de los acusados Oscar Nicolás Bustos, Javier Calderone Valdez y Job Godoy Sosa. En consecuencia, confirmar la Sentencia N° 785 y sus fundamentos, provenientes del Segundo Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial.

2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.

3.- Tener presente la reserva del caso federal.

4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

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

25- ELMELAJ. 30-07-20.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200730_FcElmelaj.pdf

Lex: Art. 79 y 41 bis; 189 bis inc. 2°, 1° párrafo; y 189 bis inc. 2°, 2° párrafo del CP.

Vox: Homicidio simple agravado. Arma de fuego. Tenencia ilegítima de arma de fuego. Valoración de la prueba. Determinación de la pena. Escala de gravedad continua.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **treinta y dos años de prisión** como autor del delito de homicidio agravado por el uso de arma de fuego, tenencia ilegítima de arma de fuego de uso civil, tenencia ilegítima de arma de guerra (arts. 79 y 41 bis; 189 bis inc. 2° párrafo primero; y 189 bis inc. 2° segundo párrafo del Código Penal).

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 del CPP)

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

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 792, pronunciada por el TPC N° 2- 1° CJ.

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

Fallo:

CUIJ: 13-05022472-9/1((018602-40790)) FC/ ELMELAJ ELASKAR DIONISIO NAZAR P/ HOMICIDIO SIMPLE AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO (40790) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105187534*

En Mendoza, a los treinta días del mes de julio del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N°13-05022472-9 caratulada "FC/ELMELAJ ELASKAR DIONISIO P/HOMICIDIO SIMPLE AGRAV./CASACIÓN".

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

A fs. 3868/3890 vta. la defensa técnica de Dionisio Nazar Elmelaj Elaskar, promueve recurso de casación en contra de la Sentencia N° 792 de fecha 27 de septiembre de 2019 obrante a fs. 3841 y vta. y sus fundamentos de fs. 3842/3854, en tanto condena al nombrado a la pena de treinta y dos años de prisión como autor del delito de homicidio agravado por el uso de arma de fuego, tenencia ilegítima de arma de fuego de uso civil, tenencia ilegítima de arma de guerra (arts. 79 y 41 bis; 189 bis inc. 2° párrafo primero; y 189 bis inc. 2° segundo párrafo del Código Penal).

El pronunciamiento fue dictado por el Tribunal Penal Colegiado n° 2 de la Primera Circunscripción Judicial en autos n° P-40.790/16; P-77.851/18 y P- 23.125/18.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

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

1.- La sentencia recurrida

La sentencia puesta en crisis tuvo por probado que en fecha 17 de abril de 2016, aproximadamente a las 19:30, Emir Cuattoni, Yair Mirasol y Luciano Areche caminaban por la vereda norte de calle Avenida del Trabajo en dirección oeste de Godoy Cruz. Al llegar a la intersección con calle Perito Moreno del mismo departamento, se detuvo la camioneta marca Toyota, modelo Hilux, blanca, dominio NNZ795, en la que se conducían Dionisio Nazar Elmelaj y sus hijos Santiago y Ramiro Elmelaj. Dionisio Nazar Elmelaj Elaskar se bajó del vehículo apuntó a Cuattoni, Mirasol y Areche con un arma de fuego, efectuó disparos y uno de ellos impactó en Cuattoni y le causó la muerte. Para así decidir el juez de sentencia valoró las testimoniales prestadas en audiencia de debate por: Marcelo Cuattoni, Ciro Cuattoni, Luciano Areche, Mónica Bustamante, Juan Fernando Zalazar, Silvana Guirula, Yamila Romero, Yahir Mirasol, Carina Villarroja, Azul Revelli, Sara Delia Guardia, Víctor Hugo Estrella, María Mercedes Ayola, Jimena Seré y Fabio Rodríguez, la declaración prestada por Dionisio Nazar Elmelaj Elaskar y el resto de los elementos de prueba debidamente incorporados.

II.- El recurso de casación

El defensor técnico de Dionisio Elmelaj Nazar promueve recurso de casación a tenor de ambos incisos del art. 474 del CPP. Considera que la sentencia cuestionada carece de fundamentación y la valoración de la prueba es parcial y direccionada. Además, que omite prueba decisiva en perjuicio del imputado vulnerando la presunción de inocencia. Por ello, entiende que no ha logrado derribarse la duda razonable en beneficio del imputado y no ha logrado demostrarse la certeza sobre la autoría del hecho en su defendido. Sostiene que la resolución cuestionada no responde a construcciones lógicas, ni respeta las reglas de la sana crítica racional. Según entiende, resultan más bien una expresión de la interna convicción del juzgador, sin que se exponga el juicio lógico por el que se pretende llegar a las conclusiones a las que arriba a partir de indicios anfibológicos absolutamente insuficientes que sirven de premisas para afirmar la certeza que en forma infundada cita.

Cuestiona la pena aplicada por estimarla infundada, desproporcionada, violatoria de los postulados contenidos en la CN y en los tratados de derechos humanos de igual jerarquía que regulan la materia y como fiel expresión de un castigo impuesto sin fines de prevención especial, aleccionador y de claro contenido mediático.

Expresa que con la pena impuesta se pretende purgar vicios e irregularidades que empañaron la causa pretendiendo salvar, a costa del condenado, el buen nombre de las instituciones que prestan el servicio de justicia.

a) Cuestiona la valoración de la prueba de testigos presenciales.

Sostiene que la fundamentación es aparente y que se ha valorado parcialmente o en forma omisiva la seleccionada y que las conclusiones son arbitrarias. Señala que recién en los últimos puntos del acápite denominado «autoría del justiciable» del acto sentencial se abordan los cuestionamientos centrales del alegato defensivo referido al tema de la falta de reconocimiento de los testigos presenciales de su asistido. Así también, y de forma preliminar pone de resalto un error al que estima material en relación a las fechas que el a quo indica al comienzo del desarrollo de ese punto.

Señala que su defendido comenzó a ser investigado más de dos años y seis meses después de la muerte de Emir Cuattoni y no un año y cuatro meses después de ocurrido como dice la resolución. Afirma que este error adquiere relevancia en la precisión del tiempo transcurrido ya que allí radica la importancia del análisis que no se hizo de las testimoniales ofrecidas en 2016.

Refiere que no se ha probado la presencia de Dionisio Elmelaj en el lugar y por lo tanto no puede tenerse certeza sobre su autoría. Analiza las declaraciones prestadas por Luciano Areche y Yair Mirasol Tobares, que acompañaban a Cuattoni el día del hecho, el 17 de abril de 2016 y el 3 de junio de ese mismo año.

A criterio del recurrente aquellos percibieron claramente con sus sentidos detalles centrales para la investigación tal como la camioneta en la que viajaba. Examina las declaraciones de Azul Jorgelina Ravelli prestadas el 19 de abril y 6 de junio de 2016 y la brindada por Sara Delia Guardia Escudero –esta última en relación a la camioneta mas no al autor de los disparos–. Refiere que, durante el debate, tres años y seis meses después, la descripción llevada a cabo por los testigos no fue tan detallada y que inclusive Ravelli dijo no recordar los datos aportados.

Destaca que pese a ello los testigos no modificaron las declaraciones para aportar una que se pareciera un poco más a las características de su defendido.

Considera que las descripciones aportadas no guardan similitud con las características morfológicas de Dionisio Nazar Elmelaj pero este dato es omitido por el sentenciante.

Pone de resalto que su defendido no es, ni fue, canoso; tampoco no es, ni fue, pelado –por el contrario, no tiene poco pelo–; no tuvo, ni tiene, entradas en la parte superior de la cabeza; su color de piel no es blanca; no es gordo, ni con abdomen prominente; no es, ni fue robusto; y al momento de los hechos tenía 55 años, sin que aparentara menor edad. Señala que el tribunal a quo al momento de responder este argumento dejó este punto central para el final de su argumentación y refiere que el aspecto físico de Elmelaj ha variado ostensiblemente desde que fue aprehendido sin detenerse a explicar cómo operó esa variación.

Critica la actuación del Ministerio Público Fiscal que teniendo tres testigos presenciales que describieron al autor del disparo y acudido a realizar un identikit del sujeto no sometieron a Elmelaj a una rueda de reconocimiento de personas. Infiere que la ausencia de producción de ese medio de prueba obedeció al resultado negativo que arrojaría.

Explica que el agravio reside en que el tribunal de la instancia anterior no expuso claramente de qué premisas partió, omitió valorar prueba dirimente o lo hizo en forma parcial descartando lo que no servía de apoyo a sus conclusiones y de ese modo vedó al imputado de la posibilidad de controlar el acierto o desacierto del razonamiento. Se agravia al considerar que se asignó valor de cargo a prueba irrelevante, valorándola parcialmente en perjuicio del imputado.

Por ello, considera que el juicio lógico resulta inválido. Entiende que la imposibilidad de ubicar a Elmelaj en el lugar del hecho pretendió ser salvada dando valor de cargo a **indicios anfibológicos**. Se asignó, según entiende caprichosamente, peso probatorio cargoso en perjuicio del imputado a circunstancias objetivamente irrelevantes.

Así, señala la situación de las llantas estilo deportivas de color negro mencionada en la sentencia en el punto referido a la autoría del imputado.

Añade que inclusive Carina Cecilia Villarroya –ex mujer de Elmelaj– dijo que el imputado siempre sustituía las ruedas de los vehículos.

De este modo, a criterio del defensor, no prueba la autoría de su asistido en el hecho la circunstancia de haber denunciado la sustracción de las cuatro ruedas originales –en dos momentos distintos– y quince días después del hecho, o haberlas sustituido y dejado en la casa por más de dos años a la vista de cualquier persona que se hiciera presente.

Critica la valoración del testimonio de Carina Cecilia Villarroya y la tilda de parcial, direccional y contradictoria. Señala que Villarroya, pese a no haber sido testigo presencial, es la única que ubica a Dionisio Elmelaj en el Parque Benegas como autor del disparo letal el 17 de abril de 2016. Refiere que Dionisio Elmelaj al declarar dijo que pese a vivir con su mujer se encontraban separados de hecho y vivían bajo el mismo techo.

Añadió que hacía cinco años que no se hablaban y que no le contó nada sobre este hecho u otro a su mujer, porque no estuvo en el lugar y que las palabras puestas por Villarroya en su boca no era la forma que tenía de hablar ni referirse a las personas.

El recurrente cuestiona la calificación otorgada por el tribunal a la declaración de Villarroya por cuanto a su criterio no es un testimonio carente de parcialidad como afirma el a quo. Explica el defensor que omitió el juez considerar que la declarante fue excluida de su hogar por la OAL a raíz de una denuncia formulada por su hijo mayor Santiago en el mes de marzo de 2018, dos años después del hecho y seis meses antes de que su defendido estuviese sospechado de participar en aquel.

Critica la actuación del Ministerio Público Fiscal que, ante la falta de identificación de Elmelaj por parte de los cuatro testigos presenciales, no citó a declarar a los hijos del imputado que podrían o no haber aportado elementos a la investigación. Entiende que estas deficiencias no pueden ser achacadas a su defendido y ocultan el temor a nuevos yerros en la investigación de la causa.

A su vez, no comparte que el Tribunal fundara la autoría del acusado en la imposibilidad de éste de explicar el motivo por el cual el arma homicida fue encontrada en su casa.

Señala que la jurisprudencia veta tal tipo de razonamiento puesto que el imputado no está obligado a confesar ni facilitar la prueba de su culpabilidad. Se agravia respecto a que el tribunal haya valorado actitudes de Elmelaj en la audiencia y las haya validado con la descripción de personalidad efectuada por Villarroya a quien, entiende el recurrente, se le asignó un rol de «perito» al opinar sobre la personalidad de una persona a la que evidencia odiar.

Critica la pena impuesta, señala que el monto resulta absolutamente arbitrario, desproporcionado y violatoria de mandas constitucionales y convencionales. Señala que en el desarrollo de la sentencia se percibe la recurrente apelación al uso de adjetivos calificativos como un modo de fundar lo infundado, absolutamente desproporcionado y arbitrario.

Considera que su defendido con la pena impuesta paga la detención de Seré, las demoras en el proceso y no en la medida real del reproche que le podría haber por haber sido hallado culpable del homicidio de Emir Cuattoni. Considera que la remisión a los preceptos contenidos en los **arts. 40 y 41 del CP** no es más que formal. Refiere que la escala penal aplicable en razón de las normas del concurso real –por los hechos atribuidos– oscila entre los 10 años y 6 meses y los 41 años y 4 meses de prisión.

Se agravia así de la inobservancia de la ley sustantiva. Entiende que se ha omitido considerar circunstancias atenuantes y que se ha incurrido en arbitrariedad.

En este sentido refiere que dejó de ponderar la falta de antecedentes de su defendido, contrariamente al Ministerio Público Fiscal que sí lo hizo. Entiende que si Elmelaj hasta sus 56 años de vida no tuvo vinculación con hecho delictivo alguno, ello debió ser un elemento a ponderar. Se queja de que se haya valorado como agravante la edad del imputado.

Sostiene que se ha vulnerado el principio de proporcionalidad y se ha desconocido el fin legal de la pena. Critica que se haya meritado en contra de su pupilo la edad y que no se la haya sopesado con la finalidad de prevención especial legalmente establecida para las penas privativas de libertad (**art. 1 Ley 24.660, según Ley 27375, art. 18CN**).

Considera así que la pena impuesta se aparta del **fin de resocialización**. Cuestiona que no se señalan los motivos por los cuales ubica el hecho dentro de aquellos de extrema gravedad y lo ubica en el tercer tercio de aquella escala de gravedad continua. No indica cómo es que decidió apartarse del mínimo de esa sub escala que sería 25 años y 8 meses y acercarse casi al máximo de la pena de 33 años y 4 meses. Por otra

parte, cuestiona que el tribunal señalara que el hecho trasciende la gravedad que le es propia a toda conducta homicida sin justificar su conclusión.

Además, sostiene que la fundamentación es contradictoria al sostener la peligrosidad de la acción desplegada por Elmelaj por cuanto el hecho habría sido cometido en la vía pública y en una zona con mucha concurrencia de gente ya que ese día había un evento.

Refiere que el tribunal señaló, por un lado, que ese contexto no le resultaba controlable al imputado y, por el otro, que Elmelaj era un experto tirador. Encuentra que estas dos razones no son compatibles entre sí (ver fs. 3889).

Se agravia de la falta de acreditación de las circunstancias agravantes invocadas en el punto g) como motivaciones personales. Ello por cuanto considera que no se ha podido acreditar con certeza la autoría de su defendido, ni las motivaciones invocadas por su esposa.

También se queja de la valoración llevada a cabo por el sentenciante en relación al descargo del imputado y explica que el sentido de las afirmaciones no era significar indiferencia ante la pena. Finalmente, critica que se haya valorado en perjuicio de su asistido y considerado como agravante al momento de establecer el monto de la pena que se haya tomado en consideración el cambio de llantas de la camioneta y el estado en que fue hallada el arma. Formula reserva del caso federal.

III.- Dictamen del señor Procurador General

A fs. 3908/3911 se expide el Procurador General. Luego de examinar los agravios promovidos considera que el recurso no resulta procedente en lo sustancial.

Sostiene que el defensor pone en evidencia su discrepancia con la valoración efectuada por el tribunal de sentencia de las pruebas producidas en el debate como también de las legalmente incorporadas.

Entiende que estas discrepancias no logran demostrar los vicios o defectos en el razonamiento del tribunal. Considera que el recurrente analiza ciertos indicios y medios de prueba en forma aislada tratando de poner en duda la participación del imputado en el homicidio.

Refiere que bajo ningún aspecto puede considerarse anfibológico el hallazgo de las ruedas con llantas deportivas y el arma de fuego con la que se efectuó el disparo a Emir Cuattoni. Agrega que el arma está registrada a su nombre y que el informe de balística fue concluyente al señalar que las dos vainas servidas fueron percutidas por el arma de fuego que se secuestró del domicilio de Elmelaj.

Entiende que las críticas formuladas a las pruebas que debieron recabarse son extemporáneas y en relación a la valoración del testimonio de Carina Villarroya el juez explicó los motivos de su ponderación. Respecto a la versión del imputado, entiende que el a quo analizó la misma concluyendo que no encontraba sustento en medio probatorio alguno, sino que se contraponía con la prueba de cargo existente en su contra.

Afirma el Procurador General que la pretensión del recurrente ha sido separar los elementos de prueba y los indicios para restarles valor probatorio. Con relación a la pena impuesta refiere el titular del Ministerio Público Fiscal que aquélla es ajustada a derecho en cuanto al tipo y monto por hallarse dentro del marco de la escala penal y los agravios de la defensa denotan discrepancia con la valoración.

No obstante, los fundamentos resultan claros y razonados y de su lectura surgen los motivos por los cuales se ha impuesto la pena criticada. Por lo tanto, no advierte arbitrariedad alguna y no se limitó a una mera referencia de las pautas de los arts. 40 y 41 del CP. En razón de lo expuesto, aconseja el rechazo del recurso casatorio y la convalidación de la sentencia criticada.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Del examen del recurso de casación promovido y el acto sentencial puesto en crisis adelanto opinión en el sentido de que aquél debe ser rechazado en atención a los motivos que a continuación paso a exponer.

De forma preliminar conviene dejar aclarado que el imputado fue condenado mediante Sentencia N° 792, aquí cuestionada por tres hechos que se le atribuyeron en autos n° P40.790/16, P-77.851/18 y P-23.125/18, por los delitos de homicidio agravado, tenencia ilegítima de arma de fuego de uso civil y tenencia ilegítima de arma de guerra.

Sin embargo, y toda vez que el recurso casatorio cuestiona sólo la fundamentación de la decisión adoptada en relación al hecho investigado en autos n° 40.790/16, en lo relativo a la autoría; la presente resolución se ceñirá a los hechos allí ventilados.

En tanto que al momento de abordar los cuestionamientos dirigidos a impugnar el monto de la pena será preciso tomar en consideración todos los hechos por los que resultó condenado.

En primer lugar, debo señalar, contrariamente a lo que sostiene el recurrente, que en la sentencia que se cuestiona en esta instancia se respetaron los principios de la sana crítica racional al momento de la valoración de los elementos de prueba que derivó en la conclusión condenatoria sobre la autoría del imputado en el homicidio endilgado.

En efecto, más allá del esfuerzo del recurrente por demostrar que la presencia de su asistido en el lugar del hecho no ha podido ser verificada entiendo que la intervención, en calidad de autor, de Dionisio Elmelaj, en el homicidio de Emir Cuattoni se encuentra plenamente probada.

En este sentido la crítica pone en un plano central las divergencias entre las características físicas del imputado con la descripción fisonómica llevada a cabo por las personas que estuvieron presentes en el hecho: Luciano Areche, Yahir Mirasol, Azul Ravelli y Sara Guardia.

Al efecto la defensa sostiene que vieron a la misma persona y que las características que de aquélla aportaron difieren con las de su defendido y que no es posible afirmar, sin más –como a su criterio señaló el a quo–, que se había operado una variación en la fisonomía de su asistido, sin base probatoria que lo sustente. Efectivamente todas las personas nombradas por el defensor vieron a quien se bajó de una camioneta y efectuó disparos, uno de los cuales terminó con la vida de Emir Cuattoni.

Sin embargo, los testigos no describieron a la persona que vieron de la misma manera, ni al principio de la investigación ni en audiencia de debate. Veamos.

Luciano Areche señaló a fs. 1 que el autor de los disparos medía aproximadamente 1,60 mts, era robusto, de tez blanca, estimó su edad en 40 años aproximadamente y señaló que usaba lentes recetados. Agregó que les dijo «dame la bicicleta guacho» y efectuó tres disparos.

Ubicó al sujeto descendiendo del lado del acompañante de una camioneta en la que él vio a dos sujetos. Al vehículo lo describió como una camioneta gris con llantas negras, Hilux y pensó que querían robarles. En similar sentido se manifestó a fs. 124, donde señaló que el agresor medía aproximadamente 1,65 mts., que era gordo –de gran abdomen–, de piel blanca; reiteró que usaba lentes recetados y que descendió del vehículo del lado del acompañante.

Por su parte en audiencia de debate refirió (audiencia del día 23/9/19 a partir del minuto 31:26). Yahir Nahuel Mirasol, a fs. 8 describió al hombre que vio como de aproximadamente su altura, o un poco más bajo, ubicando su estatura en aproximadamente 1,75 mts., canoso, con lentes, gordo –de abdomen prominente– de piel blanca, en relación a su edad la calculó en 45 años y explicó que era por lo canoso de su pelo.

Lo ubicó bajando del rodado del lado del conductor. En relación al vehículo dijo que era una camioneta gris, con vidrios polarizados, llantas modificadas color negras y grises, barra antivuelco cromada.

Que les dijo que le dieran la bicicleta y les disparó, también pensó que quería robarles. En tanto que a fs. 121, Yahir Mirasol repitió que el hombre se bajó del lado del conductor, les dijo «dame la bicicleta guacho» y que creía que el arma la llevaba en la mano derecha.

En esta ocasión señaló que la estatura era de aproximadamente 1,68 mts., que su tez era blanca, lo señaló como «bien panzón», en relación a su cabello dijo que era corto, medio canoso, medio pelado con entradas, que parecía un hombre grande, que no hablaba como «chorro» y usaba lentes «para ver».

Estimó su edad en 48 años. Respecto a la camioneta, la describió como de marca Toyota, modelo Hilux, muy nueva, limpia, con pantalla led, con barra antivuelco y protección delantera cromada, llantas modificadas –que le llamaron la atención– negras y gris opaco. Agregó que no alcanzó a ver a otra persona.

En audiencia de debate (registro audiovisual de fecha 25/9/19 a partir del minuto 00:44), Mirasol Tobares refirió que el autor del disparo bajó del lado del conductor, que oyó dos disparos. A preguntas que se le formularon describió al agresor como de 1,65 mts., aproximadamente 40 años, sin recordar más detalles.

De la camioneta refirió que se trataba de un vehículo marca Toyota, modelo Hilux blanca, aunque la vio gris por el horario, dentro de ella sólo vio una persona, tenía vidrios polarizados y el tablero se veía luminoso. Ratificó la descripción aportada a fs. 8/9 cuando se le hicieron preguntas al respecto (minuto 10:08).

En otro orden Azul Ravelli, quien declaró a fs. 24, manifestó que el día del hecho y de una camioneta blanca, como 4x4, se bajó un hombre que sacó un arma 9 mm y les gritó a los chicos «bajate de la bici» y que también les dijo «[...] por rastros».

Describió al autor de los disparos como de aproximadamente 1,50 mts., tez morocha, pelado en la parte de arriba y pelos en los costados de la cabeza. En audiencia de debate (registro audiovisual de fecha 25/9/19, a partir del minuto 38:14) señaló que de una camioneta 4x4 se bajó un hombre que directamente disparó; que gritó algo, pero que no escuchó.

De la persona que efectuó el disparo refirió que era mayor de edad y tenía pantalón marrón. Luego de que se le dio lectura de la declaración de fs. 24 dijo que no recordaba haber dicho lo allí señalado. Se le dio también lectura de su declaración de fs. 153/154 donde refirió que el agresor era medio ancho, de abdomen grande, así como que era de noche, y si bien se veía, no con mucha claridad.

Finalmente Sara Guardia en un primer momento señaló que la camioneta era blanca con una línea color negra y gruesa en los costados, que ella se encontraba como a 50 mts. del lugar (fs. 28/29). Al declarar en audiencia de debate expresó que (registro audiovisual de fecha 25/9/19 a partir del minuto 49:55) ese día el parque Benegas estaba muy concurrido.

Que no alcanzó a ver cuántas personas iban en la camioneta y que no recuerda características del hombre que se bajó (minuto 55:41 del registro audiovisual), pero por el pantalón que vestía estima que era una persona grande (en relación a su edad). De lo expuesto se desprende que aunque los testigos presenciales vieron a la misma persona no la describieron de igual manera. Tal circunstancia se mantuvo en cada ocasión en que declararon.

Así uno de los acompañantes de Emir Cuattoni ubicó al autor de los disparos descendiendo del lado del acompañante del vehículo en que se desplazaba (Areche), en tanto que el otro (Mirasol Tobares) lo vio bajar del lado del conductor, en relación al color de tez del agresor dos de los testigos dijeron que era blanca (Areche y Mirasol Tobares) pero Ravelli dijo que era morocho.

Si bien ninguno estimó la misma estatura ni edad del atacante, de una adecuada lectura de sus declaraciones se desprende que no lo describieron como de altura elevada ni joven –a criterio de los declarantes que estuvieron más próximos al agresor–, tomando en consideración la edad de los declarantes.

Ahora bien, a mi modo de ver, y como se explicará seguidamente, las discordancias de la descripción de los testigos respecto de las características físicas del autor de los disparos con aquéllas que ostenta el imputado no tienen la trascendencia que pretende asignarle el recurrente para descartar la presencia de su defendido en el lugar del hecho.

Contrariamente, advierto que existen notas concordantes en los testimonios detallados. Así, quien se bajó del vehículo era un hombre de edad mediana –en palabras de los testigos de 40 o 45 años, un «señor viejo» según relató Emir a su padre–.

La contextura física del autor del hecho fue señalada como robusta con un abdomen prominente y según el testimonio prestado por Villarroya en audiencia de debate al momento de los hechos ostentaba tal característica física (ver registro audiovisual de fecha 25/9/19).

El rodado en el que se trasladaba el autor del hecho fue descrito como una camioneta –tipo 4x4, como dijo Azul Ravelli; modelo Hilux, en las declaraciones de Areche y Mirasol–. El objeto del acometimiento fue señalado como la devolución de una bicicleta.

Así, y tomando en consideración la hora en que el hecho sucedió –aproximadamente a las 19.30 hs. del día 17 de abril– destacando alguno de los testigos que «era de noche», y sumado a las circunstancias propias del suceso –constituidas por un hombre que descendió de un vehículo con un arma de fuego en la mano, increpó a tres adolescentes y reclamó una bicicleta para luego efectuar disparos–, la divergencia en torno a las características del cabello del atacante no tienen trascendencia para desmerecer el resto de la prueba ni para asegurar que Dionisio Elmelaj no estuvo presente en el hecho disparando el arma. A mi modo de ver los testigos presenciales aportaron datos, que vinculados a otros elementos, permiten sostener la autoría del acusado en el hecho que se le atribuyó.

Por ello no prospera la crítica formulada relativa a que no se llevó a cabo reconocimiento en rueda de personas por parte de los testigos presenciales en torno a Elmelaj. Al respecto entiendo que si la defensa consideraba que el hipotético resultado negativo beneficiaba a su defendido podía proponerlo, en tanto que el resultado que de aquél surgiera no aparece en esta instancia más que como una mera especulación.

Tampoco comparto la crítica que sostiene que el a quo interpretó caprichosamente determinados elementos de prueba asignándoles una valoración cargosa.

Por el contrario, del análisis de la sentencia se desprende que la ponderación de aquellos detalla cómo, a partir de la declaración prestada por Jimena Seré –hermana del primer imputado en la causa– se llevaron a cabo investigaciones.

A raíz de éstas se obtuvo que al momento de los hechos Elmelaj tenía una camioneta de la marca y modelo descrita por los testigos, con la inscripción alfabética señalada por Azul Ravelli y Sara Guardia. Ello llevó al allanamiento en el domicilio de Elmelaj donde se hallaron unas llantas que coincidían con la descripción de aquéllas que llamaron la atención de los acompañantes de Emir Cuattoni y el hallazgo del arma de fuego con la que se llevó a cabo los disparos (ver fs. 3846).

Por otro lado, la declaración brindada por Jimena Seré al aportar datos durante la investigación penal preparatoria se mantuvo en audiencia de debate (registro audiovisual de fecha 25/9/19).

En ella refirió que la mujer que la entrevistó –de quien no conoce su identidad– dijo que a uno de los hijos del imputado le habían robado una bicicleta y que por ello Dionisio Elmelaj los hizo subir en la camioneta y salieron en un raptó de ira. De tal manera el motivo por el cual el imputado increpó a Emir Cuattoni, Luciano Areche y Yahir Mirasol surge evidente y concordante con lo expresado por aquellos. Areche y Mirasol dijeron que el agresor les dijo que dejaran la bicicleta «guachos».

También Emir Cuattoni entendió que el móvil de la agresión había sido la bicicleta y así se lo dijo a su padre y a su hermano. El reclamo de la bicicleta también fue escuchado por Azul Ravelli, quien añadió que el agresor luego les dijo «por rastros». El fundamento por el cual Elmelaj salió en su camioneta y, al encontrar al trío compuesto por Areche, Mirasol y Emir Cuattoni, los increpó fue claramente que éstos llevaban una bicicleta.

El evento del robo de la bicicleta fue señalado por Carina Cecilia Villarroya, ex esposa de Elmelaj e inclusive por el imputado al declarar, aunque lo situó en una época posterior y negó su vinculación con el homicidio de Emir Cuattoni. En relación a la valoración de la declaración de Carina Villarroya por parte del tribunal de la instancia anterior, tampoco comparto el cuestionamiento de la defensa.

En primer lugar, porque considero que el análisis efectuado por el tribunal a quo en relación a los motivos por los que tilda la versión aportada por aquélla como carente de visos de parcialidad, descartando la intención de perjudicar a Elmelaj. Así detalló el juzgador que en la primera ocasión en que pudo deponer no lo hizo a tenor del art. 233 del CPP, y que en una segunda oportunidad declaró escuetamente.

Apoyó sus conclusiones en las transcripciones de las comunicaciones telefónicas obtenidas a raíz de la intervención que se dispuso en autos donde Villarroya, por temor a perder a sus hijos, señaló no querer declarar (fs. 3846 in fine).

En segundo lugar, porque si bien resulta un elemento de cargo más, puesto que refirió que el imputado admitió el hecho, no resulta el único elemento incriminatorio.

En efecto, la hipótesis que señala a Dionisio Elmelaj como autor del hecho se apoya en diversos elementos probatorios tales como: la similitud física del imputado con los datos aportados por los testigos presenciales del hecho; la tenencia al momento del hecho de un vehículo de las mismas características que las descritas por los testigos presenciales; el hallazgo en el domicilio del acusado de llantas de similares características a las descritas por los testigos; la coincidencia en el móvil de la agresión –el suceso de la bicicleta–; el resultado de las escuchas telefónicas; el hallazgo en su vivienda del arma con la que se efectuaron los disparos.

Todos ellos más allá de la declaración de Carina Villarroya. Por lo expuesto es que no concuerdo con la queja del recurrente consistente en que el tribunal fundó la autoría de su asistido en el hecho en que éste no pudo explicar el motivo por el cual el arma involucrada en el hecho se halló en su vivienda.

Por el contrario, el tribunal sentenciante vinculó el resto de los elementos de convicción con el hallazgo en la vivienda de Elmelaj del arma registrada a su nombre, sin el cañón. Tampoco puede tener acogida favorable la crítica el argumento que se dirige a cuestionar la falta de citación de los hijos de Elmelaj, al respecto caben los mismos reparos formulados en torno a la ausencia de reconocimiento en rueda de personas.

Finalmente, y, en relación a la crítica que formula el recurrente, en virtud de la cual considera que en la sentencia se ha validado la personalidad de Elmelaj valorando la descripción efectuada por Villarroya, entiendo que no le asiste razón.

En efecto de la lectura del acto sentencial surge que tal extremo no se tuvo por acreditado con exclusividad por el testimonio de la ex esposa del imputado sino, sobre todo por el examen psíquico practicado por profesionales del Cuerpo Médico Forense.

Asimismo, advierto que la ponderación del examen devino de la apreciación efectuada por el tribunal de la declaración prestada por Elmelaj en el debate, manifestaciones que a criterio de los juzgadores resultaron gananciales y direccionados en concordancia con la descripción de personalidad efectuada por profesionales de la salud.

Por lo expuesto considero que no pueden prosperar en esta instancia los agravios dirigidos a cuestionar la fundamentación del acto sentencial puesto que entiendo que la valoración de los elementos de prueba se llevó a cabo acertadamente y respetando los principios de la sana crítica racional.

Finalmente considero que tampoco procede el cuestionamiento que impugna la individualización del monto de la pena impuesta. Paso a explicarlo.

De la parte pertinente del acto sentencial surge que al establecer el monto de la pena aplicable, el a quo tomó en consideración la escala aplicable a los tres delitos atribuidos.

Así refirió que aquella oscila entre los diez años y seis meses de prisión como mínimo y los cuarenta y un años y cuatro meses de prisión como máximo.

Señaló que en ese marco el legislador trató de contemplar todos los casos posibles y que, dentro de la denominada «escala de gravedad continua», que sugiere su división en tres secciones, el segmento superior corresponde para aquellos de máxima gravedad.

De acuerdo a ello, y por considerar que el caso en análisis pertenecía a este segmento, estimó que la escala oscilaba entre los 25 años y 8 meses y 33 años y 4 meses de prisión.

La defensa sostiene que en la sentencia no se ha señalado el motivo por el cual el hecho cometido debía ubicarse en el tramo de mayor gravedad de la denominada «**escala de gravedad continua**» y que uno de los fundamentos para allí ubicarlo, esto es el contexto, no era algo que le resultara controlable al acusado.

De este modo afirma que la referencia efectuada por el tribunal de la instancia anterior a las pautas de mensuración establecidas por los arts. 40 y 41 del CP son meramente formales.

No comparto las apreciaciones formuladas por el defensor. En ese sentido encuentro que el sentenciante al calificar el hecho y asignarle gravedad explicó que la conducta asumida por Elmelaj le resultaba «cobarde y traicionera», y destacó que se encontraba «rayana a la alevosía».

Al efecto citó jurisprudencia del Tribunal Supremo de España relativa a supuestos en los que el ataque se produce por la espalda. Efectivamente en el caso traído a examen el disparo mortal recibido por Emir Cuattoni ingresó por el omóplato a nivel de la escápula derecha. De tal circunstancia lógicamente se desprende que al efectuar Elmelaj el disparo contra Emir Cuattoni, éste se encontraba de espaldas y, conforme señalaron sus acompañantes –Areche y Mirasol–, dispuesto a escapar.

Esto me permite coincidir con la apreciación del tribunal de sentencia en cuanto a que la gravedad del hecho ubica a este último muy cercano a la alevosía. Tampoco comparto la queja del recurrente en cuanto a que el «contexto» –referido a la afluencia de público al momento del hecho– no le resultaba controlable al acusado y, por ello, no debió ser considerado como agravante al momento de meritar la penalidad a imponer.

Por un lado debe decirse que el fundamento del a quo en relación a la consideración de esta circunstancia como agravante radicó, de manera adecuada a mi criterio, en la mayor peligrosidad evidenciada por el autor del hecho y la indiferencia ante la posibilidad de ocasionar daños en otras personas.

Por otro lado, no encuentro incompatible tal afirmación con la proposición que asegura que el imputado era experto tirador. En este sentido, más allá de la experticia en disparar, la afluencia de gran cantidad de público en el lugar del hecho hacían poco probable que el agresor dominara las posibles interferencias de otras personas, por lo que la posibilidad de que acaecieran otros daños se vio incrementada y ello, válidamente, fue considerado como agravante.

De la misma manera, considero que no procede la impugnación que formula el recurrente en cuanto a que el móvil de Dionisio Elmelaj no se encuentra acreditado y, por ello, no puede constituirse como agravante al momento de mensurar la pena.

Por el contrario, tales extremos se encuentran a mi modo de ver probados y fueron debidamente ponderados y reflejados en la determinación de la pena. Conuerdo también en la valoración de las circunstancias personales llevadas a cabo en el acto sentencial. Ahora bien, pese a que el recurrente afirma que el sentenciante no brindó razones suficientes para imponer el monto de pena individualizado, en razón de que –a su criterio– no se valoró la ausencia de antecedentes computables ni la edad avanzada del acusado, considero que las críticas así formuladas no pueden tener acogida favorable.

En relación a la ausencia de ponderación de antecedentes penales no logra explicar la defensa la variación que operaría en el monto de pena individualizado en atención a esa circunstancia.

Por otro lado, encuentro que la consideración de la edad del acusado –como también de sus condiciones personales– fue acertadamente valorada y concuerdo en que tales circunstancias debieron haber importado un mayor apego al cumplimiento de las normas por parte de aquél, de manera tal que inciden en forma negativa al momento de fijar el monto de la pena.

Así, y por las razones expuestas, considero que no existe arbitrariedad que conduzca a la anulación que pretende el recurrente en relación a la determinación de la pena.

Ello en razón que las críticas de la defensa no resultan más que cuestionamientos dirigidos a procurar la revisión de la individualización de la pena, sostenidos conforme al rol que ejerce el impugnante, pero sin suficiente sustento en las constancias de la causa para invalidar la sentencia impugnada.

Por lo expuesto y opinión concordante del señor Procurador General, corresponde dar respuesta negativa a la primera cuestión y rechazar el recurso casatorio promovido. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo y Dr. Adaro. Adhiere.

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

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

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

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

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

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Dionisio Nazar Elmelaj Elaskar y, en consecuencia, confirmar la Sentencia N° 792 y sus fundamentos dictada por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial.
- 2.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 3.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen a sus efectos.

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

26- BARRIENTOS REVELLO. 04-08-20.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200804_FcBarrientos.pdf

Lex: Art. 45, 84, 1° y 2° párrafo, 84 Bis del CP.

Vox: Homicidio culposo. Conducción antirreglamentaria. Conducción imprudente, negligente y antirreglamentaria de un vehículo automotor. Alcoholización. Velocidad. Informe técnico. Riesgo prohibido. Curso causal. Comportamiento de la víctima. Concurrencia de riesgos.

Summa:

El **Segundo Juzgado Correccional** -2° CJ, condenó al nombrado a la pena de **2 años y 6 meses de prisión** con el beneficio de la ejecución condicional de la pena privativa de la libertad (art. 26 del Código Penal), y de **inhabilitación especial** de 6 años y 6 meses para conducir todo tipo de vehículos automotores, como autor penalmente responsable del delito de homicidio culposo agravado por la conducción imprudente, negligente y antirreglamentaria de un vehículo automotor (arts. 45, 84, 1° y 2° párrafo del Código Penal)

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 del CPP)

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

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 3013, pronunciada por el Segundo Juzgado Correccional - 2° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Colombero Peruzzi.
- Bertani Tejeiro. 24-06-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200624_FcBertani.pdf

Parágrafos destacados.

“...Asimismo su **art. 57** establecía que: «Está prohibido en la vía pública: a) Conducir con impedimentos psíquicos o físicos y en estado de intoxicación alcohólica por estupefacientes [...]». Así, puede decirse que el acusado con su conducta imprudente y antirreglamentaria creó un riesgo prohibido de lesión que se concretó en el resultado. “

En este sentido, ha sido el mismo tribunal de sentencia el que ha sostenido que, «[...] aún cuando la víctima haya hecho un aporte a su resultado fatal o, dicho de otra manera, haya inicialmente ella creado el riesgo, ello no obsta a que el imputado, con su conducta antirreglamentaria e imprudente, colocó en el caso su plus riesgoso, con lo cual [...] se desvirtúa así el argumento defensivo cuál pretende excluir [...] la responsabilidad de Barrientos, al decir que la culpa es exclusiva de la víctima por pasar en rojo [...]» (ver fundamentos, fs. 228 vta.).

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

Fallo:

CUIJ: 13-03828649-2/1((020802-49818)) FC/BARRIENTOS REVELLO PABLO FABIAN P/HOMICIDIO CULPOSO A GUSTAVO MARTINEZ (49818) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *103870456*

En Mendoza, a los cuatro días del mes de agosto del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-03828649-2/1, caratulada "FC/ BARRIENTOS REVELLO, PABLO FABIÁN P/ HOMICIDIO CULPOSO S/ CASACIÓN".

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

La defensa de Pablo Fabián Barrientos Revello interpone recurso de casación (fs. 238/240 vta.) contra la Sentencia N° 3.013 (fs. 212/213) y sus fundamentos (fs. 214/236 vta.), mediante la cual se condenó al nombrado a la pena de 2 años y 6 meses de prisión con el beneficio de la ejecución condicional de la pena privativa de la libertad (art. 26 del Código Penal), y de inhabilitación especial de 6 años y 6 meses para conducir todo tipo de vehículos automotores, como autor penalmente responsable del delito de homicidio culposo agravado por la conducción imprudente, negligente y antireglamentaria de un vehículo automotor (arts. 45, 84, 1° y 2° párrafo del Código Penal) en la causa N° P2-49818/11.

El pronunciamiento fue dictado por el entonces Segundo Juzgado Correccional de la Segunda Circunscripción Judicial.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

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

1.- Sentencia recurrida

El tribunal de sentencia tuvo por probado que: «[e]l día 04 de junio de 2011, aproximadamente a las 03:00 horas, Pablo Fabián Barrientos violando su deber de cuidado, mediante la conducción imprudente y antireglamentaria de un vehículo automotor, y en estado de alcoholización severo, impactó con su camioneta Nissan Frontier en la intersección de las avenidas Rivadavia y Moreno, cuadrante suroeste, de San Rafael, al vehículo marca Fiat Duna conducido por Gustavo Adrián Martínez produciéndole lesiones de tal gravedad que le ocasionaron la muerte momentos después».

Para así decidir valoró, primordialmente, las declaraciones testimoniales de Diego Santander, Claudio Martínez, Jesús Anibal Zarate Ollarce y Sergio Gustavo Narváez Freire, el acta de procedimiento de fs. 01 y vta., el croquis ilustrativo del lugar del hecho de fs. 02, el informe técnico de policía científica de fs. 50/74, el informe de necropsia de fs. 34/35 y, el informe de dosaje de alcohol de fs. 44.

2.- Recurso de casación

La defensa enmarca su impugnación en las disposiciones del art. 474 inc. 2° del Código Penal. Estima que la sentencia es injusta atento a que su derivación no ha sido debidamente razonada del extracto de las premisas con que cuenta la causa.

De la lectura del recurso surge que los motivos de agravios se centran en tres puntos.

En primer lugar, el recurrente afirma que el imputado Barrientos **cruzó la arteria cuando el semáforo se encontraba con luz verde.**

Esto se encontraría probado, por un lado, por la declaración testimonial de dos testigos que se encontraban en el momento del accidente, Claudio Ariel Martínez y Diego Fabián Santander y por la declaración del imputado Barrientos.

Por otro lado, señala que aquello se encuentra corroborado también por la inspección ocular realizada en el lugar del hecho (fs. 195), en la que consta que el tiempo que la luz verde permanecía encendida era de 32,5 segundos hasta el cambio al amarillo.

Es decir, que según su entender no habrían dudas que Barrientos pasó el semáforo con luz verde, atento a que 32,5 segundos era tiempo más que suficiente para que el vehículo que precedía a Barrientos (en el que circulaban los testigos Martínez y Santander), y el de Barrientos, pasaran en verde.

A su vez sostiene que ninguno de los testigos (Martínez y Santander) advirtieron la presencia cercana del vehículo Duna conducido por la **víctima, por lo que infiere que ésta circulaba con las luces apagadas** al momento del hecho.

Agrega que, además, **no existió frenada previa al impacto**, ni indicios de maniobra evasiva por parte de la víctima, por lo que concluye que ésta venía distraída o dormida, sin prestar atención a la circulación en ambas avenidas.

En segundo lugar, con respecto a la **velocidad de los vehículos** al momento del impacto, el recurrente sostiene que el a quo no pudo expedirse al respecto atento a que del informe de Policía Científica de fs. 50/74, de su ampliación de fs. 149/150, como así también de las testimoniales del Cabo Jesús Zarate y del Jefe de Policía Científica, Sergio Gustavo Narváez Freire, prestadas en audiencia de debate, consta que no se pudo determinar la velocidad de ambos vehículos al momento del impacto.

Asimismo, el recurrente menciona que Narváez sostuvo que los peritos mecánicos tienen tablas para determinar la velocidad post-impacto; y, que la diferencia de masa entre el vehículo Nissan (conducido por el imputado) y el Duna (conducido por la víctima) es aproximadamente de 500 kgs..

En efecto, Narváez estimó que la velocidad de la Nissan era muy superior a la reglamentaria para circular por avenidas (60 kms.), es decir, que circulaba a una velocidad muy superior a 60 kms. Sin embargo, el recurrente sostiene que el peso de la camioneta Nissan era de 1935 kgs. y del Duna 956 kgs., por lo tanto la diferencia de masa entre ambos vehículos era de 979 kgs. y no de 500 kgs.. Resulta de esta manera que la Nissan circulaba por debajo de los 60 kms. para provocar los daños ocasionados en el Duna, es decir, que circulaba a velocidad reglamentaria, por lo que su conducción no fue negligente.

En tercer lugar, en cuanto al **grado de alcoholización** que el imputado presentaba al momento del hecho, el recurrente sostiene que del informe de Toxicología Forense surgió que el imputado el día 04/06/11 a las 3:15 hs tenía 2,47 grados de alcohol en sangre.

En efecto, cuestiona la extracción de sangre realizada a Barrientos, argumentado que resulta imposible que si el accidente ocurrió aproximadamente a las 3:00hs., apenas 15 minutos más tarde, ya le habrían extraído sangre en el Hospital J. Schestakow.

Asimismo, argumenta que a fs. 100 el imputado desconoció dicha extracción, y solicitó la muestra sanguínea a fin de que se le practicara estudio de ADN. El bioquímico del Cuerpo Médico Forense informó que la muestra fue descartada luego de ser analizada, atento a que no había espacio físico en la heladera.

En este sentido, el recurrente considera que esa prueba ha sido utilizada en contra del imputado, causándole un perjuicio al derecho de defensa en juicio como al principio de búsqueda de la verdad real y del debido proceso, en cuanto le fue privado de poder reproducir la prueba o, al menos, efectuar estudio de ADN para confirmar, o no, que la sangre sobre la que se practicó el dosaje era suya; sin perjuicio de no poder constatar si la extracción se efectuó con las formalidades que garanticen los derechos del encartado.

Estima que estas circunstancias atentan contra la certeza y legalidad de dicha prueba, ya que le ha sido privado su control, reproducción o confirmación.

Finalmente, el recurrente sostiene que no se le podía cuestionar a Barrientos su conducta cuando no pudo obrar de manera distinta, atento a que no se puede castigar a nadie cuando le ha sido imposible obrar de la manera exigida por la ley.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General considera que el recurso de casación no resulta sustancialmente procedente, debiendo confirmarse la validez de la sentencia impugnada.

En efecto, advierte que el a quo valoró el plexo probatorio obrante en autos y las circunstancias del hecho, dando claras razones por las cuales arribó a la certeza para condenar al imputado por el delito de homicidio culposo agravado por la conducción imprudente y antireglamentaria de un vehículo automotor (art. 84, 1° y 2° párrafo del Código Penal).

Por tal motivo entiende que debe rechazarse la impugnación de la defensa.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso de casación formulado considero, por los motivos que a continuación se exponen, que no corresponde hacer lugar a la impugnación.

Luego de analizar los fundamentos del fallo cuestionado y el recurso promovido, entiendo que el dictum se encuentra suficientemente motivado y que los agravios propuestos por el recurrente no logran conmover la conclusión a la que arriba el sentenciante. Veamos.

Entiendo no puede prosperar el primer agravio casatorio referido a que conforme los dichos de los testigos Martínez y Santander, y según la inspección ocular realizada, Barrientos cruzó la arteria por la que transitaba cuando el semáforo se encontraba con luz verde.

Debe señalarse que surge de los fundamentos que el tribunal de sentencia apreció tal circunstancia – aquellas declaraciones y la inspección ocular–, pero sin embargo, a diferencia del recurrente, estableció que no era posible determinar si fue la víctima o el imputado quién pasó el semáforo en rojo.

Ello atento a que lo manifestado por los testigos no le resultó creíble al Tribunal por existir contradicciones, específicamente en cuanto al modo de retirarse del lugar y, además, tampoco existió prueba objetiva que corroborara la versión defensora.

Es por esto motivo que comparto las apreciaciones del Tribunal de instancia anterior cuando afirma «[...] que aún cuando no se ha podido determinar con precisión y exactitud objetiva quien pasó el semáforo en rojo o en verde, según la óptica desde donde nos detengamos, claro está que no podemos afirmar con determinación que quien lo hizo fue el acusado» (v. fs. 226 vta.).

En relación al segundo cuestionamiento, referido a la **velocidad** en la que circulaba el imputado al momento del impacto, estimo que acierta el sentenciante al establecer que no pudo determinarse a qué velocidad circulaba Barrientos en su camioneta marca Nissan.

En tal sentido, surge que el sentenciante llegó a dicha conclusión luego de analizar y valorar el informe técnico oficial realizado por personal de policía científica –Cabo P.P. Jesús Zárate–, en el que consta que no se pudo determinar la velocidad en la que circulaban ambos vehículos, al no existir huellas de frenadas impresas sobre la superficie en los momentos previos al impacto.

Asimismo, valoró lo manifestado por Narváez –licenciado en criminalística–, quien, durante el debate, a pesar de establecer que el imputado circulaba aproximadamente a 70 u 80 km por hora –a una velocidad muy superior a la permitida–, debido a la diferencia de masa entre el vehículo Fiat Duna y la camioneta Nissan, el tribunal de sentencia consideró que su análisis no era determinante, toda vez que su opinión era sólo una cuestión subjetiva que no había sido asentada en un informe técnico o en una pericia.

En cuanto a que, la diferencia de masa entre los vehículos que participaron en el accidente era superior a lo establecido por Narváez, estimo que se trata de una opinión del recurrente sin sustento en prueba objetiva que la acredite.

De esta manera, si bien no se pudo determinar la velocidad a la que circulaba el imputado, el sentenciante estableció que «[l]a magnitud de los daños da cuenta de la velocidad excesiva a la que conducía Barrientos, aunque la misma no pueda ser determinada» (v. fs. 225 vta.).

Lo expuesto permite afirmar que esa velocidad no era la reglamentaria, como pretende justificar la defensa, por lo que considero que este aspecto conduce necesariamente al rechazo del agravio propuesto.

En el tercer, y último agravio, el recurrente cuestiona la **legitimidad y el valor del informe técnico** realizado por el bioquímico del Cuerpo Médico Forense, quien determinó que el imputado Barrientos, momento después del hecho, tenía 2,47 grados de alcohol en sangre.

En efecto, entiendo que el agravio formulado debe ser rechazado, en tanto el tribunal de sentencia sustentó su decisión –que Barrientos el día 04/06/11 a las 3:15 horas (momentos después del hecho) tenía 2,47 grados de alcohol en sangre–, en el análisis de las pruebas rendidas en la causa, las que ponderó de acuerdo a las reglas de la sana crítica racional, y cuyo apartamiento el censurante no ha podido demostrar.

Así, el sentenciante, en razonamiento que comparto, estimó improcedente el cuestionamiento del informe, atento a que no existió motivo para afirmar que el bioquímico utilizó la sangre de otra persona para la realización del examen. Asimismo, resaltó que se trata de un profesional que presta servicios en una dependencia judicial, actuando como funcionario público.

En lo atinente a que se realizó el examen y luego se desechó la muestra de sangre, el sentenciante consideró –acertadamente– que son medidas que deben realizarse de inmediato, ya que, como lo informó el Dr. Carvajal, «las muestras se descomponen y disminuyen su concentración de alcohol con el tiempo» (v. fs. 228).

A mayor abundamiento, es importante resaltar que surge del acta de procedimiento (fs. 1) que personal policial, al arribar al lugar del hecho, trasladó a Barrientos al Hospital local a fin de que se le realizara el correspondiente dosaje de alcohol debido a que tenía un «fuerte aliento etílico».

Esto evidencia que el imputado se encontraba alcoholizado al momento del accidente, tal como lo informó el bioquímico del Cuerpo Médico Forense. Por lo tanto, considero que no hay razón para dudar de la veracidad del informe técnico, ni tampoco del procedimiento de extracción de sangre realizada por personal del Cuerpo Médico Forense al imputado.

Asimismo estimo que resulta irrelevante el cuestionamiento referido al horario en que se produjo la extracción de sangre, atento a que, en primer lugar, la hora que se consigna en el hecho es aproximada y, en segundo lugar, el recurrente desarrolla el agravio sin explicar concretamente su decisividad en relación al resultado del fallo que ataca.

En función de lo señalado, comparto la afirmación del sentenciante en el sentido de que Barrientos, al conducir su vehículo alcoholizado no tuvo el dominio del mismo, infringiendo de esta manera la ley de tránsito (6082), que en su art. 48 disponía que los conductores deben: «b) En la vía pública, circular con cuidado y prevención conservando en todo momento el dominio efectivo del vehículo o del animal, teniendo en cuenta los riesgos propios de la circulación y demás circunstancias del tránsito. Cualquier maniobra debe advertirla previamente y realizarla con precaución siempre que no cree riesgos ni afecte la fluidez del tránsito. Utilizará únicamente la calzada, sobre la derecha y en el sentido señalado, respetando las vías o carriles exclusivos y los horarios de tránsitos establecidos» (el destacado me pertenece).

Asimismo su **art. 57** establecía que: «Está prohibido en la vía pública: a) Conducir con impedimentos psíquicos o físicos y en estado de intoxicación alcohólica por estupefacientes [...]». Así, puede decirse que el acusado con su conducta imprudente y antirreglamentaria **creó un riesgo prohibido de lesión que se concretó en el resultado.**

En definitiva, advierto que el recurrente pretende una nueva revisión de todo lo que fue tratado en el debate y sometido a la contradicción de acusación y defensa, sin desvirtuar de manera adecuada el razonamiento del sentenciante.

Por lo que los cuestionamientos defensivos representan argumentos y afirmaciones propias de la posición que representa en relación a la valoración del material probatorio, evidenciando una mera discrepancia con la labor intelectual del Tribunal de juicio en la fundamentación del fallo, carentes de sustento probatorio.

De tal manera, considero que la sentencia impugnada, en su integridad, constituye una derivación razonada de los múltiples y variados elementos de prueba que fueron debidamente valorados por el a quo en atención a los principios de la sana crítica racional, no adoleciendo de falencias que impliquen su anulación, a la luz de la jurisprudencia de esta Sala, en el sentido que tales defectos, para conllevar tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos, lo que en la especie no ocurre (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, entre otros).

Por todo ello, y en opinión coincidente con la vertida por el señor Procurador General, debe contestarse de manera negativa la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Pablo Fabián Barrientos Revello. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Por su voto.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, POR SUS FUNDAMENTOS, DIJO: Analizadas las constancias incorporadas a la presente causa, entiendo que corresponde rechazar el remedio casatorio oportunamente interpuesto por la defensa del acusado y, en consecuencia, confirmar la sentencia recurrida.

En este sentido, si bien coincido con mi colega preopinante respecto de la solución ofrecida a la primera cuestión tratada, a este punto llego en virtud de otros argumentos.

Según entiendo, la crítica recursiva plantea dos aspectos claramente distinguibles.

Por un lado, demanda analizar si el siniestro investigado puede ser reconducido al exclusivo ámbito de responsabilidad de Gustavo Martínez, víctima del suceso, y, por otro lado, si la determinación del grado de alcoholización con la que manejaba el acusado fue legítima.

Respecto de este último aspecto, adhiero a las consideraciones esbozadas en el voto que antecede. En este sentido, entiendo que son adecuadas las razones ofrecidas para explicar por qué no puede sostenerse, como lo entiende la defensa, que no ha sido válido el informe técnico realizado por el Cuerpo Médico Forense, que determinó que el imputado Barrientos conducía con un grado severo de alcohol en sangre. En honor a la brevedad, me remito a los argumentos allí brindados.

Al respecto de la valoración del caso, como **un curso causal lesivo reconducible con exclusividad al comportamiento de la víctima**, sostengo los siguientes argumentos para justificar la sanción impuesta por el tribunal a quo.

A Pablo Barrientos se lo acusa de provocar, mediante la conducción antirreglamentaria de su vehículo, el accidente que determinó la muerte de Gustavo Martínez el día 4 de junio de 2011, en la intersección de las avenidas Rivadavia y Moreno de la ciudad de San Rafael.

Conforme con la dinámica acreditada por el tribunal, Barrientos conducía con alcoholización «severa» al momento de impactar su camioneta contra el vehículo de Martínez (ver fundamentos, fs. 233).

No obstante, para el tribunal a quo no pudo acreditarse con certeza los siguientes aspectos del hecho.

Por un lado, que el acusado haya cruzado cuando el semáforo de la intersección de dicha avenida haya marcado la luz roja.

En este sentido dijo que «[...] aún cuando no se ha podido determinar con precisión y exactitud objetiva quien pasó el semáforo en rojo o en verde, según la óptica desde donde nos detengamos, claro está que no podemos afirmar con determinación que quien lo hizo fue el acusado».

Además, respecto del peso de dicho estado de conocimiento en la tarea valorativa, indicó que «[...] aún no estando completamente seguro de que Barrientos efectivamente pasó en verde -en función de los dichos de los testigos- no puedo hacer jugar la duda en su contra, básicamente por preceptos constitucionales».

Por otro lado, respecto de la velocidad a la que habría conducido el acusado, el tribunal sostuvo que, si bien Sergio Narvárez, licenciado en Criminalística, indicó en el debate que Barrientos debió conducir a una velocidad «muy superior» a la permitida, no podía soslayarse lo advertido por la defensa, en el sentido de que la opinión de Narvárez eran solo «dichos» que no fueron asentados en un informe técnico o un dictamen pericial, y que el resto de indicios recolectados no permitían alcanzar certeza sobre este punto (ver fundamentos, fs. 226 vta./227 vta.).

Luego, tras explicar con base en consideraciones objetivas de imputación, por qué el comportamiento del acusado implicó un aporte de riesgo desaprobado que explicaba el suceso, el tribunal a quo desprendió como conclusión que, constatada en el caso la faz objetiva del delito endilgado, la duda respecto de si la víctima realizó un comportamiento desaprensivo de sus deberes de auto protección debía jugar en favor del acusado y configurar un atenuante en la graduación de la pena (ver fundamentos, y fs. 229/234 vta.).

Ahora bien, si bien disiento con la conclusión referida, entiendo que la solución condenatoria y el monto de la sanción finalmente impuesta son adecuadas bajo las siguientes premisas.

Según estimo, las dudas a favor del acusado, respecto de si la intervención del sujeto lesionado vulneró su propio ámbito de responsabilidad o deberes de autoprotección, debieron ser valoradas en la corroboración del tipo objetivo del injusto investigado, esto es, sistemáticamente, antes de la determinación de la pena aplicable.

Esto es así toda vez que, para sostener que la faz objetiva de un delito de resultado se encuentra acreditada, la intervención de quien ha resultado ser víctima del curso lesivo juega un papel relevante en la imputación objetiva del comportamiento (ver **causa «Colombero Peruzzi»**).

No obstante, más allá de si las consideraciones del tribunal han sido adecuadas en este sentido, la solución a la que llega sigue siendo justificada en la medida impuesta, pues el suceso lesivo también es reconducible, en parte, al acusado.

En otras palabras, más allá del adecuado tratamiento sobre el estado de dudas respecto del valor de la conducta desaprobada de la víctima, el peso con el que se ha probado el riesgo asumido por Barrientos no ha sido controvertido por la defensa.

Esta circunstancia, según mi opinión, determina que en el caso bajo estudio hay certezas, al menos, sobre una **conurrencia de riesgos** en la conducción automotor (ver **causa «Bertani Tejeiro»**).

En este sentido, ha sido el mismo tribunal de sentencia el que ha sostenido que, «[...] aún cuando la víctima haya hecho un aporte a su resultado fatal o, dicho de otra manera, haya inicialmente ella creado el riesgo, ello no obsta a que el imputado, con su conducta antirreglamentaria e imprudente, colocó en el caso su plus riesgoso, con lo cual [...] se desvirtúa así el argumento defensivo cuál pretende excluir [...] la

responsabilidad de Barrientos, al decir que la culpa es exclusiva de la víctima por pasar en rojo [...]» (ver fundamentos, fs. 228 vta.).

Esta es una variante dogmática que explica, según entiendo, de un modo adecuado el caso controvertido y que se ve suficientemente reflejado en la pena finalmente individualizada por el a quo.

La defensa, por su lado, no ha dado motivos para refutar las consideraciones del tribunal en este aspecto.

Ello, puesto que no ha logrado demostrar que el resultado lesivo imputado a Pablo Barrientos, sea consecuencia del exclusivo comportamiento arriesgado de la víctima, o, dicho de otro modo, que el riesgo provocado por el acusado no ha tenido relevancia en la configuración del suceso.

Por estas razones, considero que la primera cuestión debe contestarse negativamente. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere al voto que antecede.

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

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

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

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

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

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Pablo Fabián Barrientos Revello.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad
- 3.- Remitir las presentes actuaciones al Tribunal de origen, a sus efectos.

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

27- GUEVARA. 06-08-20.

| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
|----|----|----|------|--------|---------|---------|----------|---------|---------|---------|------------|-------------|----------|------------|
| - | - | - | | - | - | - | A | - | - | - | -3° | SJP | N | 474 |

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200806_FyQcGuevara.pdf

Lex: Art. 84, 67, 76 bis, 76 ter del CP.

Vox: Homicidio culposo. Prescripción. Solicitud de SJP. Suspensión de plazos. Causales suspensivas. Causales interruptivas.

Summa:

El **Primer Juzgado Correccional** rechazó la instancia de sobreseimiento por prescripción de la acción penal solicitada por el Ministerio Público Fiscal y la defensa técnica del nombrado.

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 del CPP). Estima que la solicitud de SJP **no es** una causal suspensiva de los plazos.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado el recurso, toda vez que la solicitud de SJP **es** una **causal de suspensión de la prescripción** habida cuenta que, ante el pedido realizado por el imputado o su letrado, se detiene o paraliza el juicio debiendo resolverse sobre la cuestión.

La **SCJM** resolvió hacer lugar al recurso de casación formulado por la defensa técnica y, en consecuencia, anular la resolución dictada, remitiendo la presente causa al JPC de la 3° CJ, a fin de que la OGAP siga el trámite de ley y se emita un nuevo pronunciamiento, conforme al resultado aquí arribado.

Resolución cuestionada: Auto pronunciado por el Juzgado Correccional N° 1- 3° CJ.

Precedentes citados

a-CSJN

- Fallos 324:4125

Doctrina citada.

MAIER, JULIO; Sobre la prescripción penal y su interrupción por la “secuela del juicio”, Derecho Penal y Criminología, N° 4, pág. 577 y ss.

Parágrafos destacados.

“...el a quo consideró que «la [solicitud de] suspensión del juicio a prueba por parte del imputado suspende el término de la prescripción hasta que se decida definitivamente acerca de su concesión o rechazo y opera como cuestión previa». ... En efecto, entiendo que en la resolución cuestionada no se han tenido en cuenta dos circunstancias dirimentes. Por un lado, que las medidas o actos con efecto interruptivo **emanan del órgano jurisdiccional** (art. 67, sexto párrafo, incisos d y e del C.P. –incluso el inciso a, puesto que requiere de una sentencia que declare la comisión de otro delito–) **o del órgano acusador** (art. 67, sexto párrafo, incisos b y c del C.P.). Y, por otro, que las **causales de suspensión del curso de la prescripción** constituyen cuestiones jurídicas que, o bien deben ser resueltas en un juicio distinto al proceso penal, aun cuando no impidan su inicio o prosecución, pero sí la sentencia –se trata de las cuestiones prejudiciales que inciden en la esencia de lo planteado–; o bien deben ser decididas antes del

proceso penal, impidiendo su inicio o deteniendo su curso, tales como el desafuero, juicio político, jury de enjuiciamiento u otro asunto judicial que no se refiera a la sustancia del conflicto –esto es, la cuestión previa–...”

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

Fallo:

CUIJ: 13-03871525-3/1((032101-34981)) F. Y QUERELLANTE PARTICULAR C/ GUEVARA WALTER FABRICIO P/ HOMICIDIO CULPOSO (34981) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *103916772*

En Mendoza, a los seis días del mes de agosto del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-03871525-3, caratulada “F. Y QUERELLANTE C/ GUEVARA, WALTER FABRICIO P/ HOMICIDIO CULPOSO S/ CASACIÓN”.

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

La defensa de Fabricio Walter Guevara interpone recurso de casación (fs. 401/406 vta.) contra la resolución de fs. 392/393 vta., en cuanto rechazó la instancia de sobreseimiento por prescripción de la acción penal solicitada por el Ministerio Público Fiscal y la defensa técnica del nombrado, pronunciamiento dictado en autos N° 34.981 por el Primer Juzgado Correccional de la Tercera Circunscripción Judicial de la Provincia de Mendoza.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

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

1.- Resolución recurrida

El pronunciamiento cuestionado –en lo pertinente– establece que «[...] la prescripción no ha tenido lugar y por ende no corresponde ordenar el sobreseimiento del imputado [...] el análisis de las constancias del proceso demuestra la concurrencia de una causal suspensiva del curso de la prescripción de la acción penal, no tenida en cuenta por las partes, y como tal, ha impedido que la prescripción se produzca al tiempo que fuera solicitada [...]. El representante del Ministerio Público Fiscal y el Defensor Técnico, en sus respectivas instancias [...] omitieron considerar en sus razonamientos el **período de suspensión del curso de la prescripción de la acción penal** que se extendió desde la petición del imputado de resolver la causa por vía de suspensión de juicio a prueba, formulada a fs. 206, en fecha 30/10/2009, hasta el día 28/06/2011 en que quedó definitivamente resuelta la cuestión en el sentido de la prosecución del juicio, al adquirir firmeza la resolución de la Suprema Corte de Justicia que revocó el beneficio concedido al imputado [...]

Por lo expuesto, [...] **la [solicitud de] suspensión del juicio a prueba** por parte del imputado suspende el término de la prescripción hasta que se decida definitivamente acerca de su concesión o rechazo y opera como cuestión previa, en el marco del art. 67 del Código Penal, y debe ser incluido en el cómputo del plazo [...].».

2.- Recurso de casación

El recurrente basa su pretensión impugnativa en las previsiones del art. 474, inc. 2º del C.P.P., es decir, por adolecer el pronunciamiento cuestionado de vicios in iudicando.

En ese orden, señala que se ha interpretado incorrectamente la ley sustantiva, en tanto se pretende dar vida a la acción penal invocando el tiempo que la causa estuvo ante esta Suprema Corte de Justicia con motivo del recurso de casación interpuesto por la parte querellante contra la suspensión del juicio a prueba dispuesta por la titular del Juzgado Correccional.

El impugnante considera que el fallo revocatorio deja al instituto aludido como un acto inexistente en la causa y, por ello, habilita a la continuidad del proceso como si este no hubiera ocurrido.

Efectúa un análisis del **art. 76 ter del Código Penal**, expresando que la suspensión de la prescripción de la acción penal a la que la norma hace referencia alude al tiempo establecido en la resolución respecto a la duración de la suspensión del juicio a prueba y está relacionado con la posibilidad de que el beneficiario no cumpla con alguna de las obligaciones impuestas.

Considera que el magistrado interviniente ignoró el contenido del **art. 67 del Código Penal** que establece taxativamente los únicos actos procesales que tiene entidad suficiente para suspender el plazo de la prescripción de la acción penal, haciendo una interpretación analógica incomprensible de las cuestiones previas.

En función de ello, solicita se revoque el pronunciamiento cuestionado y se dicte el sobreseimiento de Fabricio Walter Guevara.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador General estima que corresponde el rechazo de la pretensión casatoria.

Ello, toda vez que la **solicitud de suspensión de juicio a prueba debe tomarse como una verdadera causal de suspensión de la prescripción** habida cuenta que, ante el pedido realizado por el imputado o su letrado, se detiene o paraliza el juicio debiendo resolverse sobre la cuestión.

Considera que no se trata de una cuestión forzada de analogía, sino que lo dicho encuentra respaldo en lo establecido por el **art. 67 del Código Penal**.

Expresa que, en el caso de autos, la prescripción se encontró suspendida desde el 30/10/2009 hasta el 28/06/2011, plazo que no puede ser computado como plazo útil de prescripción y que esta nueva instancia, planteada por el defensor del imputado, por su carácter y naturaleza de cuestión previa, también *suspende el curso de la prescripción*.

Por tanto, según entiende, desde el día 25/09/2015 y hasta que se resuelva en forma definitiva la acción penal que subyace al delito investigado se encuentra actualmente suspendida.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Conforme las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que debe hacerse lugar al recurso de casación interpuesto por las razones que paso a explicar.

A modo de introducción, corresponde destacar que la cuestión a dilucidar en el planteo sometido a consideración se centra en determinar **si el periodo que transcurre desde la solicitud de suspensión de**

juicio a prueba hasta su concesión o denegatoria, incluida la etapa recursiva, constituye un lapso temporal suspensivo del curso de la prescripción a modo de «cuestión previa» como sostuvo el juez a quo. A esos fines, resulta conveniente recordar el alcance de algunos conceptos.

En ese orden, cabe señalar que –como sostiene la generalidad de la doctrina y jurisprudencia– la prescripción de la acción penal consiste en una autolimitación del Estado para el ejercicio del ius puniendi, motivada por una pluralidad de consideraciones político-criminales que hacen aconsejable renunciar a la imposición de la pena cuando, por el tiempo transcurrido, ello pudiera generar más inconvenientes que ventajas.

Así, en aquellos casos en que se verifique la ausencia de voluntad persecutoria estatal –puesto que el Estado ha perdido el interés en la persecución de ese delito concreto por diversas razones– corresponde que se declare la extinción de la acción penal por el transcurso del tiempo.

No obstante ello, existen circunstancias que paralizan momentáneamente el curso del plazo establecido por ley para que opere la prescripción –causales suspensivas– y otras que lo interrumpen –causales interruptivas–.

En el caso sometido a estudio, la cuestión a dilucidar tiene su eje en las causales suspensivas y, más específicamente, en lo que se refiere a las **cuestiones previas o prejudiciales**.

Tal como surge de la resolución recurrida, el a quo consideró que «la [solicitud de] suspensión del juicio a prueba por parte del imputado suspende el término de la prescripción hasta que se decida definitivamente acerca de su concesión o rechazo y opera como cuestión previa».

En otras palabras, el magistrado que emitió la decisión cuestionada ha entendido que el acto del imputado –o su defensa– de peticionar el instituto aludido suspende el curso de la prescripción, postura que no comparto.

En efecto, entiendo que en la resolución cuestionada no se han tenido en cuenta dos circunstancias dirimientes.

Por un lado, que las medidas o actos con efecto interruptivo **emanan del órgano jurisdiccional** (art. 67, sexto párrafo, incisos d y e del C.P. –incluso el inc. a, puesto que requiere de una sentencia que declare la comisión de otro delito–) **o del órgano acusador** (art. 67, sexto párrafo, incisos b y c del C.P.).

Y, por otro, que las **causales de suspensión del curso de la prescripción** constituyen cuestiones jurídicas que, o bien deben ser resueltas en un juicio distinto al proceso penal, aun cuando no impidan su inicio o prosecución, pero sí la sentencia –se trata de las cuestiones prejudiciales que inciden en la esencia de lo planteado–; o bien deben ser decididas antes del proceso penal, impidiendo su inicio o deteniendo su curso, tales como el desafuero, juicio político, jury de enjuiciamiento u otro asunto judicial que no se refiera a la sustancia del conflicto –esto es, la cuestión previa–.

En ese orden, corresponde señalar que no revelan capacidad interruptiva de la prescripción los actos que, si bien movilizan el trámite de la causa, no reflejan el interés de la persecución penal, como lo constituyen los actos de la defensa que, aunque no logren su cometido, procuran inhibir la pretensión punitiva **(MAIER, JULIO; Sobre la prescripción penal y su interrupción por la “secuela del juicio”, Derecho Penal y Criminología, N° 4, pág. 577 y ss.)**.

Y tampoco podrá asignarse a tales actos capacidad suspensiva, en tanto no comparten las características de las cuestiones prejudiciales o previas, descriptas precedentemente.

Ello, teniendo en cuenta que ese accionar del imputado o su defensa no puede ser valorado en su contra, puesto que son los órganos estatales quienes tienen a su cargo el deber de asegurar que el proceso se desarrolle normalmente y sin dilaciones (**CSJN; Fallos 324:4125**).

En ese contexto, cabe destacar que en aquellos casos en que la persona investigada se encuentra sujeta a proceso –en tanto no ha transgredido el ordenamiento legal ni ha incurrido en una conducta claramente dilatoria– y, en ese marco, ejerce todas las facultades que la ley le proporciona para garantizar sus derechos –esto es, pedir la aplicación de aquellos institutos procesales que puedan beneficiarlo y efectuar todas las impugnaciones que crea corresponder–, el tiempo que insume a la administración de justicia la resolución de sus planteos, aún cuando provoque el transcurso del plazo máximo de prescripción, es una cuestión que excede su responsabilidad y que no puede ser interpretada en su contra, conforme surge del principio consagrado por **el art. 2 del CPP**.

Es más, ese transcurrir del plazo de prescripción sin que se haya emitido el pronunciamiento pertinente puede interpretarse como un desinterés por parte del Estado en continuar con la persecución del delito de que se trate, dando prioridad a otras causas, de acuerdo a las pautas de política criminal vigentes en ese momento y a la carga de trabajo existente.

Por lo tanto, entiendo que no puede predicarse, sin más, que el trámite correspondiente a la solicitud de la suspensión del juicio a prueba, incluidas sus etapas recursivas –o la resolución de los planteos de prescripción, como sostiene el señor Procurador– opere como causal suspensiva del curso de la prescripción, sino tan sólo aquél en que efectivamente el juicio estuvo suspendido por la efectiva concesión del beneficio, como surge del segundo párrafo del art. 76 ter del CP.

Ahora bien, tal como sostuvo el a quo a fs. 343 vta. de la resolución impugnada, en la causa sometida a estudio ha transcurrido el plazo de un año, siete meses y veintiocho días desde la solicitud de suspensión de juicio a prueba formulada por el imputado hasta que su concesión fue revocada por esta Suprema Corte de Justicia, en virtud del recurso de casación deducido por el querellante particular.

Sin perjuicio de ello y conforme al análisis precedente, el transcurso de ese periodo de tiempo no puede ser interpretado en contra de quien solicitó la aplicación de un instituto establecido por la ley en su beneficio y, en virtud de ello, ese lapso temporal tampoco puede ser descontado del plazo establecido por el Código Penal para que opere la prescripción de la acción penal en relación al delito oportunamente endilgado, por no constituir causal de suspensión del curso de la prescripción.

En virtud de las razones antes señaladas, considero que debe **anularse la resolución impugnada** y remitir los obrados al subrogante legal a fin de que resuelva el planteo formulado por la defensa de Walter Fabricio Guevara de acuerdo al criterio aquí desarrollado.

Por lo expuesto y oído el señor Procurador General, corresponde dar respuesta afirmativa a la primera cuestión sometida a tratamiento. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo y Dr. Adaro. Adhiere al voto que antecede.

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

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO: Atento el resultado a que se arriba en la cuestión que antecede, corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto y, en consecuencia, anular la resolución obrante a fs. 392/393 vta.

De autos, debiendo remitir el expediente al Juzgado Penal Colegiado de la Tercera Circunscripción, a fin de que la OGAP siga el trámite de ley y se emita un nuevo pronunciamiento, conforme al resultado aquí arribado. ASÍ VOTO.

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

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

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

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

SENTENCIA:

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

- 1.- Hacer lugar al recurso de casación formulado por la defensa de Walter Fabricio Guevara y, en consecuencia, anular la resolución obrante a fs. 392/393 vta. De estos obrados.
- 2.- Remitir la presente causa al Juzgado Penal Colegiado de la Tercera Circunscripción Judicial, a fin de que la OGAP siga el trámite de ley y se emita un nuevo pronunciamiento, conforme al resultado aquí arribado.
- 3.- Imponer las costas por su orden y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

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

28- GARCIA. 27-08-20.

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

Web: https://www2.ius.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200827_FyQcGarcia.pdf

Lex: Art. 79, 277 inc. 1°, apartado c y 55 del CP

Vox: Homicidio simple. Concurso real. Encubrimiento. Valoración de la prueba. Vicio iuris. Vicio in iudicando. Calificación legal. Determinación de la pena.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **catorce años de prisión** por el delito de homicidio simple en concurso real con el delito de encubrimiento simple (arts. 79, 277 inc.1º, apartado c y 55 del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 del CPP)

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

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 950, pronunciada por el TPC N° 1- 1° CJ.

Parágrafos destacados.

“...Quien invoca un vicio in iudicando debe atenerse a los hechos fijados por el a quo, sin discutirlos ni modificarlos...”

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

Fallo:

CUIJ: 13-05027684-2/1((018601-10299)) FC/ GARCIA GUTIERREZ ROBERTO ANDRES P/ HOMICIDIO SIMPLE (10299) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105193070*

En Mendoza, a los veintisiete días del mes de agosto del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05027684-2/1, caratulada "F. Y QUERRELLANE PART. C/ GARCÍA GUTIÉRREZ, ROBERTO ANDRES P/ HOMICIDIO SIMPLE Y ENCUBRIMIENTO SIMPLE S/ CASACIÓN".

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

La defensa del imputado Roberto Andrés García Gutiérrez interpone recurso de casación contra la Sentencia N° 950 (fs. 366) y sus fundamentos, en cuanto condena al imputado a la pena de catorce años de prisión por el delito de homicidio simple en concurso real con el delito de encubrimiento simple (arts. 79, 277 inc.1º, apartado c y 55 del CP).

El pronunciamiento fue dictado en las causas N° P-10.299/19 y P- 6.378/18, respectivamente, por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

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

I.- Sentencia recurrida

La resolución cuestionada establece, en lo que aquí respecta, que ha quedado acreditado en el debate que «[e]l día 5 de febrero de 2019, aproximadamente entre la 1:00 hs y las 2:00 hs, en la intersección de calles Sucre y Libertad de Las Heras, Rodolfo Adrián Morales fue sorprendido por Roberto Andrés García Gutiérrez, alias «Andrecito», quien le produjo una herida con un objeto corto punzante a la altura de la clavícula izquierda. Como consecuencia de ello, la víctima falleció el día 6 de febrero de 2019».

Para así decidir, el sentenciante valoró, entre los elementos de juicio más relevantes, las declaraciones testimoniales del testigo de identidad reservada N° 1 (en adelante, SAL), de Franco Espinoza, ambos testigos del hecho, el informe de necropsia de fs. 264 y demás elementos de juicio incorporados al debate.

II.- Recurso de casación

La defensa plantea recurso de casación contra la resolución antes individualizada en razón de lo dispuesto por el art. 474 incs.1° y 2° del CPP, es decir, por adolecer el pronunciamiento cuestionado de vicios in iudicando y vicios in procedendo.

En el aspecto formal, señala que de la simple lectura de los fundamentos de la sentencia impugnada, se advierte que el juez sentenciante sólo ha realizado un simple análisis y transcripción de las declaraciones

testimoniales de cargo, rendidas tanto en la investigación penal preparatoria, como en la audiencia de debate oral.

Afirma que el juez a quo para fundar la sentencia sólo valoró la prueba testimonial de cargo y, de este modo, omitió en forma arbitraria valorar la declaración indagatoria del imputado García Gutiérrez, y de toda aquella prueba que la sostiene.

Alega que a partir de ello, el sentenciante infirió la participación delictiva de su asistido por medio del descarte antojadizo de una prueba testimonial de cargo que lo favorecía y, en su lugar, valoró una serie de testimonios interesados que, conscientemente, se apartaron de la verdad y pretendieron acreditar aquella participación criminal.

En este sentido, explica que el a quo eligió al azar lo declarado por el testigo SAL para fundar su sentencia condenatoria, por encima del testimonio de Franco Espinoza, a pesar de que los dichos de este testigo son coincidentes con la versión de los hechos brindada por el imputado Roberto Andrés García.

Precisa que Franco Espinoza, quien fue testigo presencial del hecho, relató lo acontecido desde una posición preferencial, y que pudo describir la agresión de Adrián Morales hacia el imputado García, siendo el primero quién le manifestó esgrimiendo el arma de fuego: «te voy a matar si no me pagas lo que me debes»; como así también pudo describir el arma con la que Morales amenazó a su defendido.

Con base a lo expuesto, sostiene la existencia de vicios in iudicando, ya que a pesar de la tipicidad de la conducta realizada por el imputado García, tal acción se encuentra autorizada o permitida por otra disposición legal de aplicación prevalente, es decir, por una causa de justificación prevista en el **art. 34 inc. 6 del CP**.

Destaca al respecto que en el caso sub examine se dan los requisitos básicos del instituto de la legítima defensa, en tanto quedó acreditado que Morales le profirió una agresión ilegítima a García al amenazarlo de muerte.

Del mismo modo, entiende que el recaudo de la proporcionalidad del medio empleado para defenderse también se acredita en autos, ello por considerar que: Morales amenazó al imputado esgrimiendo un arma de fuego; el testigo Espinoza se apartó del lugar alarmado por la situación; y, por último, la imposibilidad de la inmediata intervención de la policía.

En relación al requisito de la falta de provocación suficiente por parte de su asistido alega que, por el contrario, tal actitud fue asumida por la víctima quien mediante la exhibición de un arma de fuego le profirió amenazas de muerte a García.

Como otro vicio iuris, el censurante se agravia por entender que el juez de sentencia al determinar el monto de la pena incurrió en arbitrariedad, puesto que ésta es infundada, injustificada y rompe con el principio de proporcionalidad.

En este sentido, considera que el juez a quo no ponderó las pautas mensuradas en los **arts. 40 y 41 del CP**, y fijó una pena desmesurada que no responde al principio de responsabilidad en la medida del hecho y de la culpabilidad de García. Señala que tal defecto se advierte en la circunstancia de que el imputado carece de antecedentes y no es reincidente.

Agrega que dentro del promedio de las penas impuestas por los otros tribunales de la provincia para casos análogos, el monto de la pena impuesta a su defendido se ubica por encima de todas estas resoluciones. Con base a lo expuesto, solicita se case la sentencia y se disponga la absolución del imputado Roberto Andrés García Gutiérrez en orden al delito de homicidio simple previsto y penado en el **art. 79 del CP**. Formula reserva del caso federal.

III.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General estima que el recurso de casación interpuesto por la defensa del imputado no puede prosperar, en tanto no se advierte en la sentencia cuestionada una inobservancia de las normas que pudiera acarrear la nulidad, debiendo confirmarse la validez de la sentencia.

Señala que de la lectura de los fundamentos de la resolución cuestionada se advierte que para arribar a la certeza acerca de la existencia material de los hechos y la autoría del imputado, el plexo probatorio fue analizado y cotejado en su totalidad por el juzgador.

Destaca que en la fundamentación del fallo el juzgador explicó en forma minuciosa los motivos por los cuales le otorgó preeminencia a la declaración del testigo SAL, por sobre la declaración del testigo Franco Espinoza.

En relación al cambio de calificación legal propiciada por la defensa, entiende que el juez de sentencia explicó acabadamente por qué en el presente caso no resultaba procedente la aplicación del instituto de la legítima defensa.

Del mismo modo, y en cuanto al agravio vinculado a la determinación del monto de la pena, entiende que el a quo ha ponderado adecuadamente las pautas establecidas en los arts. 40 y 41 del CP, por cuanto analizó las circunstancias en que se desarrollaron los hechos, la edad de la víctima y sus circunstancias de vida. Concluye que la sentencia atacada se encuentra debidamente motivada, por lo que el planteo de la defensa es infundado y no debe prosperar.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia condenatoria dictada en la presente causa corresponde adelantar que, por los motivos que a continuación se exponen, la impugnación no resulta procedente. Veamos.

De manera previa resulta pertinente destacar que el censurante dirige sus agravios en relación a los fundamentos brindados por el juez sentenciante en la causa N° P- 10.299/19 donde el imputado Roberto Andrés García Gutiérrez resultó condenado como autor del delito de homicidio simple (art.79 del C.P.), quedando firme el pronunciamiento dictado en la causa N° P- 6.378/18, en donde el acusado fue condenado por el delito de encubrimiento simple (art.277 inc. 1°, apartado c del CP).

Sentado ello, en lo que sigue me abocaré a explicar por qué los vicios invocados no pueden ser recibidos, en tanto no advierto en la sentencia cuestionada vicios capaces de calificarla como un acto jurisdiccional inválido.

A.- Cuestionamientos sobre la valoración de la prueba

En forma preliminar, es preciso aclarar que la defensa no pone en crisis la existencia material del hecho ni la autoría del imputado, sino que sólo dirige sus argumentos en obtener, a partir de una interpretación

parcial –y menos gravosa– de los distintos elementos de juicio agregados al debate, una modificación de la calificación legal que lo benefició. Sin embargo, se advierte que el censurante en esa tarea no realiza un análisis crítico de cada uno de los argumentos desarrollados por el sentenciante para sostener la responsabilidad de García Gutiérrez en los hechos que se le atribuyen.

En concreto, el recurrente cuestiona la credibilidad de la versión de los hechos brindada por el testigo SAL, respecto del cual considera que el a quo le otorgó, en forma arbitraria, relevancia probatoria en desmedro de lo declarado por el testigo Franco Espinoza, quien –a criterio de la defensa– dio sustento a la versión de los hechos brindada por el imputado García Gutiérrez en oportunidad de ejercer su defensa material. Entiendo que el agravio esgrimido en este sentido no puede prosperar, por cuanto el juez de sentencia dio suficientes razones al momento de valorar las testimoniales puestas en consideración por el censurante.

En este sentido, el juez de instancia anterior de modo preliminar aclaró que «[...] fueron decisivas las declaraciones testimoniales de las personas que vieron en forma directa los pormenores del suceso. Estas fueron TIR Nº 1, Franco Espinoza y el propio imputado en su versión de descargo aportada durante el debate. Aclaró, en relación a las restantes pruebas indirectas, que «[...] su valor es secundario y sirven de apoyo a la tesis fáctica del Ministerio Público» (fundamentos de fs. 374 vta.).

Luego, el sentenciante aclaró que coincidía con lo sostenido por el Ministerio Fiscal y la parte querellante, en cuanto a los motivos de la discusión que se suscitó entre la víctima y el imputado.

En este sentido señaló que Adrián Morales y el imputado García discutieron en razón del reclamo del primero sobre un celular que le habría sustraído el segundo. Agregó el a quo que tal motivación fue la que justificó el desenlace de los hechos. Al respecto debe señalarse que esta afirmación del juez de la instancia anterior, no fue refutada en forma expresa y contundente por la defensa.

Dicho esto, debe señalarse que también que el sentenciante explicó los motivos por los cuales le otorgó mayor credibilidad a la versión de los hechos brindada por el testigo SAL. Destacó así que «[...] básicamente porque la declaración de SAL, presenta una entidad –en clave objetiva y subjetiva– que le otorga mayor credibilidad respecto a la similar declaración del otro testigo presencial Franco Espinoza». Al respecto, precisó que la declaración de SAL lució objetiva, detallada, precisa en el accionar del autor y de la víctima, contextualizada y sin vinculación con ninguna de las partes.

En cambio, consideró que la testimonial brindada por Franco Espinoza resultó poco creíble, y con sospecha de parcialidad en tanto el testigo reconoció que fue compañero de colegio del imputado.

Además el sentenciante advirtió en este testimonio contradicciones con el relato del imputado, en especial, en cuanto al arma utilizada por éste para perpetrar el hecho –el testigo hizo referencia a un cuchillo serrucho y el imputado a un destornillador– y la circunstancia de que no vio al imputado arrojar nada al piso, extremo que sí aseguró el imputado García en oportunidad de ejercer su defensa material, quien precisó que por el miedo arrojó el destornillador al piso (fundamentos de fs. 377).

Por otra parte, consideró el juez de instancia anterior que el relato del imputado carecía de toda lógica, por cuanto sus afirmaciones son contradictorias y excluyentes entre sí, lo que le impedía alcanzar una versión seria, creíble y que tuviera una corroboración periférica que la sustentara.

Cuestionó en tal sentido, la credibilidad de la circunstancia relatada por García, en cuanto aseguró que encontró el destornillador con el que perpetró el hecho justo antes de encontrarse con la víctima, como así también, el hecho de no recibir ningún ataque por parte de Adrián Morales con la supuesta arma de fuego que portaba.

Ponderó también el juez sentenciante, «[...] como otros datos indiciarios de relevancia para acuñar la credibilidad del testimonio de SAL, que en ningún momento refirió haber visto que Adrián tenía un arma».

Entendió el a quo que la circunstancia de que no se pudo acreditar que Morales haya efectuado algún disparo con la supuesta arma que portaba, cuando recibió el puntazo en la clavícula por parte del imputado, refuerza lo sostenido por el testigo SAL.

Del mismo modo, el sentenciante meritó que ninguna de las personas que estuvieron con la víctima el día del hecho, a excepción de García y Espinoza, observaron que la víctima portara arma de fuego.

Destacó en tal sentido, que la vestimenta que llevaba Morales aquella noche –una malla–, sobre la que todos los testigos coincidieron, no permitiría errores de percepción en este sentido, tanto de parte del testigo SAL, como de las hermanas de la víctima, María Morales y Natalia Morales, quienes aseguraron que Adrián Morales sólo llevaba la billetera y las llaves cuando salió de su casa.

Además ponderó el a quo algunos aspectos de la personalidad de Morales, las que fueron aportadas por el resto de las testimoniales, las que dan cuenta que la víctima era una persona tranquila, dedicaba a la música y a su hija, que no se involucraba en situaciones conflictivas y que –a contrario del imputado– no tenía problemas con la ley (fundamentos de fs. 377 vta.).

Concluyó el juez de instancia anterior que «[n]o hubo ningún parámetro de legítima defensa», no sólo porque no se pudo acreditar que la víctima portaba una arma de fuego, sino porque «tampoco se pudo dar crédito a que fue Adrián el que abordó enfurecido a Andrés, toda vez que aun teniendo motivos para hacerlo [...] describe SAL con precisión que fue Andrés el que increpó a Adrián, ordenando que no hablara giladas y se retirara del lugar».

Destacó también que el comportamiento del imputado no fue producto de un obrar irreflexivo o un accionar precipitado, ya que en el caso en concreto, y conforme lo relató el testigo SAL está probado que «[...] interrumpió el autor la discusión que mantenía con el occiso, fue a su casa a buscar el objeto punzo cortante y regresó, continuó el intercambio verbal y luego atacó a la víctima. Es decir, hubo un designio preciso para ejecutar la acción» (fundamentos de fs.378 vta.).

Agregó además que el testigo Espinoza refirió que Andrés al observar a la víctima manifestó: «mirá quién viene allí». Entendió el a quo que estos elementos «[...] que son contestes con la existencia de una provocación, sitúa el actuar del imputado en perspectiva de antijuricidad plena» (fundamentos de fs. 377 vta.).

Con base a lo expuesto, entiendo que no se comprueba en el presente la violación a las normas legales denunciadas por el quejoso, siendo la sentencia que se recurre una resolución suficientemente fundada a la vez que respetuosa de las reglas de la sana crítica en la valoración de la prueba.

B.- Críticas acerca de la calificación legal y la pena aplicada

Habiéndose rechazado los vicios formales en torno a la valoración probatoria de los extremos de la imputación que conforman los fundamentos de la resolución atacada, corresponde analizar los vicios iuris expuestos por el censurante.

Tal como se adelantara *ut supra*, la defensa del encausado reprocha que la sentencia condenatoria aplica erróneamente el derecho, al encuadrar la conducta desplegada por su representado en una calificación jurídica que, en su opinión, resulta errónea, debiendo subsumirse los hechos en el tipo permisivo contemplado en el art. 34 inc. 6 del CP.

Sin embargo, atento a la vinculación entre los agravios formales y sustanciales expuestas en el inicio del presente análisis, el rechazo a los primeros conduce necesariamente a la negación de los segundos.

Es que al haberse confirmado la plataforma fáctica que el juez de sentencia tuvo por acreditada en oportunidad de dictar sentencia condenatoria, la pretensión de la defensa acerca de la modificación del encuadre jurídico de la conducta endilgada a su defendido, debe ser rechazada.

Dicho de otro modo, si el agravio sustancial encuentra como único sustento una modificación de la plataforma fáctica sobre la que se asienta la calificación legal, denegado el primero, debe ello tener virtualidad manifiesta sobre lo segundo.

Al respecto, cabe señalar la posición asumida por este Tribunal, con distinta integración, al sostener que «[e]l recurrente debe ceñir su pretensión impugnativa a los hechos acreditados, toda vez que quien invoca un vicio sustantivo no puede desconocerlos ni modificarlos.

Esta exigencia formal deriva de la esencia misma del control que permite este motivo casatorio, ya que con él se procura analizar el **vicio “iuris”** atribuido a la resolución objetada, el que siempre versa sobre una interpretación propiamente jurídica, sin que se puede evaluar ni alterar el material fáctico alcanzado por esa interpretación, el que queda fijado por el Tribunal inferior» (LS 473-163) y que «[l]a invocación de un vicio sustantivo supone el respeto inexorable de los hechos fijados en la sentencia, por ende no puede esgrimirse un error en la aplicación de la norma sobre la base de un error en la motivación del fallo.

Quien invoca un vicio in iudicando debe atenerse a los hechos fijados por el a quo, sin discutirlos ni modificarlos» (LS 464-080).

Por último, habiéndose confirmado la sentencia cuestionada en esta instancia en cuanto a la materialidad del hecho, la autoría del acusado y el encuadre legal, corresponde analizar a continuación los aspectos del recurso que impugnan la motivación de la individualización de la pena; específicamente sobre el quantum de penalidad determinado.

Al respecto cuestiona el censurante que el sentenciante al determinar el monto de la pena, se ha desentendido de las pautas establecidas en el art. 40 y 41 del CP, es especial, destaca que no tuvo en cuenta la falta de antecedentes condenatorios.

A mi modo de ver, este agravio tampoco puede prosperar en tanto considero que el juez de la instancia anterior ha brindado suficientes y adecuadas razones para situar la sanción el monto aplicado. E

n este punto, debe considerarse que el juez de sentencia atribuyó al acusado la pena de catorce años de prisión, y para la determinación de este monto tuvo en consideración la culpabilidad del imputado en los

dos hechos que resultó condenado y a los que el a quo consideró de gravedad (homicidio simple y encubrimiento simple).

Así, para justificar el monto aplicado, el a quo entendió que aquél resultaba adecuado teniendo en cuenta la naturaleza de las acciones desplegadas, los peligros ocasionados, la calidad de las personas involucradas y el daño producido a la víctima.

De esta manera se valoró como agravante –en el caso del homicidio– el móvil que lo llevó a perpetrar el hecho, esto es, el reclamo por parte de la víctima de un celular que le habría robado el imputado.

También se ponderó la acción desplegada por el imputado García, en cuanto esperaba en algún momento increpar a la víctima por acusarlo del robo del celular.

Del mismo modo, el a quo meritó que el hecho no fue como consecuencia de un acto irreflexivo del imputado ya que, conforme a las circunstancias acreditadas en que tuvo lugar el iter criminis, el imputado García tuvo la oportunidad de reconsiderar la acción que quería llevar a cabo.

Valoró también como circunstancias agravantes, la edad de la víctima, que era padre de una niña, era trabajador, músico y tenía una vida por delante (fundamentos de fs. 380).

Aclaró el juez de sentencia que las circunstancias analizadas merecían idéntico desarrollo en relación al delito de encubrimiento simple por el que también el imputado resultó condenado, en especial, en el aspecto subjetivo. Agregó como circunstancia atenuante en este delito, la voluntad del imputado y su defensa de reconocer la autoría en el marco del debate (fundamentos de fs. 380 vta.).

En razón de lo expuesto, estimo que el juzgador ha tenido en cuenta de manera correcta aquellos elementos de mensura referidos en el código de fondo (arts. 40 y 41 del C.P.) para arribar a una solución justa.

Es decir, dentro de la escala aplicable, que presenta un mínimo y un máximo que se encuentra entre los ocho y los veintiocho años, la pena impuesta se encuentra comprendida dentro del primer tercio de ella, brindando el sentenciante adecuados motivos por los cuales debía apartarse del mínimo.

Con lo cual, si bien no surge expresamente que haya valorado, como atenuante, la ausencia de antecedentes del imputado no explica el recurrente de qué manera tales aspectos pudieran incidir significativamente en la determinación de la sanción aplicable, máxime cuando ella se encuentra, como lo sostuve anteriormente, lo suficientemente alejada del máximo legal correspondiente.

Así, de la lectura de la sentencia impugnada surge evidente que no estamos ante un caso de motivación aparente o mera dogmática, sino que el juez ha interpretado las normas sustanciales correspondientes en base a las constancias de la causa, de modo tal que debe ser confirmado como acto jurisdiccional válido.

Por todo ello, y en sentido coincidente con el señor Procurador General, entiendo corresponde contestar negativamente la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazarse el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado, confirmándose la sentencia impugnada en su totalidad. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio y Dr. Palermo. Adhiere.

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren por los fundamentos al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN EL DR. MARIO D. ADARO DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

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

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO, adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación deducido por la defensa técnica de Roberto Andrés García Gutiérrez y, en consecuencia, confirmar la sentencia Nº 950 dictada por el Tribunal Penal Colegiado Nº 1 de la Primera Circunscripción Judicial.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuado.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

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

29- FABAS. 02-09-20.

| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
|----|----------|----|-----------|------------|---------|---------|-----------------|----------|------------------|---------|---------|-------------|---|------------|
| - | B | - | AI | PCE | - | - | A CO | R | CR CI | - | - | - | - | 474 |

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200902_FcFabas.pdf

Lex: Arts. 79 y 42; 166 inc. 2°, 1° párrafo, 1° supuesto, 54 y 167 inc. 2° del CP

Vox: Homicidio simple. Tentativa. Robo agravado. Arma. Concurso ideal. Poblado y en banda. Valoración de la prueba. Acto jurisdiccional válido. Falso testimonio.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **siete años y seis meses de prisión**, por resultar autor del delito de homicidio simple en grado de tentativa y como coautor del delito de robo agravado por el uso de arma en concurso ideal con robo agravado por ser cometido en poblado y en banda (arts. 79 y 42; 166 inc. 2° primera parte, 54 y 167 inc. 2° del Cód. Penal) y lo declara reincidente.

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 del CPP)

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

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

Resolución cuestionada: Sentencia N°895, pronunciada por el TPC N° 2- 1° CJ.

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

Fallo:

CUIJ: 13-05062020-9/1((018602-168021)) FC/ FABAS ZARATE MANUEL AEJANDRO P/ HOMICIDIO SIMPLE EN GRADO DE TENT (168021) (168021/17) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105228270*

En Mendoza, a los dos días del mes de septiembre del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05062020-9/1 caratulada "F. C/ FABAS ZÁRATE, MANUEL ALEJANDRO P/ HOMICIDIO SIMPLE EN GRADO DE TENTATIVA S/ CASACIÓN".

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

El defensor oficial de Manuel Alejandro Fabas Zárate interpone recurso de casación (fs. 453/465) contra la Sentencia N° 895 en tanto condena al nombrado a la pena de siete años y seis meses de prisión, por resultar autor del delito de homicidio simple en grado de tentativa en los autos P168.021/17, y como coautor del delito de robo agravado por el uso de arma en concurso ideal con robo agravado por ser cometido en poblado y en banda en los autos P-4636/18 (arts. 79 y 42; 166 inc. 2° primera parte, 54 y 167 inc. 2° del Cód. Penal) y lo declara reincidente.

El pronunciamiento fue dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

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

1.- Resolución recurrida

La sentencia cuestionada establece en la causa P-168.021/17 que el 30 de diciembre de 2017 a las 4:30 horas aproximadamente, Leandro Videla se encontraba en el interior del ex asilo San Vicente de Paul en calle Ituzaingó 1963 de Ciudad, en una de sus habitaciones, cuando mantuvo una discusión con el imputado, quien lo hirió en el cuello usando un cuchillo, ocasionándole lesiones en la tráquea con afectación del lóbulo derecho de la tiroides, siendo asistido e internado en el Hospital Central en terapia intensiva con traqueotomía de urgencia y respirador artificial. Por su parte, en autos P-4636/18 se tuvo por probado que el 13 de enero de 2018 a las 3 horas aproximadamente, cuando Diego Sebastián Cepeda se encontraba en el ex asilo San Vicente de Paul, donde había dejado una mochila negra con la insignia Puma que contenía ropa y la documentación de la libertad del penal a su nombre en el interior, fue interceptado por Fabas Zárate y dos sujetos no individualizados ni habidos, cuyos alias eran Tomás y Viejo. Fabas lo apuntó con un cuchillo antiguo, tipo carnicero con mango de madera, mientras le dijo: «Andate porque no quiero que salgas lastimado, te estoy dando la pasada, no quiero que vuelvas más por acá». Seguidamente, el imputado le hizo un gesto con la cabeza al sujeto alias Tomas que tenía un palo y le arrebató la mochila, mientras que el sujeto alias «Viejo», le obstruía la salida más rápida del lugar con un palo en la mano. El 16 de enero de 2018 a las 9 horas, personal de UID de Capital realizó un registro en el

ex asilo, aprehendiendo al imputado con parte de la res furtiva en su poder, siendo trasladado a la Comisaría Tercera.

2.- Recurso de casación

Se queja el defensor en la primera causa, porque el a quo no le ha conferido valor a la prueba de descargo, resultando la motivación arbitraria y aparente, en contra de las reglas de la sana crítica.

Señala que hay contradicciones en los hechos que se tienen por probados y que la refutación se basa en pruebas dirimentes.

Indica que el testigo Videla tiene una enemistad evidente con Fabas y que mintió, ya que dijo que éste lo atacó porque quería quedarse con su novia. Reseña que la joven Julián Estrella no era su novia y que esa noche no estaba con ella, lo que ratificó ésta en la Oficina Fiscal; que al ser esos testimonios antagónicos, uno de los dos miente, ya que ella no tuvo tiempo de acomodar su relato para declarar.

Agrega que la testigo de identidad reservada dijo que Cepeda le contó que había visto que Alejandro apuñaló a Leandro, pero se negó a prestar juramento de decir verdad, lo que lleva a dudar de su credibilidad.

Que ella se presentó tres días después del hecho, porque el sindicado era Diego Cepeda, según lo que declaró a fs. 137/138, que dista de lo que dijo en el debate. Resalta que la testigo conocida como la TIR no vio que Fabas apuñalara a Videla, siendo un testigo de oídas, y eso que oyó fue de parte de Cepeda.

A fs. 137/138 no dijo en la fiscalía que había visto a Cepeda con una remera con sangre y que otro que estaba con él tenía las manos con sangre, considerando el defensor que lo ocultó, porque de lo contrario, iba a sumar otra prueba en contra de Cepeda. Se agravia porque Cepeda dijo que esa noche llegó al asilo junto a Fabas y su novia Natalia, que estuvieron juntos y a la mañana llegó la policía y se los llevó detenidos a todos.

Apuntó que esa noche la vio pero no discutió, que se conocen pero no tiene relación, que no vio discusión entre Fabas y Videla y que esa noche estuvo con Alejandro en la cocina. Aduce que al no coincidir con la declaración de Cepeda, el testimonio de ella, de oídas, no tiene respaldo probatorio, sino que ha sido desvirtuado por lo dicho por Cepeda.

Con relación a Cepeda, dice que su relato tiene respaldo probatorio en el testimonio de Natalia Araujo, que dijo que era pareja de Fabas y que esa noche durmió en el comedor junto con él y no escuchó que se levantara de la cama.

Destaca que esa versión es respaldada también por Galván Carbone, que dijo que al imputado lo encontró a la noche con Esteban, entraron al asilo, se quedó dormido y se levantó, se pusieron a juntar tablas para hacer fuego y llegó la policía. Que no vio pelea ni discusión durante ese momento ni a persona manchada con sangre.

Reconoció la firma de fs. 62, y confirmó su declaración en el debate. Que no hay motivo para que este testigo mienta, y coincide con Cepeda y Araujo. Se pregunta la defensa cuál es la prueba de cargo para fundar la autoría de Fabas, desde que Videla es falaz al ser confrontado con Julián Estrella y la TIR de oídas, que al ser confrontada la fuente se comprobó que mentía.

Alega que no se entiende cómo se pretende que el imputado esa noche luego de apuñalar a Videla a las 4 horas se acostara a dormir junto a Natalia, Diego Cepeda, Galván Carbone y los demás, y esperara que llegara la policía para aprehenderlo, y que entre las personas que estaban allí podría haber estado el agresor de Videla, ya que éste tenía problemas con muchas personas.

Resalta que hay duda sobre la intervención de su pupilo, ante la prueba que lo desincrimina. Sobre la condena por robo, aduce el censurante que la única prueba para fundar la acusación es la versión de Diego Cepeda, cuya declaración en la Oficina Fiscal se realizó sin control de la defensa.

Que en el debate dijo que no sabía quién le había robado, que era parecido a Fabas y nada más. Señala que Cepeda hizo la denuncia dos días después del hecho, o sea que él no quería hacerla y fue coaccionado para incriminar a Fabas, que lo amenazaron para que lo denunciara.

Refiere asimismo que Videla lo amenazó, ya que no consta que haya estado internado y la versión de su pupilo en el debate es creíble.

Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador opina que el recurso debe ser rechazado porque la sentencia se encuentra sólidamente fundada, habiendo valorado en forma acertada, explicando que quien mintió fue Cepeda, en la causa por tentativa de homicidio.

Con relación a los autos P-4636/18, el a quo nuevamente afirma que Cepeda no dijo la verdad, lo que motivó la extracción de compulsas para investigar la comisión del delito de falso testimonio.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

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

Ello por cuanto la motivación de la sentencia es suficiente a los fines de su mantenimiento como acto jurisdiccional válido, a tenor de la jurisprudencia de este Cuerpo en el sentido que los posibles defectos de la resolución, para conllevar la extrema solución de su nulidad, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (L.S.186-427, 153-011, 354- 218, 392-94 y 397-177, entre otros), lo que en autos no ocurre.

En efecto, el a quo se basó en las pruebas rendidas, que valoradas de conformidad con las reglas de la sana crítica racional, convergen en la autoría del encartado en los delitos que se le endilgan.

En la causa P-168.021/17 por tentativa de homicidio, esas pruebas son la denuncia que el 11 de enero de 2018, en el tercer piso del Hospital Central, donde se reponía de una traqueotomía, hizo Videla, señalando al imputado como el sujeto que el 30 de diciembre de 2017 a la madrugada lo apuñaló en el ex asilo, lo que confirmó en el debate en declaración que el a quo juzgó verosímil, entre otros motivos, porque vio a su agresor, a quien conocía (fundamentos, fs. 443 y vta).

Con anterioridad a esa denuncia, el 2 de enero de 2018, a tres días de ocurrido el hecho y sin haber tenido contacto con la víctima, que se encontraba internada en terapia intensiva con respirador artificial, la TIR N° 1 ante la Oficina Fiscal manifestó que Diego Cepeda, a quien identificó como su pareja y que en esos

momentos estaba detenido como posible autor del hecho, le había dicho el 30 de diciembre de 2017 en la madrugada, que había visto que Fabas apuñaló a la víctima, agregando que Cepeda le tiene miedo al imputado.

Esta misma deponente ya en el debate, expuso que luego que le dieran el alta, en la terminal de ómnibus, se encontró con la víctima, quien le dijo personalmente que había sido el encartado quien lo apuñaló, y que Cepeda lo sabía. Este cuadro probatorio se complementa con otros elementos, tales como croquis, acta de procedimiento y testimonios que avalan la versión acusatoria.

Por su parte, el impugnante discrepa con el criterio con el a quo ponderó dichas probanzas, centrando su crítica en que Videla y la TIR mintieron, reiterando lo que ya planteó en los alegatos y sin refutar los argumentos que para descartar tal mendacidad, dio el a quo.

Así, el defensor refiere que la testigo Estrella negó en la Oficina Fiscal ser la novia de Videla, donde señaló a otro sujeto como su pareja, de quien estaba embarazada de tres meses, en contra de los dichos de la víctima, que aseguró que esa noche antes de ser apuñalada estuvo con ella y que Fabas lo envidiaba «...porque no podía –en alusión a Fabas– andar con esa piba (María Laura Julián Estrella) y yo sí» (fundamentos, fs. 443).

Sin embargo, el a quo desestimó la pretensión de la defensa, basándose en que «[...] haya sido su novia, pareja, amante o si tuvo o no relaciones esa madrugada con Videla, no...guarda relación con el hecho nuclear objeto de investigación [...]», en función del contexto sociocultural en que desarrollaban sus vidas las personas que habitaban el asilo (fundamentos, fs. 440 vta), aspecto que el quejoso no comparte pero omite rebatir adecuadamente.

Respecto de la TIR, el defensor la priva de credibilidad porque durante la investigación penal preparatoria, no dijo que Diego Cepeda tenía puesta una remera con sangre, prescindiendo al formular esta queja, que al ser preguntada por ese detalle en el debate, manifestó que no lo dijo porque no se lo preguntaron.

También se agravia el defensor porque los horarios en los que esta testigo vio a Cepeda no se corresponden con los que surgen de otras pruebas incorporadas, toda vez que ella expresó que a las 7:30 horas lo vio por última vez, mientras que el acta de procedimiento da cuenta que la policía arribó al ex asilo a las 7:10 horas.

Esta diferencia horaria –20 minutos– por sí es irrelevante a los fines de socavar la fiabilidad de la testigo, máxime si se tiene en cuenta que en ese momento ella no se encontraba pendiente del reloj, sino en la parada de colectivos cercana al ex asilo, tal como le respondió al fiscal en el debate. Yerra igualmente el recurrente cuando dice que la TIR no prestó juramento de ley.

En efecto, se ha podido comprobar a través de la reproducción del registro de audio y video, que antes de comenzar el interrogatorio juró decir verdad, luego de que el inferior le explicara la necesidad de hacerlo, así como las consecuencias de su omisión.

En consecuencia, el desarrollo que sobre este tema hace el quejoso (recurso, fs. 458) no será abordado por devenir en abstracto, toda vez que su presupuesto –la falta de juramento– no se verificó. Corresponde agregar, que al revés de lo que arguye el defensor, la circunstancia que el testimonio en cuestión sea de oídas no lo invalida como prueba, dado que este Cuerpo se ha pronunciado a favor del principio de unidad

de la prueba, que impone su consideración conjunta (L.S. 393-243, 382-107, 381-233), que es lo que ha hecho el a quo.

En similar forma, tampoco invalida este testimonio el hecho que Cepeda niegue haberle dicho a la TIR lo que ésta afirma, justificando el inferior que «[...] no tengo razones para dudar de la declaración de la TIR» (fundamentos, fs. 441 vta.).

Por el contrario, considera que Cepeda ha faltado a la verdad, infiriendo esto de de distintos elementos probatorios, entre ellos, del acta de procedimiento y croquis en el que consta que había gran cantidad de manchas hemáticas en el lugar, mientras que él dijo que no vio sangre.

También, de la deposición de la testigo Estrella en el sentido que aquél, estaba en pareja con la TIR y que había habido una pelea a la noche entre el imputado, Cepeda y Videla, disputándose el liderazgo sobre el ex asilo, lo que resulta coincidente con lo declarado por la TIR.

Asimismo, el sentenciante refiere los motivos por los que no le resultan creíbles Araujo, Galván Carbone y el mismo imputado, en tanto al igual que Cepeda, dieron cuenta que «[...] estuvieron en el asilo, que durmieron en el mismo lugar junto a Fabas, pero que todo fue normal, no sintieron ninguna discusión ni pelea, ni vieron a ninguna persona manchada con sangre» (fundamentos, fs. 442), juzgando en definitiva irrazonable que si una persona está siendo agredida a puñaladas –como se acreditó–, no efectúe ningún grito y despierte a quienes estaban a pocos metros en habitaciones o sectores contiguos (fundamentos, fs. 442 vta).

Además, en el croquis de fs. 44, en el sector donde fue encontrado Fabas, se secuestró un par de zapatillas con una mancha de sangre en la suela. En consecuencia, el agravio fundado en que el inferior no consideró la prueba de descargo, en modo alguno puede prosperar, no surgiendo la decisividad de ellas, frente al cuadro cargoso existente.

En la causa P-4636/18 por robo agravado el inferior basa la condena del acusado en la denuncia que originó estos obrados, mediante la cual Cepeda narró el robo de su mochila, que contenía entre otros objetos que le pertenecían su cédula de excarcelación, que reclamó especialmente al momento de ser atacado; cédula que fue encontrada el 16 de enero de 2018 en poder de Fabas, adentro de su riñonera, al ser aprehendido mientras huía por los techos del ex asilo.

De igual modo, tuvo en cuenta el inferior, las actas de registro domiciliario, de aprehensión y de secuestro, ofrecidas por la defensa, de las que emergen los extremos señalados anteriormente, así como los dichos del imputado –que dijo haber encontrado la cédula de excarcelación tirada y que la guardó en la riñonera para entregársela a su titular cuando lo viera– y de Cepeda en la audiencia de debate, a quienes no les creyó la versión que dieron, lo que justificó de manera suficiente.

De esta forma, privó el juzgador de fiabilidad a la declaración del testigo prementado, debido a que de su confrontación con la denuncia surgen contradicciones, dirigidas a dejar sin efecto el contundente señalamiento que hizo del imputado en esa primera oportunidad.

Estas contradicciones fueron resaltadas durante la audiencia por el fiscal, y motivaron que se extrajera compulsas a los fines de investigar la posible comisión del delito de falso testimonio.

Así, en la denuncia consta detalladamente cómo actuó Fabas en el desapoderamiento, permitiendo traslucir esa actuación el liderazgo que ejerció sobre los otros dos sujetos no habidos que participaron del

delito, en un rol que el inferior estima compatible con el que tenía en el asilo, de acuerdo a lo ventilado en la causa por homicidio en grado de tentativa, cuya condena ha sido precedentemente confirmada.

Por el contrario en el debate, manifestó que quien intervino activamente con un cuchillo en la mano en el robo, y le dijo que se fuera y no volviera más, no fue Fabas, sino «[...] una persona grandota parecida a Fabas» (fundamentos, fs. 445 vta).

Sostuvo asimismo, que denunció porque un día antes, en el centro de la ciudad, lo amenazaron y golpearon para que incriminara al encausado, amenazas que no denunció, por lo que el a quo no las tiene por probadas, resultando irrelevante a los fines de modificar la decisión condenatoria ante el cuadro cargoso existente, que la denuncia que originó la presente causa por robo, se haya formulado dos días después de ocurrido el delito y no inmediatamente.

A esto se suma que la captura de pantalla de Facebook con términos amenazantes supuestamente proferidos por Videla y cuya copia rola a fs. 428, si bien carece de fecha cierta, no es anterior al robo sino que data de enero 2019, a un año de producido aquél, por lo que «[...] ninguna vinculación se desprende respecto a involucrar a Fabas en el mismo» (fundamentos, fs. 446).

Por lo demás, la circunstancia que resalta el defensor, relativa a que la denuncia se realizó sin control de la defensa, es una consecuencia de su naturaleza, por lo no implica una vulneración del principio contradictorio propio del juicio oral.

Cabe consignar que en virtud de la inmediatez de la que ha gozado, el a quo considera que de haber mentido Cepeda al denunciar, «[...] debiera ponderarse su extraordinario talento para elaborar semejante guión, atribuyéndole el papel protagónico a Fabas, que representaba al jefe del asilo, para hacerle creer al juzgador acerca de su participación como coautor del apoderamiento ilegítimo...Un absurdo» (fundamentos, fs. 446 vta).

En definitiva, de las pruebas precedentemente reseñadas puede inferirse lógicamente la solución a la que se arriba, lo que permite descartar la violación al principio de razón suficiente que el defensor esgrime.

Además, esos elementos probatorios fueron valorados en forma conjunta y de conformidad con las reglas de la sana crítica racional, cuyo apartamiento el impugnante no ha logrado demostrar, limitándose en su labor recursiva a aislarlos para privarlos del valor convictivo que se deriva de su reunión, constituyendo su queja, una mera discrepancia con el criterio valorativo del inferior, insusceptible de modificar la condena impuesta.

Resta decir, con relación a los dos causas comprendidas en este recurso, que tal como se aseveró en los primeros párrafos de esta solución y se ha podido confirmar a través de lo desarrollado, la motivación de la sentencia resulta ajustada a derecho, y no surge el estado intelectual de duda por parte del tribunal, que legitimaría la aplicación del art. 2 CPP, por lo que, según se ha dicho con anterioridad (**L.S. 419-17, 397-237, 388-024, 388-062**), esa petición tampoco puede ser acogida.

Por lo tanto, y opinión concordante del señor Procurador General, corresponde confirmar la sentencia, por no adolecer de los vicios endilgados ni de arbitrariedad alguna. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro y Dr. Palermo. Adhieren.

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

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

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

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa oficial de Manuel Alejandro Fabas Zárate.
- 2.- Tener presente la reserva formulada.
- 3.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

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

30- LOPEZ CAMPOS. 03-09-20.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200903_FcLopez.pdf

Lex: Art. 79, 41 Bis del CP.

Vox: Homicidio simple agravado. Arma de fuego. Reedición de la hipótesis de debate. Calificación legal. Valoración de la prueba.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado Hugo José Alberto Tello a la pena de **trece años de prisión** por considerarlo coautor penalmente responsable del delito de homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego.

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 del CPP)

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

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1058, pronunciada por el TPC N° 1- 1° CJ.

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

Fallo:

CUIJ: 13-05091077-0/1((018601-42861)) FC/ LOPEZ CAMPOS JUAN CARLOS Y TELLO HUGO JOSE ALBERTO P/ HOMICIDIO SIMPLE (42861) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105258670*

En Mendoza, a los tres días del mes de septiembre del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05091077-0/1 “F. C/LÓPEZ CAMPOS JUANCARLOS Y TELLO HUGO JOSÉ P/ HOMICIDIO SIMPLE P/REC. EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN”.

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

La defensa particular de Hugo José Alberto Tello interpone recurso de casación contra la Sentencia N° 1058 del Tribunal Penal Colegiado n° 1 y sus fundamentos (fs. 708/713 vta., fs. 666 y vta. Fs. 668/678, respectivamente).

Ello, en tanto que, por su intermedio, condenó al nombrado a la pena de trece años de prisión por considerarlo coautor penalmente responsable del delito de homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego, que se le atribuye en la causa n° P-42861/18.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

I.- La resolución recurrida

El tribunal de instancia previa tuvo por acreditado que «el día viernes 25 de mayo de 2019, antes de las 19:30 horas aproximadamente, Axel Moyano Fermondoy discutió y peleó a golpes de puño con Hugo Tello (a) Huguito, frente a la casa 25de la manzana B del barrio Parque Oeste de Godoy Cruz, Mendoza, y se retiró del lugar. Momentos después, arribó al lugar una camioneta [...] en la que se trasladaba Hugo Tello (a) “el Negrito” o “Huguito”, junto a otras personas, descendieron del lugar y Hugo Tello se acercó a Norma Fermondoy y le pegó un golpe de puño cerrado. Acto seguido, le efectuó un disparo con el arma de fuego que portaba a Norma Fermondoy, impactando en la rodilla de la pierna derecha y cuando ésta cayó al suelo la golpeó en reiteradas oportunidades con la culata del arma en la cabeza hasta que perdió el conocimiento. Luego, los agresores efectuaron disparos de escopeta hacia los Moyano-Fermondoy, hiriendo a Jennifer Fermondoy en la pierna derecha, a María Fermondoy, en la rodilla de la pierna izquierda y a Eduardo Rafael Allegreti (a) “El Mortadela”, en el cuerpo, quien a raíz de los impactos de los proyectiles falleció en el lugar».

Para tener por acreditada esta plataforma fáctica, el tribunal valoró diversas declaraciones testimoniales brindadas en el debate, así como declaraciones producidas en la investigación penal preparatoria que fueron incorporadas por lectura y con acuerdo de las partes.

Asimismo, contempló diversa prueba instrumental incorporada (ver detalle en fundamentos, fs. 670 y vta.).

Respecto del objeto de contradicción procesal, el a quo aclaró que el contrapunto de las versiones de la acusación y la defensa estuvo en la dinámica del hecho y en la responsabilidad de Tello respecto de la muerte de Allegreti.

En este sentido, explicó que, en relación a las lesiones sufridas por varias de las víctimas, el representante del Ministerio Público no formuló acusación alguna, razón por la que el juicio de reproche de Tello se limitaba a la muerte constatada en autos (ver fundamentos, fs. 670).

Así, respecto de la hipótesis defensiva, que escudaba el comportamiento del acusado en una legítima defensa de un tercero, el tribunal de juicio consideró que la hipótesis de la acusación contaba con mejor apoyo probatorio, por la credibilidad de los testimonios de cargo y su correspondencia con la prueba de carácter objetivo-científico (ver fundamentos, fs. 670 y vta.)

II.- El recurso de casación de la defensa

La defensa interpone su pretensión recursiva en virtud de lo dispuesto en el art. 474 incisos 1 y 2 del CPP.

Esto, pues, según entiende, el tribunal de juicio no observó normas sustantivas en virtud de una fundamentación parcial y arbitraria. Indica que la plataforma fáctica acusada a Hugo Tello no se encuentra acreditada y que el órgano acusador reconoció que no podía acreditar que éste haya efectuado el disparo que produjo la muerte de la víctima.

Afirma que el tribunal de juicio se mantuvo en la misma línea argumental y que no pudo tener por corroborado, conforme con la prueba rendida en la causa, que Tello haya sido el autor de la herida mortal.

Sostiene que el tribunal no ha considerado la hipótesis defensiva adecuadamente, y que ha usado argumentos arbitrarios para apoyar la hipótesis de la acusación.

Afirma que la muerte investigada se produjo en el contexto de una riña, en la que resultó víctima la madre del acusado y frente a la que Tello reaccionó.

En este sentido, sostiene que el hecho no puso ser subsumido como un caso de coautoría en el delito de homicidio simple, sino como un supuesto de homicidio en riña.

Plantea que, en su defecto, los hechos configuraron un ejemplo de legítima defensa de un tercero o de un exceso en dicha defensa. Considera que estas hipótesis no fueron controvertidas por la acusación y que la prueba incorporada al proceso apoya la versión defensiva los hechos.

En otro orden de ideas, la defensa entiende que la sentencia no contiene una motivación suficiente, desde que el tribunal de juicio no valoró la prueba siguiendo las indicaciones de la sana crítica racional. Solicita informar oralmente y expresa reserva del caso federal.

III.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General, tras exponer sucintamente los agravios de la parte recurrente, sostiene que correspondería no hacer lugar formalmente al recurso de casación formulado por la defensa, toda vez que la considera una reiteración de los argumentos presentados durante el debate.

Con ello, no obstante, evalúa el contenido de los agravios formulados por la defensa y brinda distintas razones para afirmar que también corresponde el rechazo sustancial de la pretensión recursiva.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso formulado por la defensa del acusado considero que corresponde su rechazo y, en consecuencia, debe confirmarse la sentencia cuestionada. Ello, por los motivos que a continuación se exponen.

Las actuaciones indican que la controversia planteada por la parte recurrente se estructura en dos aspectos distinguibles.

En primer lugar, en una **reedición de la hipótesis** que ofreció durante la sustanciación del debate y que, en esta instancia, es puesta en contradicción con la versión acreditada por el tribunal a quo.

En segundo lugar, la crítica recursiva se traduce en un **descontento con el razonamiento** utilizado por el tribunal al que ha sindicado como insuficiente.

En el primer núcleo crítico, la defensa de Hugo Tello indica que la prueba controvertida no permite interpretar el suceso como un caso de homicidio simple en coautoría y evoca diversas alternativas dogmáticas.

Así, afirma que el suceso puede interpretarse como un caso de homicidio en riña o de legítima defensa de un tercero –o, en su defecto, de exceso en la legítima defensa–.

Respecto de la primera variante, debe decirse que la defensa no aporta argumentos distintos de aquellos que ofreció en los alegatos y que sean capaces de demostrar la incorrección de la solución adoptada por el tribunal.

En efecto, según se desprende de las constancias de la causa, la defensa articuló una estrategia basada en la subsunción del hecho bajo los presupuestos del tipo penal de **homicidio en riña –art. 95 del CP–**.

De este modo, para considerar que esto era adecuado, valoró la prueba de modo tal que le fue posible afirmar que en el presente caso se cumplían los presupuestos fácticos del tipo penal propuesto (ver soporte audiovisual del día 20-11-2019, entre los minutos 1:15:30 y 1:37).

Esta posición fue suficientemente refutada por el tribunal de juicio desde que, con sujeción a la prueba rendida en la causa, explicó por qué los hechos controvertidos y finalmente acreditados debían ser considerados un caso de homicidio en coautoría en el que había intervenido el acusado, y no como un supuesto de homicidio previsto en el art. 95 del CP.

En este contrapunto se observa que, mientras que el tribunal de juicio dio razones para distinguir, tanto en el plano objetivo como en el subjetivo, el hecho acreditado del supuesto abstracto previsto en el tipo penal invocado por la defensa en el debate (ver fundamentos, fs. 676/677), la parte recurrente no ha articulado objeciones capaces de explicar por qué los argumentos dogmáticos formulados por el tribunal son incorrectos, o por qué, en el proceso de razonamiento observado por el a quo, se ha valorado la prueba de manera arbitraria, tornando así en incorrecta la conclusión a la que arriba.

Lo dicho, me convence de que la reedición de la propuesta defensiva, que insiste con valorar los hechos acreditados a la luz de los presupuestos típicos de las figuras previstas en el art. 95 del CP, no puede ser aceptada. A la misma conclusión llego respecto de las demás propuestas dogmáticas ofrecidas, en subsidio, por la defensa.

Es decir, aquellas que postulan que los hechos configuran un caso de **legítima defensa de un tercero –art. 34 inc. 7 del CP–**, o, en su defecto, de exceso en la legítima defensa.

Esto es así desde que, ni en la instancia de debate, ni en esta instancia recursiva, la defensa del acusado ha dado adecuadas razones para afirmar, con respaldo en la prueba incorporada, que se cumplen con los presupuestos típicos necesarios de la causa de justificación que invoca.

En efecto, no se advierte en los alegatos ensayados durante el juicio, ni en los argumentos esgrimidos en esta instancia casatoria, precisiones acerca de cuál fue la agresión ilegítima de Eduardo Allegretti o de otra persona presente en el escenario, no provocada por Hugo Tello, frente a la produjo con necesidad racional la muerte imputada.

Sobre este aspecto de la crítica, debe decirse que el recurrente no logra controvertir, a partir de la prueba incorporada, la hipótesis sostenida por la acusación y avalada por el tribunal de juicio, esta es, aquella que indica que fue el acusado, junto a otras personas, el que deliberadamente y haciendo uso de armas de fuego acometió contra los integrantes de la familia Moyano-Fermondoy.

Finalmente, acerca del segundo eje de críticas recursivas, debe decirse que la parte recurrente no explica cuáles son las premisas arbitrarias sobre las que el tribunal de juicio ha llegado a la conclusión condenatoria.

En este aspecto, advierto que la defensa ha realizado una crítica genérica que no incluye argumentos propensos a identificar el modo en que el tribunal de juicio ha razonado ilógicamente.

Contrariamente a lo sugerido por la defensa, se observa que la sentencia no ha omitido ninguno de los testimonios rendidos en la causa y valorado la prueba instrumental incorporada.

En este sentido, además, el tribunal ha dado suficientes razones para explicar por qué las declaraciones de descargo no lograron apoyar la hipótesis fáctica sobre la que la defensa construyó su estrategia (ver fundamentos, fs. 670/675).

Por esta razón, el agravio sugerido en este aspecto no puede ser recibido.

En definitiva, la primera cuestión planteada debe responderse negativamente. Según se desprende de la presentación recursiva y de la sentencia criticada, no existen adecuadas razones para considerar que la condena de Hugo Tello se ha basado en una construcción arbitraria de los hechos o que contiene un error en la subsunción típica. **ASÍ VOTO.**

Voto Dr. Valerio y Dr. Adaro. Adhieren.

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO y MARIO D. ADARO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. **ASÍ VOTO.**

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

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

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

SENTENCIA:

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

- 1.- No hacer lugar al recurso de casación presentado por la defensa de Hugo José Alberto Tello y, en consecuencia, confirmar la Sentencia N° 1.058 y sus fundamentos, provenientes del Tribunal Penal Colegiado n° 1 de la Primera Circunscripción Judicial.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva federal efectuada.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

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

31- GUTIERREZ FERNANDEZ. 24-09-20.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200924_FcGutierrez.pdf

Lex: Art. 79, 55, 164 y 42 del CP. Art. 44, 45, 46, 155, 486 del CPP. Art. 38 letra b de la Ley 9106. Resolución de Presidencia N° 36.831 (17-09-19).

Vox: Homicidio simple. Robo simple en grado de tentativa. Constitución del Tribunal colegiado. Causas complejas. Modelo inquisitivo atenuado. Modelo acusatoria atenuado. Modelo acusatoria adversarial. Fundamentos escritos. Fundamentos orales. Lenguaje claro. Doble conforme. Determinación de la pena.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **dieciséis años de prisión** como autor penalmente responsable de los delitos de homicidio simple, en concurso real con robo simple en grado de tentativa (arts. 79, 55, 164 en función del art. 42 CP).

El **MPF** -estima que la calificación ajusta es homicidio criminis causa en concurso real con robo agravado- y la **defensa** -cuestiona la fundamentación de la pena- interponen recurso de casación. (Art. 474 del CPP).

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido y mantiene el recurso de la Fiscalía.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación interpuesto por el MPF, e hizo hacer lugar al interpuesto por la defensa técnica, anulando la Sentencia N° 1062, solamente respecto de la individualización de la pena impuesta. El TPC N° 1 debe seguir las letras del art. 486 del CPP y art. 38 de la ley 9106.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1062, pronunciada por el TPC N° 1- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Zurita. 11-09-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200911_FcZAJ.pdf
- Robledo Vergara. 09-05-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200911_FcZAJ.pdf

b-CSJN

- Casal. 20-09-05: <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-casal-matias-eugenio-otro-robo-simple-grado-tentativa-causa-1681-fa05000322-2005-09-20/123456789-223-0005-0ots-eupmocsollaf>

Parágrafos destacados.

“Como es fácil de apreciar, al momento de individualizar la pena, el juez no ha respetado el estándar de claridad y orden referido, al mismo tiempo que, al tratarse de una condena por homicidio simple, hubiese sido igualmente conveniente que, dada la gravedad del hecho imputado, los motivos de la decisión jurisdiccional se expusieran de **forma escrita** a fin de no vulnerar los principios que inspiran el deber de motivación.” (Dr. Palermo)

“...no es más atribución del juez o tribunal disponer el tratamiento en colegio de la causa, sino como es propio de un sistema adversarial corresponde por el ejercicio de una capacidad otorgada al Ministerio

Público Fiscal cuando considere que la causa es compleja o de un derecho del imputado expresado por el imputado que se opone a la jurisdicción unipersonal”. (Dr. Valerio)

“Asimismo, hago mía la toma de postura del ministro preopinante, en cuanto considera que en las causas que presenten cierta gravedad o complejidad probatoria, debiera garantizarse la constitución de un **tribunal colegiado**. Todo ello en línea con lo expresado en el **precedente «Zurita»**. Sin embargo, me distancio de las apreciaciones formuladas por el ministro que me precede en punto a la conveniencia de realizar **por escrito los fundamentos** en casos de complejidad probatoria y jurídica, a fin de no vulnerar los principios que inspiran el deber de motivación.” (Dr. Adaro)

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

Fallo:

CUIJ: 13-05067207-1/1((018601-45718)) FC/ GUTIERREZ FERNANDEZ DIEGO PABLO P/ HOMICIDIO SIMPLE (45718) (71732) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105233651*

En Mendoza, a los veinticuatro días del mes de septiembre del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05067207-1/1, caratulada “F. C/ GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ DIEGO PABLO P/ HOMICIDIO SIMPLE S/ REC. CASACIÓN”.

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

La defensa de Diego Pablo Gutiérrez Fernández y la representante del Ministerio Público Fiscal interponen sendos recursos de casación (fs. 790/797 vta.; 810/818) contra la Sentencia N° 1062 (fs. 785 y vta.) y sus fundamentos, mediante la cual el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial condenó al nombrado a la pena de dieciséis años de prisión como autor penalmente responsable de los delitos de homicidio simple que se le atribuye en los autos P45718/18, en concurso real con robo simple en grado de tentativa que se le atribuye en los autos P71732/18 (arts. 79, 55, 164 en función del art. 42 CP).

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

PRIMERA: ¿Son procedentes los recursos interpuestos por el Ministerio Público Fiscal y por la defensa?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

I.- Sentencia recurrida

El juez sentenciante tuvo por acreditado con la certeza requerida para el dictado de una sentencia condenatoria que el día 4 de junio de 2018 en horas de la madrugada Diego Pablo Gutiérrez Fernández estuvo consumiendo alcohol con Ramiro Alarcón, en la habitación que este último utilizaba como vivienda y, después de una discusión, lo apuñaló con un arma blanca en espalda y manos, heridas que le causaron la muerte –autos P-45.718/18– (véase registro audiovisual de la audiencia del día 04/12/2018, 00:02:00). Asimismo, el magistrado interviniente alcanzó certeza positiva sobre un segundo hecho, ventilado en el marco de los autos P-71.732/18, en el cual Diego Pablo Gutiérrez Fernández el día 31 de agosto de 2018, siendo aproximadamente las 21 hs., se introdujo en el predio sito en calle Aristóbulo del Valle 650 de Guaymallén y, previo romper una ventana a la altura de sus bisagras, sustrajo una bicicleta rodado 16 color negra dándose a la fuga, de la cual no pudo disponer, en tanto fue aprehendido después de haber transitado unos 50 metros, recuperándose la res furtiva (véase, 00:06:45).

Para decidir en tal sentido, el a quo valoró las declaraciones testimoniales prestadas por Humberto Gutiérrez y Hugo López, el informe forense, el informe del Registro de huellas genéticas, la necropsia y la demás prueba válidamente incorporada al proceso.

II.- Recurso de casación

a.- Recurso del Ministerio Público Fiscal

Después de referir los antecedentes del caso, la recurrente desarrolla los motivos de casación.

En el plano de **los vicios in procedendo**, sostiene que, de acuerdo con las reglas de la **sana crítica racional**, se encuentra probado que Gutiérrez terminó con la vida de Alarcón para robarle un reproductor de DVD.

En sustento de esta conclusión señala los testimonios de Humberto Gutiérrez y Hugo López, los cuales habrían sido incorrectamente valorados por el a quo, en orden a la existencia del aparato en poder de la víctima con anterioridad al hecho.

Por su parte, en el plano de los **vicios in iudicando**, la fiscal sostiene que, a partir de una correcta interpretación y valoración de la prueba producida en autos, la calificación que corresponde al hecho es la de **homicidio criminis causa en concurso real con robo agravado en poblado y banda en concurso ideal con robo agravado por el uso de arma**.

En apoyo de su tesis realiza consideraciones dogmáticas y jurisprudenciales, a la luz de la plataforma fáctica que entiende acreditada.

Realiza reserva del caso federal.

b.- Recurso de la defensa

El recurrente sostiene que **la pena no fue debidamente fundada** con base en los parámetros establecidos por los arts. 40 y 41 CP.

Motiva su planteo en que únicamente se hace referencia a la planilla de antecedentes del condenado, omitiéndose considerar los argumentos expresados por la defensa, la cual solicitó se aplicase una pena de diez años de prisión.

Cita en apoyo de su postura doctrina y jurisprudencia.

Realiza reserva del caso federal.

III.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General entiende que corresponde hacer lugar al recurso de casación impetrado por el Ministerio Público fiscal y rechazar el recurso de la defensa (fs. 881 y vta.).

Una vez resumidos los argumentos vertidos por los recurrentes y dejar sentado que ambos medios de impugnación proceden formalmente, se explicitan los argumentos que sostienen su toma de posición.

En relación con el recurso fiscal, hace suyo su planteo y reitera sus puntos centrales referidos a la calificación de los hechos como homicidio criminis causa en concurso real con robo agravado en poblado y en banda en concurso ideal con robo agravado por el uso de arma.

Por su parte, respecto a los agravios esgrimidos por la defensa sobre la individualización de la pena, sostiene que estos son incompatibles con la calificación solicitada por la representante del Ministerio Público Fiscal y, en consecuencia, corresponde su desestimación.

IV.- La solución del caso

Voto. Dr. Palermo. Preopinante.

En adelante de las conclusiones que se desprenden de los argumentos a formular, entiendo que corresponde rechazar el recurso casatorio impetrado por la representante del Ministerio Público Fiscal y hacer lugar al recurso casatorio incoado por la defensa.

a.- El recurso fiscal

a.i.- Vicios in procedendo

Como se puso de relieve, la acusación sostiene que la prueba obrante en autos verifica que Gutiérrez terminó con la vida de Alarcón para hacerse con un aparato reproductor de DVD.

Esta es su teoría del caso y la fundamenta principalmente en los testimonios de Humberto Gutiérrez Montaña (propietario de la vivienda donde vivía la víctima) y Hugo López, quienes habrían afirmado que Alarcón tenía en su habitación un reproductor de DVD.

Aparato que habría motivado a Gutiérrez a terminar con la vida de Alarcón para facilitar su sustracción. Según el Ministerio Público Fiscal, el magistrado sentenciante habría realizado una defectuosa labor de interpretación y valoración de los medios de prueba al concluir que existían buenas razones para dudar que el DVD hubiese sido sustraído por Alarcón y este hubiese sido el móvil del homicidio.

Sin embargo, este planteo no sólo se presenta como una reiteración de la teoría del caso que la acusación postuló en el momento de los alegatos, sino que la misma ha sido correctamente refutada por el juez (véase registro audiovisual de la audiencia de fecha 09/12/2019, 00:01:00).

Es que el juez de la instancia previa, después de **relatar la arquitectura del hecho que entiende probada** –la cual se encuentra sustentada en numerosa prueba de cargo, tal como la existencia de huellas genéticas de Gutiérrez en la escena del hecho, la necropsia y el propio reconocimiento de la autoría, el que no ha sido cuestionado por la defensa en aquella o esta instancia–, se ocupa de despejar la hipótesis de la acusación en tanto homicidio calificado.

Así, explicita que no se encuentra acreditado con el grado de convicción necesario para alcanzar una sentencia condenatoria que Gutiérrez haya matado a Alarcón para robarle el reproductor del DVD (véase, 00:04:00).

Conclusión cuya génesis no se encuentra al margen de los testimonios brindados por Gutiérrez Montaña y López, los cuales fueron analizados en los fundamentos y llevaron al a quo a pronunciarse por la existencia de una duda insuperable respecto de la concurrencia del agravante (min. 00:04:00).

Por último, entiendo que no puede asumirse, tal como lo propone el recurrente, que Gutiérrez habría matado para robar el reproductor de DVD, del mismo modo que fue sorprendido cuando se estaba llevando una bicicleta que no era de su propiedad, en la causa que se encuentra acumulada (fs. 795 vta.). Esta asociación respecto de dos hechos que concurren realmente representa un salto lógico sin sustento.

Así, la recurrente critica que el magistrado sentenciante haya obviado realizar una lectura de la prueba en este sentido y cuestiona la sentencia como arbitraria.

Sin embargo, después de realizar un minucioso análisis de las constancias obrantes en autos y de los registros audiovisuales en los que obran los fundamentos orales de la condena, entiendo que le asiste razón al a quo en orden a la interpretación de la prueba propuesta.

De hecho, no escapan a la argumentación del tribunal de juicio las teorías del caso presentadas por defensa y acusación en el momento de los alegatos, las cuales analiza y contesta con base en la prueba rendida en sede de debate.

Así, el juez **descartó que el homicidio haya tenido como fin el robo** de un reproductor de DVD, pues la hipótesis defensiva, no solo encuentra sustento en que la víctima tenía un alto grado de alcohol en sangre (1,47 %) –lo que demostraría que había estado tomando alcohol junto con el imputado–.

Asimismo, la existencia del aparato reproductor y su apropiación no habría sido verificado suficientemente con base en la prueba rendida en sede de debate, en especial el relato de los dos testigos principales, Humberto Gutiérrez y Hugo López.

Estos últimos, según el a quo, no pudieron dar certeza sobre la existencia del aparato en poder de la víctima al momento del homicidio (véase, 00:04:00).

Respecto del testimonio brindado por Hugo López, el magistrado sentenciante resaltó que, si bien fue quien entró a la casa de la víctima y había visto el aparato reproductor cuatro días antes a la fecha del hecho, no fue preciso en relación con si era propiedad de Alarcón, si se la habían prestado, si estaba rota, si se la devolvieron o cuál era su origen.

Humberto Gutiérrez, por su parte, señaló que Alarcón no le permitía el ingreso a la propiedad, pero que en un momento habría divisado el aparato a través de la puerta entreabierta de la habitación y que no lo vio el día que encontró sin vida a la víctima.

Como es fácil advertir, el a quo está en lo correcto cuando aprecia que ninguno de estos testigos fue categórico respecto de la existencia del reproductor en poder de la víctima y su ausencia posterior al homicidio, extremos que, de haberse acreditado, fundamentarían para el Ministerio Público Fiscal una imputación más gravosa.

De este modo, el magistrado sentenciante concluye acertadamente a mi criterio que, respecto de este extremo del hecho corresponde estar al beneficio de la duda a favor del imputado y tenerlo como no acreditado (art. 2 CPP).

A.ii.- Vicios in iudicando

Respecto del agravio **en el plano de la aplicación del derecho**, la representante del Ministerio Público Fiscal sostiene que la prueba verifica un hecho cuyos extremos corresponden ser calificados como **homicidio criminis causa** en concurso real con robo agravado en poblado y banda en concurso ideal con robo agravado por el uso de arma.

Tal como se adelantó, el recurrente propone la existencia de una plataforma fáctica distinta a la que el sentenciante tuvo por acreditada a fin lograr una calificación legal más gravosa respecto de Gutiérrez.

En otras palabras, sostiene que el homicidio se habría realizado para facilitar el robo de un reproductor de DVD y, así, la fiscal pretende que el homicidio sea calificado con base en la circunstancia agravante prevista en la figura del art. 80 inc. 7 CP.

Sin embargo, conforme se demostró en el apartado anterior, los defectos de valoración mencionados no se verifican en los fundamentos analizados y, en función de ello, la base fáctica no es otra que la que el a

quo entendió probada, por lo que cualquier intento de cambio de calificación basada en una modificación de aquélla no puede ser acogida en esta instancia.

Así, validada la interpretación de la prueba llevada a cabo por el a quo y descartada cualquier defecto en la actividad de determinación de la pena, entiendo que corresponde rechazar la pretensión fiscal en su totalidad y confirmar la sentencia tanto en el nivel de la valoración de la prueba, como en el nivel de la aplicación del derecho, únicamente respecto de la calificación legal.

b. Recurso de la defensa

El recurso de la defensa se encuentra precedido de consideraciones técnicas derivadas, en lo fundamental, de precedentes de esta Suprema Corte de Justicia.

Seguidamente, el planteo defensivo se concreta en el nivel de la **individualización de la pena**.

En pocas palabras, la defensa no cuestiona los hechos, ni la calificación legal, sino únicamente la pena impuesta en tanto infundada.

En razón de ello, explica que, al momento de argumentar por cuáles razones el juez interviniente estimaba justo y proporcional imponerle a Gutiérrez una pena de dieciséis años de prisión, únicamente hizo referencia a sus antecedentes penales, omitiendo considerar aquellos extremos que la defensa consideraba relevantes.

Ahora bien, compulsadas las presentes actuaciones, así como el desarrollo de los fundamentos orales plasmados en soporte audiovisual (véase en particular, audiencia del día 09/12/2018, min. 00:06:45), advierto que, efectivamente, el magistrado sentenciante ha omitido fundamentar mínimamente la pena impuesta al condenado.

Es que, tal como objeta el recurrente, el a quo escuetamente refirió los antecedentes del condenado en tanto culminación lamentable de una «carrera delictiva» (sic) que arrancó en 2005, sin realizar una referencia fundamentada a las pautas contenidas en los arts. 40 y 41 CP o la entidad del injusto culpable que se le reprocha.

Por el contrario, la defensa propuso en la etapa de los alegatos evaluar otros extremos del hecho, así como de la persona del condenado, tales como la situación de extrema pobreza del imputado o su bajo nivel de instrucción y precariedad laboral, que podrían haber atenuado la pena (f. 817).

Extremos que, de haberse considerado, podrían haber influido en el monto de pena necesario para refutar el hecho de Gutiérrez o, en caso de que así no se estimara, debieron ser fundamente despejados por el juez al momento de fundamentar la pena impuesta.

Finalmente, no debe perderse de vista que, en línea con lo dicho en mi reciente voto en el precedente «Zurita», los fundamentos vertidos en forma oral deben encontrarse dotados de la claridad y el orden expositivo que requiere una sentencia condenatoria.

Forma escrita de los fundamentos. Tribunal Colegiado

No es objetable fundar oralmente una sentencia, pero cuando se trate de hechos de gravedad o con complejidad probatoria, es **recomendable que la sentencia sea dictada con la rigurosidad de la forma escrita**, del mismo modo que debiera garantizarse la constitución de un tribunal colegiado.

Como es fácil de apreciar, al momento de individualizar la pena, el juez no ha respetado el estándar de claridad y orden referido, al mismo tiempo que, al tratarse de una condena por homicidio simple, hubiese sido igualmente conveniente que, dada la gravedad del hecho imputado, los motivos de la decisión jurisdiccional se expusieran de forma escrita a fin de no vulnerar los principios que inspiran el deber de motivación.

En conclusión, con base en las consideraciones precedentes, estimo que debe hacerse lugar al recurso interpuesto por la defensa técnica Diego Pablo Gutiérrez Fernández, únicamente respecto de la **individualización de la pena** impuesta, debiéndose confirmar el resto de la sentencia en todos sus aspectos. ASÍ VOTO.

Voto. Dr. Valerio. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Puesto a resolver los recursos en análisis debo señalar que coincido con la solución a la que llega mi colega preopinante.

Fundamentación

1.- Con relación al recurso del **Ministerio Público Fiscal** según entiendo, el sentenciante al dictar su fallo en audiencia, en forma oral según lo autoriza el art. 155 del CPP, lo ha hecho con una «exposición concisa de los motivos de hecho y de derecho en que se basan» sus razones, según lo que dispone el art. 411, inc. 2° del CPP, especificando en el sub examine las cuestiones en contradicción, con un **lenguaje claro** y comprensible no solo para los operadores del sistema de justicia, sino también y esencialmente para el acusado y el público en general, quienes pueden escuchar directamente del juez sus razonamiento y/o explicaciones, sin que se pueda advertir en su motivación que «falte o fuere contradictoria la fundamentación» dispuesta como condición de validez en el art. 416, inc. 4 del CPP (como vengo sosteniendo y recientemente reiteraré en **Zurita**) como se agravia el recurrente.

Por ello, comparto con el voto preopinante que debe desestimarse el mismo por cuanto no ha existido arbitrariedad en la valoración de la prueba y ha sido correctamente aplicado el art. 2 (y 408) del CPP.

Determinación de la pena

2.- En cuanto al recurso casatorio de la **defensa**, estimo que debe prosperar por las siguientes razones.

En primer lugar, en el momento de la **determinación de la pena** no existe ninguna referencia del juez a las razones del por qué la estableció en el monto de 16 años por los delitos de Homicidio Simple y Robo Simple (arts. 79 y 164 en función del 42 del CP).

En segundo lugar, habiendo impuesto una pena muy superior al mínimo que en abstracto le puede corresponder por los hechos probados que se le condena, el juzgador debe especificar los motivos del porque se aparta de él.

En tercer lugar, del resto de los fundamentos no se pueden vincular argumentos valorativos que contribuyan a determinar el grado de culpabilidad, ni las otras circunstancias previstas en los arts. 40 y 41 y en consecuencia a la determinación de la pena.

En este aspecto, cabe aclarar que, en cuanto a los antecedentes del condenado, se refiere en dos oportunidades el sentenciante, en la primera ocasión al establecer los hechos probados con una expresión descriptiva desencadenante, que no puede tomarse como un juicio de valor sobre la mayor culpabilidad

del condenado; en la segunda oportunidad, lo hace inmediatamente después de determinar la pena y para encadenar los antecedentes a la declaración de reincidencia.

En consecuencia, corresponde hacer lugar al recurso de casación por ausencia de fundamentación en la determinación de la pena según está impuesto en el inc. 4 del art. 416 del CPP bajo pena de nulidad.

Forma oral de los fundamentos

3.- Con relación a exponer en **forma oral los fundamentos**, estimo que ello no ha tenido influencia en la parte que se anula, en especial, si tenemos en cuenta que lo más complejo de exponer en la causa es lo que precisamente este tribunal ratifica al desestimar el recurso del Ministerio Público Fiscal.

Como en cualquier otro acto sentencial y en especial con nuevos métodos y técnicas de litigación y enjuiciamiento, las omisiones o los errores se cometen o se producen y en muchos casos por viejas prácticas escriturales arraigadas mediante las cuales se determinaba la pena sin fundarla y que solo una frase generalizada de dos renglones se disponía que era “justa y equitativa”, formula sacramental invocada que era confirmada por los tribunales superiores y que desde hace tiempo se viene tratando de corregir y cambiar esa cultura jurídica inquisitiva atenuada o mixta hacia un sistema acusatorio adversarial, como viene insistiendo esta Sala.

Constitución del Tribunal

4.- En cuanto a la **constitución del tribunal**, advierto –tal como señalé en «Zurita»– que el CPP establece las reglas en los arts. 44, 45 y 46 y en la especie no observo violación alguna a dichas normas, en especial frente a la **revisión amplia** de la sentencia en casación a partir del **precedente «Casal»**.

Con ello está asegurado el debido proceso y las garantías constitucionales y convencionales vigentes. Sin perjuicio de las preferencias u opiniones que cada uno tenga sobre ello, las decisiones deben fundarse en el texto expreso de la Constitución Nacional, Tratados (de DDHH con jerarquía constitucional), Constitución de Mendoza y las leyes, y su debida interpretación sistemática y armónica de las reglas establecidas en forma dinámica, salvo que impliquen su inconstitucionalidad (art. 48 de la CdeM).

Efectivamente, el diseño de tribunal de juicio colegiado de tres miembros, era propio del **modelo inquisitivo atenuado** (CPP-ley 1908) compatible con la amplia atribución del juzgador, de dirección (art. 406 y sstes), de interrogar, de incorporar prueba y ordenar lecturas (arts. 243 y 424) o reabrir el debate y ordenar la producción de nueva prueba (art. 429) o cambiar la calificación y condenar a una pena más grave a la solicitada.

Lo que razonablemente justificaba un tribunal con esas características para evitar que todo el poder estuviera en un solo juez.

Luego con la adopción del **modelo acusatorio atenuado** en el art. 45 del CPP Ley 6.730 modificado por la ley 7.116 (del año 2003) se establece como regla la unipersonalidad para ejercer la jurisdicción y en el art. 46 del CPP ley 6.730/7.117 se disponía la «**Excepción: Jurisdicción en Colegio**. No obstante lo previsto en el artículo anterior, la Jurisdicción será ejercida en forma colegiada en los siguientes supuestos: 1) Cuando se tratare de causas complejas, a criterio del Tribunal, conforme a lo previsto en el artículo 364, segunda parte. 2) Si la defensa del imputado se opusiere al ejercicio unipersonal de la Jurisdicción, a tenor de lo establecido en el artículo 364», y con ello se consagraba la posibilidad del ejercicio de la función jurisdiccional colegiada pero quedando el tribunal con la amplia discrecionalidad de resolver cuando la ejercería en forma unipersonal o colegiada, lo que resultaba compatible con ese modelo instituido.

Finalmente, y con la decisión legislativa de aplicación progresiva y constante de la política judicial hacia un **sistema acusatorio adversarial** iniciado con la sanción de la ley 8.869 (2016), fue sustituido el mencionado **art. 46 por la ley 9040** (publicada en **febrero de 2018**) por el siguiente: «Excepción: Jurisdicción en Colegio. No obstante lo previsto en el artículo 45, la Jurisdicción será ejercida en forma colegiada, por tres jueces de la Cámara del Crimen o del Tribunal Penal Colegiado, cuando al momento de interponer la apelación o en oportunidad de citarse a las partes a juicio (último modificado por la ley 7.116 (del año 2003) párrafo del art. 364), el Ministerio Público Fiscal lo solicitare por tratarse de causas complejas, o cuando la defensa del imputado se opusiere al ejercicio unipersonal de la Jurisdicción», con lo cual **no es más atribución del juez o tribunal disponer el tratamiento en colegio** de la causa, sino como es propio de un sistema adversarial corresponde por el ejercicio de una capacidad otorgada al Ministerio Público Fiscal cuando considere que la causa es compleja o de un derecho del imputado expresado por el imputado que se opone a la jurisdicción unipersonal.

Por otra parte, no puedo dejar de tener en cuenta que esta Corte en ejercicio de la facultad prevista por el art. 144 de la Constitución de Mendoza, comunicó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la futura remisión a la Legislatura de proyecto de **recurso de doble conforme**, que prevé un enjuiciamiento unipersonal en todos los casos y la revisión horizontal en tribunal colegiado de tres jueces mediante un recurso de doble conforme exclusivamente a los condenados, que es compatible con esa política judicial y el **modelo acusatorio adversarial**. Proyecto que fuera enviado oportunamente al Poder Legislativo provincial.

Con base en todo lo expresado, me pronuncio por la **admisión del recurso defensivo** en relación a la determinación de la pena impuesta al acusado y el rechazo del recurso fiscal con el alcance expuesto. ASÍ VOTO.

Voto. Dr. Adaro. Preopinante.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Comparto los fundamentos en virtud de los cuales el ministro preopinante entiende que la sentencia cuestionada presenta vicios que conllevan a su declaración de **nulidad parcial respecto de la pena impuesta** a Diego Pablo Gutiérrez Fernández.

Constitución del Tribunal

Asimismo, hago mía la toma de postura del ministro preopinante, en cuanto considera que en las causas que presenten cierta gravedad o complejidad probatoria, debiera garantizarse la constitución de un **tribunal colegiado**. Todo ello en línea con lo expresado en el **precedente «Zurita»**.

Forma oral de los fundamentos. Principio de oralidad.

Sin embargo, me distancio de las apreciaciones formuladas por el ministro que me precede en punto a la conveniencia de realizar **por escrito los fundamentos** en casos de complejidad probatoria y jurídica, a fin de no vulnerar los principios que inspiran el deber de motivación.

Al respecto, como sostuve en el precedente citado, «[...] el nuevo procedimiento organizado en torno al **principio de oralidad**, debe concebirse como una **estructura eminentemente comunicacional**, en donde el destinatario de las decisiones judiciales no solamente es la **parte** interesada en el proceso, sino también la **sociedad**».

Al respecto, esta Corte se ha pronunciado en el **precedente «Robledo Vergara»**, en el sentido que «[...] la profundización del carácter acusatorio-adversarial del juicio penal, resultado de la implementación de las

modificaciones introducidas al sistema de administración de la justicia penal en la órbita local [...] se traduce, entre otros, en ubicar la oralidad como una de las notas esenciales que hacen al rediseño del proceso de enjuiciamiento criminal».

En función de ello, se refirió que «la autorización para exponer oralmente los fundamentos orales proviene del propio texto legal; y, por otro, porque tampoco existe en el ordenamiento procesal vigente alguna razón que le prohíba al juez de sentencia obrar de esta manera... [c]on lo cual resulta ilógico pensar que en un sistema donde se profundiza la oralidad, el juez se vea impedido de justificar sus decisiones – en este caso, un fallo de condena–, a través de esta vía».

De acuerdo con lo anterior, en los casos de complejidad probatoria, en rigor, quien tiene a su cargo el ejercicio de la jurisdicción –esto es, el juez– tiene el deber de realizar el esfuerzo por comunicar los fundamentos de la sentencia en forma ordenada y con un lenguaje claro, de manera tal de dar cabal cumplimiento al deber de motivar las sentencias.

Comisión de Lenguaje Claro

En el marco de estos lineamientos es que la Resolución de Presidencia N° 36.831 del 17 de setiembre de 2019 crea la **Comisión de Lenguaje Claro del Poder Judicial de Mendoza**, como parte de su compromiso por incorporar el lenguaje claro en sus procedimientos.

Así, se mira tanto a los integrantes del Poder Judicial, en orden a la promoción del uso del lenguaje claro para el dictado de sentencias, como a la sociedad toda, al efecto de facilitar un adecuado ejercicio de los derechos y deberes, fortalecer la **democracia, la transparencia, el acceso a la información pública y la confianza en las instituciones**.

Por lo expuesto considero que corresponde hacer lugar al recurso de la defensa en relación a la determinación de la pena impuesta y rechazar el recurso de la representante del Ministerio Público Fiscal. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Atento al resultado de la cuestión anterior, corresponde anular el punto I de la Sentencia n° 1062, únicamente respecto de la individualización de la pena impuesta a Diego Pablo Gutiérrez Fernández, y remitir los presentes al Tribunal Penal Colegiado N° 1 de esta Primera Circunscripción Judicial, a fin de que la OGAP siga el trámite de ley, conforme al resultado aquí arribado, a efectos de que se proceda a determinar el monto de la pena. En tal sentido, y resultando la situación análoga a la prevista en el art. 38 de la ley n° 9106, y por ser esta ley posterior a la ley 6730 –y sus modificaciones– corresponde, en tanto resulte compatible, aplicar el procedimiento previsto en el inc. “b” de la citada norma. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

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

SENTENCIA:

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

1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la representante del Ministerio Público Fiscal a fs. 790/797 vta. De las presentes actuaciones.

2.- Hacer lugar al recurso de casación deducido por la defensa de Diego Pablo Gutiérrez Fernández a fs. 810/818, debiendo anularse la Sentencia N° 1062, solamente respecto de la individualización de la pena impuesta al nombrado en el marco de estos autos.

3.- Confirmar la Sentencia N° 1062, originaria del Tribunal Penal Colegiado n° 1, en el resto de sus resolutivos (f. 785 y vta.).

4.- Remitir las presentes actuaciones al Tribunal Penal Colegiado n° 1 a fin de que la OGAP siga el trámite de ley, conforme al resultado aquí arribado (art. 486 del C.P.P.). En tal sentido, y resultando la situación análoga a la prevista en el art. 38 de la ley n° 9106, y por ser esta ley posterior a la ley 6730 –y sus modificaciones– corresponde, en tanto resulte compatible, aplicar el procedimiento previsto en el inc. “b” de la citada norma.

5.- Tener presente la reserva federal formulada.

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

32- PONT LEZICA. 06-10-20.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201006_FyQcPont.pdf

Lex: Art. 84, 2° párrafo, 2° supuesto –Ley 25189–, 94, 2° párrafo –Ley 25189–, 90 y 54 del CP. Art. 76 Bis del CP. Ley 27147.

Vox: SJP. Homicidio imprudente. Concurso ideal. Lesiones graves imprudentes. Lesiones leves imprudentes. Consentimiento vinculante. Pena de Inhabilitación. Política criminal.

Summa:

El **TPC** otorgó al señalado la suspensión del juicio a prueba solicitada por el término de tres años, en los que se encuentra imputado por homicidio imprudente en concurso ideal con los delitos de lesiones graves imprudentes y lesiones leves imprudentes (arts. 84, segundo párr., segundo supuesto –Ley 25.189–, 94, segundo párr., –Ley 25.189–, 90 y 54 del CP)

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

El **Procurador General** mantiene el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** resolvió hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el MPF, y, en consecuencia, **revocar la resolución** dictada en audiencia oral por el TPC N° 1- 1° CJ, remitiendo los presentes obrados a fin de que la OGAP determine el juez que deberá continuar entendiendo en la causa y emitir un nuevo pronunciamiento conforme a derecho.

Resolución cuestionada: Auto pronunciado (02-08-18) por el TPC N° 1- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Dr. Adaro:

I- Valor vinculante al dictamen fiscal sólo si está debidamente motivado.

- Bustos Baldor. 02-03-10: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/100302_FcBBC.pdf
- Moreno Frías. 01-12-17. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=904>
- Ramón Mayorga.
- González Farías.
- Entre Ríos Oliva.
- Rodríguez Rosales.
- Romero Díaz. 15-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=177>
- Torcetta Sanjurjo. 19-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=262>

Dr. Valerio.

El agente fiscal debe fundamentar su dictamen solamente cuando se aparta de esta regla consistente

en la persecución penal.

- Lemos Guerrero. 28-11-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=906>
- Estrella.
- Luna Amaya.
- Ramos Sevilla. 04-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=27>

Precedentes relacionados.

SJP. Art. 76 Bis CP. Art. 30 CPP

- Bustos Baldor. 02-03-10: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>
- Condori. 15-06-16. VG: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>
- Bernales Bargas. 28-12-16: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>
- Ayala Gil. 17-05-17: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>
- Moreno Frías. 01-12-17: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=904>
- Crescitelli Fliguer. 14-12-17: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>
- Lemos Guerrero. 28-11-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=906>
- Ramos Sevilla. 04-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=27>
- Romero Díaz. 15-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=177>
- Torcetta Sanjurjo. 19-12-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=262>
- Rivero Oro. 22-05-20. VG. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=315>
- Castro. 03-02-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=771>
- Vulcano. 22-03-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=981>
- Castillo Ordoñez. 11-05-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=895>
- Reyes Lara. 17-08-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=865>
- García Manca. 17-08-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=866>
- Martínez Fernández. 26-08-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=895>
- Guajardo. 22-09-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=896>
- Rosales Chacón. 11-11-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=973>
- González Farías.
- Entre Ríos Oliva.

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

Fallo:

CUIJ: 13-04406499-9/1((018601-36399)) F. Y QUER. PART. C/ PONT LEZICA PAREJA DANIEL P/ HOMICIDIO CULPOSO ENCONCURSO IDEAL CON LOS DELITOS DE LESIONES GRAVES CULPOSAS EN CONCURSO IDEAL (36399/15) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104486238*

En Mendoza, a los seis días del mes de octubre del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04406499-9 caratulada “FYQ/ PONT LEZICA PAREJA DANIEL P/ HOMICIDIO CULPOSO EN CONCURSO IDEAL CON LOS DELITOS DE LESIONES GRAVES CULPOSAS EN CONCURSO IDEAL (36399/15)S/ CASACIÓN”.

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

A fs. 509/514 vta. Interpone recurso de casación el Dr. Horacio Cadile, Fiscal de la Fiscalía de Instrucción n° 18 de la Unidad Fiscal de Homicidios y Violencia Institucional contra la resolución pronunciada por el Tribunal Penal Colegiado N°1 de la Primera Circunscripción en cuanto otorgó a Daniel Pont Lezica Pareja la suspensión del juicio a prueba solicitada por el término de tres años en estos autos P-36399/15, en los que se encuentra imputado por homicidio imprudente en concurso ideal con los delitos de lesiones graves imprudentes y lesiones leves imprudente (arts. 84, segundo párr., segundo supuesto –Ley 25.189–, 94, segundo párr., –Ley 25.189–, 90 y 54 del CP).

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

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

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

1.- Resolución recurrida

El Tribunal Penal Colegiado N°1 de la Primera Circunscripción Judicial **hizo lugar a la solicitud de suspensión del juicio a prueba** interpuesta por la defensa del imputado Daniel Pont Lezica Pareja (fs. 501/502 y constancias audiovisuales a partir del minuto 12:53 y ss.).

El a quo consideró que los **arts. 76 y 76 bis del CP no corresponden al ámbito de competencia delegada a la Nación**, por lo que debe aplicarse lo previsto respecto de la suspensión del juicio a prueba en la **normativa provincial**; criterio que entendió reafirmado por la reforma introducida al art. 76 del CP en el año 2015 (ley 27.147).

A partir de ello, consideró que **nuestro CPP no establece como impedimento para la suspensión del juicio a prueba los delitos con pena de inhabilitación.**

El magistrado reiteró su postura según la cual solamente cuando está prevista la **pena de inhabilitación como pena única y principal** impide la aplicación del instituto solicitado.

En respuesta a las razones invocadas por el representante fiscal para negar su consentimiento para la suspensión en cuestión, aseguró que la **política criminal debe ser diagramada por el Congreso Nacional**

y las legislaturas provinciales y descartó que las directivas generales impartidas por Procuración General puedan contrariar la naturaleza de la ley.

Así, manifestó que la reforma del CPP no estableció la imposibilidad de procedencia del instituto de suspensión del juicio a prueba ante delitos que prevean pena de inhabilitación, por lo que la Procuración General no puede establecer un requisito más gravoso.

En consecuencia, concluyó que el dictamen fiscal que aplica una resolución de Procuración que establece requisitos contrarios a los que impone la ley debería ser declarado nulo.

En relación al resto de los motivos expuestos por el representante fiscal a la hora de rechazar su consentimiento, consideró que la razón de que se haya producido una muerte no puede ser justificación suficiente para que se deniegue el consentimiento, debido a que siempre que se impute la figura penal de homicidio imprudente existirá una muerte, mientras que ni la normativa nacional ni la provincial han previsto ese supuesto como impedimento para la procedencia del instituto solicitado.

Cuestionó que el dictamen fiscal hiciera referencia al orden jerárquico de normas pero, luego, lo interpretara de forma errada, por ser el art. 76 del CP norma supletoria y corresponder la aplicación de los preceptos legales provinciales.

En consecuencia, entendió que el dictamen **no se encontraba fundado ni era razonable** y que, de conformidad con lo establecido en el **precedente «Acosta»** del Máximo Tribunal de la Nación, correspondía otorgar el instituto solicitado.

El a quo también analizó las razones expuestas por la querrela para rechazar la suspensión del juicio a prueba.

Consideró que no puede tomarse en cuenta lo alegado acerca del **desprecio por la vida humana para descartar la concesión del instituto solicitado en los supuestos de figuras imprudentes**.

Sin embargo, entendió relevante a los fines pretendidos el nivel de alcohol en sangre que poseía el imputado, debido que esa cantidad lo puso en una situación de riesgo grave.

Según el requerimiento de elevación a juicio el imputado poseía 1,447 gramos de alcohol en sangre según el test por aspiramiento, lo que lo llevó a aseverar que el nivel de alcoholización era grave pero apenas sobrepasaba el límite impuesto por el tipo penal, por lo que debía tomar en consideración el mínimo de la pena por ser un homicidio imprudente agravado por la cantidad de alcohol, que el imputado no poseía antecedentes penales y que el daño causado por el delito no debía ser la muerte sino que debían analizarse otras consideraciones distintas de la figura penal. Según afirmó la escala penal correspondiente poseía un mínimo de 2 años de prisión y 5 de máximo.

En consecuencia, ordenó conceder el instituto de **suspensión del juicio a prueba** en favor de Daniel Pont Lezica por el término de tres años con las siguientes pautas de conducta: 1) fijar residencia y constituir domicilio a los fines del proceso, 2) comparecer ante el Organismo Técnico Criminológico a los efectos de cumplir sus indicaciones, 3) prohibición de acercamiento por cualquier medio a los familiares de la víctima, 4) realizar prácticas de manejo, 5) mantener trabajo adecuado y 6) abstenerse de consumir estupefacientes y bebidas alcohólicas.

2.- Recurso de casación

El representante del Ministerio Público Fiscal interpone recurso de casación con sustento en los arts. 474, 475, 476 y 480 del CPP contra la resolución ordenada por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción que concedió el instituto de suspensión de juicio a prueba al imputado Daniel Pont Lezica.

Entiende que se encuentra legitimado para interponer el remedio procesal dado el interés directo que el Ministerio Público Fiscal posee, en virtud de su función de promoción de actuación de la justicia en defensa de la legalidad y los intereses de la sociedad (hace referencia a lo ordenado por ley 8.008, las Constituciones Nacional y Provincial y las convenciones internacionales).

Cuestiona que el a quo haya hecho lugar a la suspensión del juicio a prueba con fundamento en el precedente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación «**Acosta**», por entender que el dictamen fiscal era nulo por falta de fundamentación y por concurrir una mera manifestación del querellante sin que existiera prueba que acredite sus dichos.

Sin embargo, destaca, **no se declaró la nulidad del dictamen fiscal** en la resolución.

El fiscal entiende que el **consentimiento fiscal** es un presupuesto procesal de la suspensión y que en defecto de ello no puede ser concedida.

Afirma que la ley no requiere que el Ministerio Público Fiscal presente un dictamen sujeto a exigencias de fundamentación como se impone respecto de los otros institutos procesales, sino solo una manifestación de voluntad por ser el titular de la acción penal.

Asevera que ello se desprende de la normativa procesal provincial. Así, concluye que las razones expresadas por el órgano jurisdiccional al analizar el consentimiento se basan en una interpretación legal que lo vacía de contenido.

Resalta la posición establecida por esta Suprema Corte de Justicia en relación con el consentimiento fiscal para la concesión de la suspensión del juicio a prueba y la imposibilidad de concederla en casos en lo que se atribuyan delitos conminados con pena de inhabilitación.

Según manifiesta, la suspensión del juicio a prueba se encuentra íntimamente vinculada con el principio procesal de oportunidad y no puede ser interpretada como un beneficio para el imputado.

En este sentido, afirma que el Ministerio Público Fiscal puede prescindir de la persecución penal cuando estime que existen mejores alternativas para solución del conflicto que la realización del juicio y obtención de una condena.

Recuerda que el tribunal carece de poderes autónomos para la promoción y ejercicio sobre la suspensión del ejercicio de la acción, cuyo encargado principal es el órgano acusatorio.

Asimismo, entiende que el a quo se ha extralimitado al analizar el alcance de la instrucción general dictada por la Procuración General a los integrantes del Ministerio Público Fiscal.

Por su parte, recuerda que la fiscalía efectuó requerimiento de citación a juicio del imputado Pont Lezica por delito de homicidio culposo en concurso ideal con el delito de lesiones graves culposas y lesiones leves culposas (previsto en los arts. 84, segundo párr., segundo supuesto; 94, segundo párr.; 90 y 54 del CP). Al respecto, enfatiza que el a quo, al analizar la calificación, hizo referencia al homicidio imprudente

agravado por el consumo de alcohol (previsto en el art. 84 bis del CP), delito que no se encontraba vigente al momento en que sucedió el hecho.

Y que en virtud de la calificación que tomó en consideración, al analizar el requisito relativo a la procedencia de la ejecución condicional, el a quo confundió la pena prevista para el homicidio imprudente previsto en el primer párrafo con la del homicidio imprudente agravado.

También cuestiona que al analizar el requerimiento de citación a juicio fiscal, el magistrado de instancia anterior no tuviera presente la multiplicidad de víctimas, aun cuando en la pieza acusatoria se diferencié más de una.

Finalmente, hace reserva de caso federal en caso de que no se haga lugar a su planteo.

3.- Dictamen del Procurador General

A fs. 538, el Procurador General mantiene el recurso de casación interpuesto y reitera su postura en relación a que la expresa negativa fiscal, manifestada en dictamen motivado, posee carácter vinculante y obsta la procedencia del instituto.

También recuerda que el art. 30, primer párrafo, del CPP impone la directa remisión al instituto previsto en el art. **26 del CP, que niega su aplicación en los casos de pena de multa e inhabilitación.**

Por último, asevera que existe la necesidad de determinar si el imputado puede ejercer la actividad riesgosa sin peligro para terceras personas, lo que puede realizarse solo mediante una sentencia.

4.- Informe de la defensa

Corrida vista a la defensa del imputado Pont Lezica, afirma que la resolución dictada debería haber sido cuestionada mediante recurso de **inconstitucionalidad**, pero no de casación.

Ello por entender que ese recurso plantea el desacierto de la sentencia justificado en haber aplicado una ley, decreto o resolución cuya constitucionalidad se cuestiona.

En el caso de autos el a quo prescindió de la opinión fiscal por remitirse exclusivamente a la resolución de la Procuración General, la que tachó de inconstitucional.

Así, entiende que los fundamentos del recurso deberían haber estado dirigidos al juicio de constitucionalidad efectuado por el Tribunal Penal Colegiado, por lo que concluye que los agravios expresados no son los idóneos para revocar la resolución impugnada.

Considera que el yerro en la interposición de la impugnación impetrada por el acusador resulta sumamente trascendente debido a que no le es aplicable a tal sujeto procesal la doctrina emanada del **precedente «Casal».**

En subsidio, argumenta que es criterio pacífico que los jueces pueden analizar la legalidad del dictamen fiscal desde el punto de su logicidad y motivación, lo que ocurrió en el presente caso.

5. La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Puesto a resolver el caso traído a estudio, adelanto que corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal, por las razones que a continuación se exponen.

De manera preliminar, y dado que uno de los argumentos de la acusación estatal se refiere al **requerimiento de fundamentación exigido respecto de su dictamen**, encuentro pertinente reafirmar mi postura en relación a las **condiciones bajo las cuales el consentimiento fiscal es vinculante** para el juzgador.

De forma constante he sostenido que en materia de suspensión del juicio a prueba **sólo el dictamen fiscal motivado es vinculante** para quien juzga.

El órgano jurisdiccional no puede hacer lugar a la petición defensiva cuando el fiscal no presta su consentimiento para ello y se expide mediante un dictamen razonablemente fundado.

En este sentido he expuesto mi postura de forma consistente en los **precedentes «Bustos Baldor», «Moreno Frías», «Ramón Mayorga», «González Farías», «Entre Ríos Oliva», «Rodríguez Rosales», «Romero Díaz», «Torcetta Sanjurjo», entre otros.**

Las razones por las cuales el dictamen fiscal debe efectuarse de manera fundada para operar como **límite a la facultad jurisdiccional** de conceder o no la suspensión del juicio a prueba, son de diferente orden y exceden el objeto de esta resolución.

Baste con señalar que, a mi entender, existen al menos dos motivos para exigirlo.

En primer lugar, existe un **deber procesal** expresamente contenido en la ley según el cual el fiscal debe motivar sus decisiones, cuyo fundamento radica a mi juicio en la necesidad de garantizar el control de razonabilidad de los actos del Ministerio Público Fiscal.

Así, el precepto contenido en el **art. 167 del CPP** pretende hacer operativo el control republicano de razonabilidad de los actos del Estado, en este caso, a efectos de evitar arbitrariedad en el ejercicio de la acción pública que se encuentra en cabeza del órgano jurisdiccional.

En segundo lugar, la garantía de derecho de defensa exige también que tanto el acusado como su defensor se encuentren en posición de evaluar las razones del dictamen, pues el consentimiento constituye un requisito indispensable para la procedencia de la suspensión del juicio a prueba.

Es decir, en tanto limita la potestad jurisdiccional de conceder o no el instituto, los motivos que determinan la posición fiscal deben hacerse públicos a efectos de posibilitar el control defensivo. Ahora bien, del análisis del planteo recursivo a fs. 509/514 y del dictamen emitido durante la audiencia por el Ministerio Público Fiscal advierto que la resolución pronunciada por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción ha concedido la suspensión solicitada a partir de fundamentos erróneos.

En efecto, el razonamiento efectuado por el a quo tomó como premisa de base el carácter infundado de la negativa fiscal.

Los argumentos esbozados en la resolución pueden ser resumidos en los siguientes puntos: a) según el orden jerárquico normativo debe prevalecer el art. 26 del CPP de Mendoza frente al 76 bis del CP; b) la pena de inhabilitación impide la procedencia de la suspensión del juicio a prueba sólo cuando está prevista como pena única y principal; c) las directivas generales emitidas por la Procuración General son contrarias a lo que establece la ley por impedir la procedencia del instituto procesal para los casos en los que se haya producido una muerte.

El a quo también analizó las razones expuestas por la querrela, en relación a lo cual afirmó que la cantidad de alcohol en sangre era grave pero apenas sobrepasaba el límite previsto en el tipo penal, por lo que podía tomarse en consideración el mínimo de la pena tipificada para el homicidio imprudente agravado.

En este sentido, afirmó que la escala correspondiente se encontraba entre un mínimo de 2 años de prisión y un máximo de 5. Como consecuencia de estas razones, descartó el efecto vinculante del dictamen fiscal y concedió la suspensión del juicio a prueba de Pont Lezica.

Sin embargo, del estudio del dictamen fiscal expresado en la audiencia surge que el representante fiscal expresó, entre sus motivos para justificar la denegatoria del consentimiento requerido, razones de política criminal que no fueron tomadas en consideración por el a quo y que, en principio, se encuentran fuera del ámbito de análisis del órgano judicial.

El diseño de la política criminal y de persecución penal mediante el dictado de instrucciones generales a ese órgano es una facultad concedida por ley al Procurador General (art. 28 ley 8.008).

En este sentido, entiendo que al magistrado le corresponde la facultad de controlar la legalidad del dictamen fiscal, lo que conlleva una forma de control sobre sus razones, pero no lo habilita a imponer su propio juicio de conveniencia sobre la prosecución de la acción penal en el caso en concreto ni a entrometerse en la esfera de diseño y dirección de la política criminal del Ministerio Público Fiscal, lo que no puede ser obviado en esta instancia.

Como puede advertirse de las constancias audiovisuales de la audiencia el representante del Ministerio Público Fiscal no prestó su consentimiento y fundó su dictamen en su carácter de titular de la acción pública y siguiendo expresas instrucciones generales del Procurador General de no consentir la concesión de suspensión del juicio a prueba en supuestos que se atribuyeran delitos sancionados con pena de inhabilitación o por hechos en los que hubiera ocurrido una muerte.

En relación a esto último, la consideración del a quo según la cual la Procuración General no puede establecer mediante resoluciones generales limitaciones a la suspensión del juicio a prueba no contenidas en la ley, queda desvirtuada al analizar los fundamentos del dictamen en cuestión.

Allí, el agente del órgano acusador motivó la voluntad del Ministerio Público Fiscal en el esclarecimiento de los hechos en los que hubiera sucedido la muerte de una persona, mediante un juicio que arribe a una sentencia. Es decir, el agente fiscal siguió el criterio de persecución penal propio del órgano en el que se desempeña de llevar a debate estos hechos.

Tal como sostuve antes, en anteriores pronunciamientos he considerado –mediante remisión a la jurisprudencia de esta Suprema Corte de Justicia– que «[...] se ha fijado posición en cuanto a que el dictamen motivado del Ministerio Público Fiscal, en lo atinente a la concesión de la suspensión del juicio a prueba, resulta vinculante y que no corresponde hacer lugar a tal planteo cuando aquél dictamina en sentido negativo.

Resultando por lo tanto su consentimiento un presupuesto de procedibilidad del instituto analizado [...]» (conf. «**Bustos Baldor**», LS. 410-166, y sus citas, entre otros). Por su parte, también encuentro errada la figura penal tenida en cuenta por el a quo al momento de analizar la gravedad del hecho y la procedencia de la ejecución condicional.

Así, el magistrado de instancia anterior resaltó que el delito atribuido a Pont Lezica era el previsto en el art. 84 bis del CP, y a partir de ello realizó distinciones en torno a la cantidad de alcohol requerida para la figura agravada establecida en el segundo párrafo de ese artículo.

La sanción impuesta por la norma citada por el magistrado va de los tres años de prisión como mínimo a los seis como máximo, aunque al mencionar la escala penal a tener en cuenta para la concesión del instituto procesal aseveró que el mínimo se encontraba en los dos años de prisión y el máximo era de cinco años.

Considero errado el análisis desarrollado en la resolución oral y pertinente destacar que el requerimiento fiscal acusó por el delito de homicidio culposo en concurso ideal con el delito de lesiones graves culposas y lesiones leves culposas (previsto en los arts. 84, segundo párr., segundo supuesto; 94, segundo párr.; 90 y 54 del CP) por tener presente el momento en el que ocurrió el hecho: 25 de marzo de 2015. La figura penal analizada por el magistrado de instancia anterior se sancionó en enero de 2017, por lo que –de conformidad con la prohibición de irretroactividad de la ley penal– no correspondía su invocación.

En consecuencia, estimo que la crítica del a quo ha excedido en su resolución el control de legalidad al que está llamado y expone la existencia de vicios en el razonamiento de su decisión, que la tornan infundada.

Así, en tanto la vista conferida al Ministerio Público Fiscal fue evacuada conforme a derecho (art. 167 del CPP) y en contra de la concesión de la suspensión petitionada, no correspondía que fuese otorgada.

La resolución cuestionada, en definitiva, no satisface los requisitos de motivación contenidos en el art. 155 del CPP.

En base a los motivos expuestos, corresponde a mi entender **hacer lugar al recurso de casación** planteado por el representante fiscal (art. 462 del CPP). ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Por su voto.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN EL DR. JOSÉ V. VALERIO, POR SU VOTO, DIJO: Adhiero a la solución propuesta en el voto preopinante, haciendo saber que, conforme al criterio que sustentó y que he señalado en otras oportunidades, la actuación de la ley por parte del representante del Ministerio Público Fiscal es la regla en materia procesal e implica su **promoción y ejercicio obligatorio**, mientras que la **excepción es la procedencia de criterios de oportunidad** (ver «Lemos Guerrero», CUIJ n° 13-04024478-0/1; «Estrella», CUIJ n° 13-03899192-7/1; «Luna Amaya», CUIJ n° 13-04159055-0/1; y recientemente «Ramos Sevilla», CUIJ n° 13-04184946-5/1, entre otros).

A mi entender, el agente debe fundamentar su dictamen solamente cuando se aparta de esta regla consistente en la persecución penal, para otorgar el consentimiento para la aplicación del beneficio petitionado –en este caso, suspensión del juicio a prueba–. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento el resultado a que se llega en el tratamiento de la cuestión anterior, corresponde hacer lugar al recurso de casación deducido a fs. 509/514 vta. Por el Dr. Horacio Cadile, Fiscal de la Fiscalía de Instrucción n° 18 de la Unidad Fiscal de Homicidios y Violencia Institucional, y, en consecuencia, revocar la resolución dictada en audiencia oral por el Tribunal Penal Colegiado N°1 de la Primera Circunscripción, en fecha 2 de agosto de 2018, fs. 506 y vta., en relación a la suspensión del juicio a prueba concedida a Daniel Pont Lezica Pareja en los autos P-36399/15,

debiéndose remitir los presentes obrados al Tribunal Penal Colegiado correspondiente, a fin de que la OGAP determine el juez que deberá continuar entendiendo en la causa y emitir un nuevo pronunciamiento conforme a derecho. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

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

- 1.- Hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 509/514 por el Ministerio Público Fiscal y, en consecuencia, **revocar la resolución** dictada en audiencia oral por el Tribunal Penal Colegiado N°1 de la Primera Circunscripción, en fecha 2 de agosto de 2018, fs. 506 y vta., en relación a la suspensión del juicio a prueba concedida a Daniel Pont Lezica Pareja en los autos P-36399/15
- 2.- Remitir los presentes obrados al Tribunal Penal Colegiado correspondiente, a fin de que la OGAP determine el juez que deberá continuar entendiendo en la causa y emitir un nuevo pronunciamiento conforme a derecho.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 06 de octubre de 2020.-

33- BARRIONUEVO y ot. 07-10-20.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201007_FcBarrionuevo.pdf

Lex: Art. 79, 41 bis, 54, 41 bis y 42 del CP

Vox: Homicidio simple agravado. Arma de fuego. Concurso real. Tentativa. Móvil delictivo como indicio. Teoría de la unidad de la prueba. Actos de la defensa.

Summa:

El **TPC** condenó a Carlos Leonardo Miraval Reynoso a la pena de **dieciocho años de prisión** como autor penalmente responsable del delito de homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego en concurso real con homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego en grado de tentativa (arts. 79, 41 bis, 54, 41 bis y 42 Cód. Penal).

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 del CPP)

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

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1078, pronunciada por el TPC N° 1- 1° CJ.

Precedentes citados

α-SCJM

- Roldán Carrera. 20-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191220_FcRCJ.pdf
- Ochoa Lucero.

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

Fallo:

CUIJ: 13-05116564-5/1((018601-45360)) FC/ BARRIONUEVO AXEL Y MIRAVAL LEONARDO P/ HOMICIDIO SIMPLE AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO EN CONC. REAL (45360) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105284253*

En Mendoza, a los siete días del mes de octubre del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05116564-5/1 caratulada “F. C/ BARRIONUEVO, AXEL MARIANO; MIRAVAL, CARLOS LEONARDO P/ HOMIC SIMPLE... S/ CASACIÓN”.

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

La defensa del imputado Carlos Leonardo Miraval Reynoso interpone recurso de casación (fs. 1212/1219 vta.) contra la Sentencia N° 1078 (fs. 1193 y vta.), en tanto condena al nombrado a la pena de dieciocho años de prisión como autor penalmente responsable del delito de homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego en concurso real con homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego en grado de tentativa (arts. 79, 41 bis, 54, 41 bis y 42 Cód. Penal) pronunciamiento dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

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

1.- Resolución recurrida

La sentencia establece que el 3 de junio de 2018 a las 23 horas aproximadamente, Lucas Morales Scaglia y Rodrigo Cisnero Ávila estaban en las inmediaciones de la manzana I casa 8 del barrio La Gloria de Godoy Cruz, momento en el que un sujeto no identificado (ya que el entonces acusado, Barrionuevo, fue absuelto) y Miraval Reynoso alias “Ye”, sacaron armas de fuego y apuntaron hacia donde estaban los nombrados, disparando contra los mismos, produciendo heridas que provocaron la muerte de Morales Scaglia y heridas con riesgo de vida a Cisnero.

2.- Recurso de casación

Se queja la defensa porque la **sentencia es nula**, toda vez que sus fundamentos son escuetos, contradictorios, inconsistentes e inconducentes.

Además, porque a fs. 68/73 rolan órdenes de detención de las que surge que se le imputa a su defendido y se lo condena por un hecho ocurrido en la misma fecha, a distinta hora, en distinto lugar y con una sola víctima, motivo por el que pide la nulidad de lo actuado, y subsidiariamente, que se lo absuelva por el **beneficio de la duda**.

Alega que los relatos de los testigos Sambay y Morales son contradictorios, porque no se encontraron presentes en el lugar de los hechos, ya que no vieron el momento en que dispararon, por lo que se deberían haber descartado los testimonios.

Aduce que ante la declaración de los imputados, el a quo debió suspender el debate para dar con las personas que los dos señalaron como los verdaderos autores del homicidio.

Se queja asimismo, porque no declararon en el debate otras personas fundamentales por el conocimiento que tenían sobre cómo ocurrieron los hechos, entre ellos Espejo Carrizo, quien depuso a fs. 722. Señala que el a quo da por sentado que el autor fue Miraval, cuando una de las víctimas no los conoce ni pudo reconocer quién o quiénes fueron los autores de los disparos.

Que su pupilo fue condenado sólo por indicios, sin que haya certeza, porque los verdaderos autores fueron Rosas y Gonzalo Arroyo, dadas las amenazas que recibió el sobrino del primero, Gastón Chaparro.

Aclara que esto ocurrió a raíz del acuerdo probatorio que el a quo homologó a fs. 1171, por lo que no se supo la verdad real, lo que a la querellante particular tampoco le importó.

Agrega que las armas de fuego no fueron halladas, desconociendo cuáles fueron las peritadas. Que no se valoraron las declaraciones de una serie de testigos, y su obligación era valorarlos, porque la Dra. Bustamante dijo que el disparo ingresó a la altura del hombro izquierdo, de lo que deriva que no podía mover ninguno de sus miembros, a diferencia de lo declarado por el médico Magistochi, que dijo que sólo tenía parálisis de los miembros inferiores.

Se agravia porque no compareció la Dra. Bustamante al debate y no se indicaron las causas del fallecimiento de la víctima, ya que el Fiscal dijo que falleció por shock hipovolémico y la madre, porque sus pulmones se llenaron de líquido por una infección intra-hospitalaria. Reitera que el acuerdo probatorio jugó en contra de su pupilo.

Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador opina que el recurso debe ser rechazado, porque la valoración de la prueba es acertada, el acuerdo probatorio fue realizado contando el imputado con defensa técnica, y de los primeros momentos de la investigación, el hecho que surge es el mismo contenido en la acusación y por el que fue condenado.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso no debe ser acogido.

Ello por cuanto en autos no se verifican los defectos que apunta la quejosa, toda vez que la motivación de la sentencia es suficiente a los fines de su mantenimiento como acto jurisdiccional válido, a tenor de la jurisprudencia de este Cuerpo en el sentido que los posibles defectos de la resolución, para conllevar la extrema solución de su nulidad, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (L.S.186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros), lo que en autos no ocurre.

Ahora bien, el recurso no constituye una crítica razonada de la sentencia, sino que encubre una discrepancia de la defensora con el criterio valorativo que utilizó el a quo, lo que impide que prospere según se ha dicho con anterioridad (L.S. 333-64, 400-240, 407-155, entre otros), defecto que se evidencia en numerosos tramos de la censura.

Así, en tanto niega que los testigos Celfa Sambay y Brisa Morales, que el a quo considera decisivas, hayan presenciado los hechos y que sean creíbles, para lo cual hace una particular interpretación de sus dichos, prescindiendo de lo que declararon.

De tal modo, la primera testigo nombrada dijo: «Estaba ahí, veo un chico que saca un arma, yo escucho que gritan Lucas, escucho tiros y me pongo en la pared, lo único que atiné es a irme a mi casa» (fundamentos, fs. 1195), y la segunda expresó: «...Salgo a comprar, mi primo Lucas estaba viendo un video en la esquina con Nicolás.

Enfrente salieron ellos dos, de la manzana J, nosotras estábamos en la I...Miraval saca el fierro, le grito Lucas.

Saca un arma de fuego. Le grité Lucas y me vuelvo para mi casa, no alcancé a salir ni a la vereda, cuando me metí para adentro escuché los disparos» (fundamentos, fs. 1195), lo que le permite inferir al sentenciante que los testigos «...vieron en forma directa» (fundamentos, fs. 1195) ese fragmento de los sucesos que culminó con la muerte de la víctima fatal y las heridas con riesgo vital de su acompañante.

Además, expone el tribunal de sentencia que esos testigos depusieron en forma espontánea, sin advertirse titubeos, temor o inducción previa de terceros, y que coincidieron «...en lo nuclear» de los hechos, esto es, en la mención de circunstancias previas, concomitantes y posteriores al hecho y en la sindicación de Miraval como uno de los que sacó un arma, encartado al que describieron y luego reconocieron en rueda de personas (fundamentos, fs. 1196 vta), aspecto que este Cuerpo pudo constatar a través de la revisión practicada.

De esta operación emerge que convergen en el señalamiento de Miraval como autor, además de las citadas, el desgrabado del CEO, en tanto da cuenta que «los Miravales» estarían en un tiroteo en las inmediaciones del lugar donde aconteció el hecho acá juzgado, apenas transcurrida una hora desde que se informó de las víctimas heridas de bala, mediante un llamado al 911 (fundamentos, fs. 1197/1198); la declaración de la querellante particular, madre de la víctima fatal, que dijo que luego de dejar a su hijo en el Hospital Central para que lo atendieran, varios vecinos se acercaron para manifestarle el nombre de los autores, entre los cuales se encontraba Miraval.

También refirió que su hijo en el nosocomio indicó en una tabla las letras del alias de Miraval –Ye–, como quien había sido el autor de las heridas.

Asimismo Cisnero, el otro herido por Miraval, tras mostrarse reticente en su primera declaración, en una posterior dijo que escuchó al ser atacado, que uno de los chicos de su grupo gritó que venían «los de la L», expresando al serle requeridas más explicaciones, que «fueron el Axelito y el Miraval, le dicen el Ye, yo no los vi pero gritaron que venían los de la L. Eso es lo que yo escuché» (acta, fs. 557), emergiendo del informe del oficial Garnier, que luego depuso en el debate, que los vecinos le mencionaron los nombres de los imputados, así como que le consta por su labor como policía, ya que ha intervenido en varios allanamientos, que la familia Miraval solía dirimir sus inconvenientes en el barrio, mediante el uso de armas de fuego (fundamentos, fs. 1198).

Por otra parte, se verifica nuevamente en el recurso la disconformidad de la defensora con el criterio del inferior, cuando se queja porque a su entender, se debió suspender el debate después que los imputados, durante la indagatoria, mencionaron a dos personas como los verdaderos autores de los disparos, para investigarlos, ya que éstos tenían un móvil que justificaría lo sucedido, esto es, se trataría de una venganza por la agresión y amenazas que de parte de una de las víctimas habría recibido el sobrino de uno de ellos.

En esta dirección, soslaya que el **móvil es un indicio que puede servir para confirmar o descartar la participación**, pero **no es en sí mismo una prueba**, y que su falta de esclarecimiento no implica que no exista, adquiriendo fuerza cuando se reconoce que el inculpado no sólo es capaz del hecho, sino que tuvo además una razón particular para cometer el delito.

Pero se puede dilucidar la **autoría** mediante otros elementos –como sucede en el presente caso sometido a revisión–, no siendo imprescindible para ello, conocer el móvil, según he sostenido en el precedente «Roldán Carrera».

A esto se suma que el tribunal a-quo analizó las indagatorias y las calificó como carentes de logicidad, contradictorias y sin «una corroboración periférica que la sustente...» (fundamentos, fs. 1198).

En dicho relato, Miraval en particular acusó a la querellante particular, madre de la víctima fatal Lucas Morales, de ser quien «...organizó todo.

Ella no sabe quién fue y por eso organizó todo» (fundamentos, fs. 1196), tema que no obstante que el a quo desechó, en esta instancia recursiva reitera la defensora, alegando que a la querellante no le interesaba encontrar al verdadero culpable (recurso, fs. 1217).

En este punto, se debe consignar que la detención de Miraval se produjo en virtud de la orden de detención que rola a fs. 82/84, quedando claro que desde un primer momento el hecho investigado es aquél por el que Miraval fue condenado.

En consecuencia, el agravio que se forja en torno a este punto y su pedido de que se anule el procedimiento por este motivo, deben ser desestimados.

En la elaboración de la queja referida a que el inferior debía valorar en forma expresa los testimonios de la querellante particular, de los médicos del Hospital Central y del Cuerpo Médico Forense que cita y del policía Garnier, soslaya los fragmentos de los fundamentos que específicamente las evalúan (fs. 1196 vta./1197, fs. 1197 vta./1198, entre otros), así como que se ha dicho en forma reiterada que no es obligación del a quo ponderar absolutamente toda la prueba rendida, sino tan sólo la que estima conducente, no habiendo invocado la quejosa, la dirimencia de aquélla que dice, en contra de las constancias de autos, omitida.

En similar sentido, al tildar de lamentable la actuación llevada a cabo en una de las audiencias del debate, cuya constancia rola a fs. 1171 y vta., en la que el fiscal pidió la incorporación, con omisión de lectura, de ciertas declaraciones a la vez que desistió de la producción de algunas testimoniales, está manifestando su desacuerdo con la estrategia defensiva llevada a cabo por el anterior defensor, sin que indique desacierto evidente de aquél, resultando por lo tanto, insusceptible de ser acogido el agravio.

En este sentido se ha pronunciado esta Sala, advirtiendo que en el supuesto contrario, bastaría cambiar de defensor para intentar dejar sin efecto actos cumplidos válidamente con asistencia letrada (ver al respecto el **precedente “Ochoa Lucero”**).

Volviendo al caso en examen, en la audiencia prementada –fs. 1171 y vta.– el presidente del tribunal le dio vista a la defensa de lo solicitado por el fiscal, otorgando su anuencia los tres letrados que en ejercicio de tal ministerio, se encontraban presentes en el acto, tras lo cual se proveyó de conformidad la petición efectuada.

En este punto, considero conveniente distinguir entre el pacto referente a la prueba que ofrecieron las partes, de cuya producción se desiste o bien, se decide incorporar como ocurrió en autos, con omisión de lectura, sin que haya sido afectado derecho alguno, del acuerdo o estipulación probatoria cuya finalidad es tener por acreditados y por ende, fuera de discusión en la causa, determinados hechos o circunstancias sobre cuya existencia existe conformidad entre las partes.

Este último supuesto, contemplado en el art. 368 segundo párrafo CPP, en tanto establece que en la audiencia preliminar «Las partes podrán acordar o ser invitados por el Juez a tener por acreditados ciertos hechos, sobre los que no cabrá discusión alguna en el juicio oral, limitando de esta manera las circunstancias que sí deberán demostrarse y la prueba para ello.

Al acuerdo probatorio arribado deberá estarse durante el juicio oral y la limitación de la prueba», es ajeno a la situación que agravia a la defensa, por más que se refiera a ella como acuerdo probatorio y proceda a descalificarlo, sin más base que su opinión personal.

En otro punto de la censura, se queja la recurrente porque la condena se basó en indicios, sin tener en cuenta que esta Sala reiteradamente se ha expedido por la vigencia de la **teoría de la unidad de la prueba**, en tanto impone como regla su ponderación conjunta, pues muchas veces la certeza se obtiene de probanzas, que individualmente estudiadas pueden aparecer como débiles o imprecisas, pero complementadas y unidas entre sí, llevan al ánimo del juzgador la convicción acerca de la existencia de los hechos denunciados (L.S. 393-243, 382-107, 381-233), que es lo que ha ocurrido en la especie.

Por lo demás, la circunstancia que cuestione los dichos e informes médicos, en relación a si Morales antes de morir podía movilizar sólo los miembros superiores, lo relativo a las armas de fuego peritadas o las causas de la muerte del precedentemente nombrado, carecen de dirimencia frente al cuadro cargoso reunido, toda vez que la inclusión mental hipotética de estos extremos en el contexto probatorio, carece de entidad para modificar la condena pronunciada.

Por último, tal como se aseveró en los primeros párrafos de esta solución y se ha podido confirmar a través de lo desarrollado, la motivación de la sentencia resulta ajustada a derecho y no surge el estado intelectual de duda por parte del tribunal, que legitimaría la aplicación del art. 2 CPP, por lo que, según se ha dicho con anterioridad (L.S. 419-17, 397-237, 388-024, 388-062), esa petición tampoco puede ser acogida, por más que se haya absuelto al co-imputado Barrionuevo, por falta de acusación fiscal.

Por lo tanto, y opinión concordante del señor Procurador General, corresponde confirmar la resolución cuestionada, por no adolecer de los vicios endilgados, causal de nulidad ni arbitrariedad alguna. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo y Adaro. Adhiere.

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

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

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

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Imponer las costas al imputado vencido y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

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

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

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 1212/1219 vta. Por la defensora de Carlos Leonardo Miraval Reynoso.
- 2.- Tener presente la reserva formulada.
- 3.- Imponer las costas al imputado vencido y diferir la regulación de honorarios para su oportunidad.
- 4.- Remitir los obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

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

34- PIETROPAOLO. 25-11-20.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201125_FcPietropaolo.pdf

Lex: Art. 79, 41 bis, 34 inc. 6 y 35 del CP.

Vox: Homicidio simple agravado. Arma de fuego. Causa de justificación. Exceso en la legítima defensa. Fundamentos orales. Lenguaje claro.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **dieciséis años de prisión** como autor penalmente responsable del delito de homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego.

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 del CPP).

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

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1645 (13-11-19), pronunciada por el TPC N° 1- 3° CJ.

Precedentes citados

α-SCJM

- Zurita. 11-09-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200911_FcZAJ.pdf
- Robledo Vergara. 09-05-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200911_FcZAJ.pdf

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

Fallo:

CUIJ: 13-05305025-9/1((038601-76704)) FC/ PIETROPAOLO JOSE ANTONIO P/ HOMICIDIO AGRAVADO (76704) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105473085*

En Mendoza, a los veinticinco días del mes de noviembre del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05305025-9/1 caratulada "FC./PIETROPAOLO, JOSÉ ANTONIO P/HOMICIDIO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO S/CASACIÓN".

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

A fs. 854/866 vta. La defensa de José Antonio Pietropaolo Castellano interpone recurso extraordinario de casación contra la Sentencia N° 1645 de fecha 13 de noviembre de 2019 (fs. 818/819) y sus fundamentos obrantes en soporte digital, mediante la cual se condenó al nombrado a la pena de dieciséis años de prisión, accesorias legales y costas, como autor penalmente responsable del delito de homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego.

El pronunciamiento fue dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Tercera Circunscripción Judicial en el marco de los autos n° P76.704/18.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

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

1.- La resolución recurrida

El tribunal impugnado, actuando en forma colegiada, resolvió del modo precedentemente señalado al tener por acreditado el hecho descrito en el requerimiento de citación a juicio de fs. 712/726 vta., según el cual, «[e]l día dos de octubre del [año] dos mil dieciocho, sin poder precisar con exactitud la hora, entre las cinco y las siete am, el señor JOSE ANTONIO PIETROPAOLO CASTELLANO se presentó en el domicilio de DANTE ABEL BENEITE SOSA sito en Ruta Nacional n° 7 kilómetro 900 del departamento de La Paz, Mendoza y una vez en el interior del mismo, luego de mantener una discusión, le efectuó reiterados disparos con un arma de fuego calibre nueve milímetros contra la víctima, impactando 6 de ellos en el cuerpo de la misma provocando heridas que le causaron un shock hipovolémico traumático debido a hemorragia[s] internas severas debido a múltiples heridas de fuego, que determinaron la muerte, de acuerdo a la necropsia efectuada por el Cuerpo Médico Forense, agregada a fs. 415. Se halló el cadáver en un piso de cerámico correspondiente al ingreso del dormitorio noroeste de la vivienda (puerta). Se halló decúbito dorsal con la cabeza orientada al Este, los brazos se encontraban encogidos al costado del cuerpo y los pies extendidos al oeste.

En cuanto a las lesiones, Policía Científica constató nueve orificios de características balísticas, siendo seis de ellos orificios de entrada de arma de fuego, según la necropsia» (ver registros audiovisuales, “audiencia 13/11/19”, a partir de 00:26:35).

Para considerar la plataforma descrita corroborada, el tribunal de instancia previa valoró la declaración del acusado efectuada durante el debate, cuyos términos los completó mediante los demás elementos probatorios que conformaron el plexo incorporado debidamente al proceso.

Al respecto, indicó que las lagunas al momento de declarar el imputado sobre las circunstancias controvertidas de la causa, debían ser cubiertas a través de los informes técnicos obrantes en autos, así como también, con las declaraciones testimoniales recibidas durante el debate.

Según se desprende de los fundamentos que acompañan el fallo en revisión, el tribunal a quo valoró: los informes técnicos realizados por el laboratorio de Microscopia Electrónica de Barrido del Cuerpo Médico Forense (fs. 101/102, fs. 208/210 y vta., fs. 338/340 vta.); los informes elaborados por la División Balística Forense (fs. 244/254 y fs. 341/348), por la Dirección de Investigaciones (fs. 554/571) y por la Delegación Guaymallén (fs. 656/659), todos bajo la órbita de la Jefatura de la Policía Científica; el examen médico y psíquico que le fueron practicados al imputado (fs. 214 y fs. 391 respectivamente); el informe de la necropsia (fs. 415), y demás prueba instrumental debidamente incorporada a la causa.

En cuanto a la prueba testimonial, puntualizó en las declaraciones efectuadas durante el plenario por los Dres. Walter Saniga y Roberto Sánchez Imburgia, ambos profesionales del Cuerpo Médico Forense y Criminalístico de la Tercera Circunscripción Judicial; por el Lic. Guillermo Messina; y, por último, por la Dra. Edith Cardona, en su carácter de psicóloga particular del acusado.

2.- Recurso de casación

Los defensores del acusado Pietropaolo impugnan la resolución antes individualizada encuadrando su queja en razón de lo dispuesto por el art 474, incs. 1 y 2 del CPP, esto es, por considerar que existen vicios in iudicando e in procedendo que la descalifican como acto jurisdiccional válido.

Desde la órbita de lo que suponen los vicios formales, los recurrentes argumentan que la sentencia que condenó a su representado resulta nula al contener una fundamentación contradictoria y aparente.

Sostienen que el tribunal de juicio rechaza la aplicación de la legítima defensa como causa de justificación legal basándose en la inexistencia de agresión ilegítima de parte de la víctima, aunque luego, en los mismos fundamentos, se contradice al admitir que hubo agresión, pero que ésta había cesado.

Señalan que el a quo no brinda las razones por las que descrea de la declaración del imputado cuando dijo que la víctima acometió contra él mediante amenazas con un arma de fuego, ni les asigna un alcance jurídico adecuado a esas manifestaciones según las reglas de la sana crítica racional.

Advierten que tampoco se analiza en la sentencia la existencia del arma en el lugar del hecho, toda vez que conforme la plataforma fáctica no se le enrostra al imputado haber portado un arma de fuego al momento de constituirse en el domicilio de la víctima.

De este modo, indican que no se explica de quién era el arma de fuego y cómo apareció en el contexto de la discusión que se menciona en la pieza acusatoria.

Afirman que el a quo no funda de qué modo se produjo la agresión ilegítima de la víctima sobre el imputado, limitándose a mencionar que había cesado al momento en que Pietropaolo logró desarmar a Beneite.

Se quejan de la falta de análisis sobre la existencia del exceso en la legítima defensa, según lo previsto en el **art. 35 del CP**.

Aducen que tal omisión, que inicialmente estaba apuntocada en la inexistencia de agresión ilegítima inicial, deviene en arbitraria cuando en un segundo momento, y de modo contradictorio, en los fundamentos del fallo en crisis se reconoce que dicha agresión ilegítima había existido.

Arguyen que resulta errado el razonamiento seguido en la sentencia al descartar un forcejeo entre la víctima y el acusado.

Razonan en que, si bien el Cuerpo Médico Forense y Sanidad Policial informaron que ninguno presentaba lesiones, ello se compadece con la explicación del acusado cuando negó la existencia de golpes de puño, puntapiés o lanzamientos de objetos contundentes, describiendo únicamente empujones recíprocos.

Opinan que el tribunal se ha apartado de las reglas de la sana crítica racional en la valoración de la necropsia y de los informes de criminalística, realizando interpretaciones apartadas de la información científica aportada por esos elementos de prueba.

En este punto, discuten que se haya afirmado que el primer disparo que hizo el acusado fue sobre la espalda de la víctima mientras ésta huía, al no surgir de modo alguno de dichos informes ni de los testimonios de los técnicos que los realizaron.

Expresan que también se ha modificado sorpresivamente la acusación inicial al incorporar el modo omisivo en la relación causal de la muerte de la víctima.

Ello pues, en los fundamentos del fallo impugnado, se considera que el fallecimiento se produjo por la falta de asistencia ulterior por parte del imputado, siendo esta una circunstancia ajena a la acusación.

Desde el plano de los vicios sustanciales, los casacionistas aluden a que el tribunal de juicio se equivoca al calificar los hechos dentro de las previsiones del **art. 79 en función con el art. 41 bis del CP.**, puesto que a ello se llega por la inadecuada valoración de las pruebas.

Agregan que si los sentenciantes entendieron que existió una agresión ilegítima de parte de la víctima, debieron encuadrar los hechos en las previsiones de la legítima defensa –**art. 34 inc. 6 del CP**– o, en el peor de los casos, en el exceso de dicha causal de justificación –art. 35 del CP–.

En razón de todo ello, consideran que la sentencia resulta arbitraria por violación de los principios de la sana crítica racional y de la congruencia, vulnerando las garantías y derechos del debido proceso y la defensa en juicio.

Por lo que solicitan se case la sentencia impugnada y se absuelva al acusado.

Formulan reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El titular del Ministerio Público Fiscal, al analizar los agravios formulados por la defensa técnica del imputado, entiende que el recurso extraordinario de casación promovido por esa parte debe ser sustancialmente rechazado (fs. 896/897 vta.).

Sostiene que la defensa pone en evidencia su discrepancia con la interpretación dada al plexo probatorio por el tribunal de juicio para tener por acreditado el hecho objeto de investigación, la autoría del justiciable y la calificación jurídica, descartando consecuentemente la hipótesis defensiva, sin lograr demostrar que la sentencia atacada resulte arbitraria.

Considera que el a quo valoró en forma concisa y en conjunto la prueba existente, actividad que le valió para interpretar –adecuadamente– que, al momento en que el justiciable tuvo el arma de fuego en su poder, la víctima se encontraba escapándose del lugar y no abalanzándose hacia el imputado cuando éste le efectuó el disparo, lo que demuestra que no existió una agresión ilegítima presente que justificara la legítima defensa.

Indica que esa conclusión se impone dado el resultado de la necropsia practicada, que constata que el occiso presenta un disparo con ingreso por la espalda, y, además, de los dichos del propio acusado al manifestar que, luego de ver a la víctima en el piso, siguió disparándole.

Expresiones que, al ser adunadas con la explicación dada por los expertos cuando explicaron que, por la forma en que se encontraban los disparos en el cuerpo de la víctima, eran compatibles con encontrarse la persona recostada sobre una superficie dura, es decir, ya tendido en el piso, ratifican el acierto de la sentencia en este punto.

Resalta que también el tribunal de juicio explicó razonadamente los motivos por los que entendía que no hubo **exceso en la legítima defensa**, dado que ello exige tener por acreditado que la conducta comenzó siendo justificada, lo que no ha ocurrido en los presentes obrados.

Por otra parte, descarta que el a quo haya modificado la acusación inicial al incorporar el modo omisivo en la relación causal de la muerte de la víctima.

Señala que el razonamiento del tribunal de sentencia fue dirigido a demostrar que la conducta posterior del acusado no se mostraba como consecuencia del peligro en que supuestamente se había encontrado sino, por el contrario, ordenada o preordenada para encubrir el hecho que había cometido.

Concluye en que la pretensión defensiva no tiene sustento en la realidad probatoria de la causa y sólo puede ser sostenida como estrategia que ha sido desestimada en la sentencia, reiterándose en esta instancia los argumentos planteados en el debate y rechazados.

En razón de lo expuesto, aconseja el rechazo del recurso de casación interpuesto y la confirmación de la totalidad de la sentencia bajo examen.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Analizado el recurso casatorio promovido y el acto sentencial impugnado, entiendo que aquel no puede ser acogido favorablemente por cuanto –en mi opinión– la sentencia proveniente del Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Tercera Circunscripción Judicial no adolece de ninguno de los vicios denunciados por los recurrentes.

De la reseña de agravios efectuada precedentemente, surge que la defensa del imputado Pietropaolo plantea el examen de la sentencia condenatoria antes individualizada en dos planos de impugnación: por un lado, los recurrentes se agravian por considerar que la sentencia es nula por presentar un déficit de fundamentación derivado de la **arbitrariedad en la valoración** de la prueba producida **–vicios in procedendo–**; por otra parte, alegan errónea aplicación de la ley sustantiva, es decir, un error judicial en el razonamiento que motivó la decisión asumida por el tribunal de juicio al **subsumir legalmente** el accionar enrostrado al acusado **–vicios in iudicando–**.

Sin embargo, más allá de la distinción estructural y de contenido que se patentiza a través del libelo casatorio impetrado, a poco de ingresar en su análisis, se advierte que ambos podrían fundirse en uno sólo.

Así, de la exposición del vicio sustantivo surge que la estrategia argumentativa de los casacionistas aparece enderezada en atacar **–esencialmente–** el razonamiento del tribunal a quo como arbitrario en el nivel de la aplicación del derecho, cuestionando las premisas utilizadas por el sentenciante para descartar que la dinámica que asumieron los acontecimientos investigados permita la aplicación de la legítima defensa como causa de justificación legal **–art. 34 inc 6 del CP–** o, en su defecto, que determine que el imputado actuó en los hechos con exceso **–art. 35 del CP–**.

A su vez, el vicio formal representa una crítica al razonamiento judicial y a la motivación arbitraria de la prueba incorporada al expediente.

En consecuencia, creo que ambos agravios decantan en un mismo planteo que debe ser resuelto en forma conjunta: la legitimidad del razonamiento judicial aplicado a la valoración de la prueba incorporada al expediente para concluir afirmativamente respecto del modo en que se produjeron los hechos objeto del proceso y, desde allí, descartar la aplicación en ellos de la causa de justificación penal alegada por los recurrentes.

A mi entender, el interrogante debe ser contestado de manera afirmativa, en la medida en que no existe vicio o defecto en el razonamiento referido que amerite su descalificación como acto procesal válido.

Ello en tanto considero que la sentencia no adolece de los vicios alegados sino que, por el contrario, se ha valido de toda la prueba incorporada de común acuerdo al debate para arribar a un juicio de certeza sobre las circunstancias modales en que se desarrollaron los hechos intimados al acusado.

De manera preliminar, conviene destacar que no se ha cuestionado la materialidad de los hechos tenida por acreditada por el tribunal de la instancia anterior en sus circunstancias de tiempo y lugar.

Tampoco se ha cuestionado la autoría que le cupo en los mismos, desde que ha sido el propio acusado quien admitió a lo largo del proceso judicial que diera lugar al pronunciamiento aquí impugnado, ese extremo de la imputación delictiva (fs. 184, 186/189 vta., ver registro audiovisual, «audiencia 28/10/19», a partir de 00:08:10).

A su vez, el contenido confesorio aludido cuenta, también, con el acompañamiento de la defensas, que ni en sus alegatos ni en esta fase extraordinaria de revisión plantearon reparos al respecto, en el sentido de siquiera intentar desvincular materialmente a su pupilo de la realización de las conductas que se le atribuyeron según la hipótesis planteada por la acusación pública y privada.

Veamos en lo que sigue cuál ha sido el silogismo argumentativo seguido en la sentencia sobre los aspectos controvertidos, para luego ingresar en el análisis particular de los puntos cuestionados por los recurrentes.

5.1. El tribunal de juicio, al analizar la prueba producida en el debate, así como los elementos incorporados por lectura con el consentimiento de las partes, rechazó que Pietropaolo Castellanos haya actuado en los hechos al amparo de la legítima defensa como **causal de justificación**.

A esta solución subyace una visión interpretativa de los hechos que coloca en un lugar central a la declaración del propio acusado, la que es correlacionada y confrontada en la sentencia con los demás elementos probatorios reunidos y debidamente incorporados en autos.

En este sentido, la sentencia integra y completa su testimonio con las conclusiones alcanzadas mediante los múltiples informes técnicos producidos, además de las explicaciones que, de ellos, efectuaron los profesionales que estuvieron a cargo de su realización.

Desde allí, y en cuanto aquí más interesa- teniendo en consideración la dinámica modal de los hechos que se entendió verificada en la pieza sentencial, el tribunal de juicio descarta la existencia de una agresión ilegítima actual por parte de la víctima que se traduzca como justificante legal del comportamiento delictivo enrostrado al acusado por la aplicación del instituto de la legítima defensa como tipo legal permisivo –art. 34 inc. 6 del CP–.

El tribunal explica esa decisión luego de analizar y asociar ciertas circunstancias que rodearon el acometimiento delictivo, determinando con ellas la existencia de tres tramos o momentos causales que fijaron el desarrollo del suceso investigado.

A través de un silogismo argumentativo que principia el razonamiento con la ponderación de las explicaciones brindadas por el propio acusado, el tribunal reconstruye esa secuencia fáctica interpretando que: el primer segmento de los hechos aparece determinado por el contexto dentro del cual el imputado efectuó el primer disparo con un arma de fuego, que impactó en la zona dorsal –espalda– de la víctima; una segunda etapa que resulta configurada con el escenario en el que se produjeron los siguientes disparos ejecutados por el acusado, los que lesionaron la zona superior del torso del occiso; finalmente, se vinculan los comportamientos asumidos por el encartado tras haber perpetrado el ilícito como determinantes de tercer pasaje de los acontecimientos.

Con relación a las circunstancias fácticas que envolvieron el pasaje inicial del acometimiento delictivo, el tribunal a quo consideró que los «vacíos» o «lagunas» en la declaración del imputado al respecto debían ser cubiertas a través del informe de la necropsia, sumado a las explicaciones efectuadas por el Dr. Walter Saniga del Cuerpo Médico Forense.

Ello por cuanto, ni en su declaración espontánea, ni al ser directamente interrogado al respecto, el acusado dio algún tipo de explicación acerca del disparo efectuado a la espalda de la víctima (ver registros audiovisuales, «audiencia 28/10/19», 01:09:00).

Así, según se desprende de la reproducción del soporte audiovisual en el que constan los fundamentos del fallo en punja, el tribunal de juicio tuvo por demostrado que Pietropaolo «[s]e hizo del arma ante el golpe en la misma, porque está acreditado que no había lesiones en ninguna de las dos partes que justificara que había habido una lucha, o que la víctima se había lanzado sobre el imputado, [...] le disparó a una víctima por la espalda, es decir, a una víctima que no estaba abalanzándose a agarrar el arma, sino

a una víctima que estaba escapando, que se estaba yendo», a lo que aduna «[l]a posición final en que se encuentra el Sr. Beneite es decúbito dorsal, es decir, mirando hacia arriba, con distinto disparos, y casi llegando al dormitorio».

En función de ello, se concluye en que «[e]sta circunstancia, basada en la declaración del imputado y completada por un informe técnico, que indica que el imputado tenía un disparo en la espalda, es la que nos indica que acá no existió, en el momento en que el Sr. Pietropaolo tuvo un arma y una víctima huyendo, ninguna agresión ilegítima que justifique el principio de la legítima defensa» (ver registros audiovisuales, «audiencia 13/11/19», 00:11:50/00:13:16).

Seguidamente la sentencia refuerza ese aspecto de su lógica incriminatoria a través de la reconstrucción histórica del segundo tramo causal de los hechos investigados, esto es, aquellos que se desenvuelven a partir la ejecución del referido primer disparo que alcanzó el cuerpo de la víctima impactando en su espalda.

A juicio del tribunal a quo, este pasaje de los acontecimientos también evidencia que la acción desplegada por Pietropaolo «[...] no se trató de una defensa, sino que encontró una persona desarmada, en el piso, y sospechando que no había sido herida lo suficiente, continuó con su arremetimiento» (a partir de 00:15:11).

Nuevamente el razonamiento jurisdiccional dedicado al examen de ese pasaje de los hechos objeto del proceso, toma como eje central los dichos del acusado cuando admitió en su declaración que luego de encontrar a Beneite tirado en el piso y no visualizar sangre en su cuerpo, continuó disparándole. Información que la sentencia integra con el testimonio del Dr. Sánchez Imburgia del Cuerpo Médico Forense y, además, con el informe de policía científica (fs. 210).

En ese sentido, la pieza impugnada destaca pasajes de la declaración del referido profesional, particularmente cuando explicó –en el marco del debate– que «[p]or la forma en que se encontraron los disparos en la necropsia en el cuerpo de la víctima, [aquellos que] se produjeron en la parte delantera [resultaban] compatibles con encontrarse la persona [víctima] recostada sobre una superficie dura» y, además, que «[a]lguna de las balas no tuvo orificio de salida, sino que realizaron un tramo en zigzag», lo que lo llevaba a inferir que resultaba compatible con «[u]na herida de bala que se produce a una corta distancia y con una persona que se encuentra en el suelo» (00:15:30/00:16:14).

En cuanto al referido informe de policía científica mediante el que se comprueba la presencia de pólvora en las manos de la víctima, el a quo extrae desde allí que «[l]os disparos frontales se ejercieron a poca distancia y con las manos de una persona que se encontraba absolutamente desarmada, es decir, no en una maniobra defensiva» (00:16:15/00:16:41).

Finalmente, y como último eslabón del razonamiento seguido en el acto sentencial para descartar que el ataque armado pueda ser considerado como una maniobra defensiva, el tribunal de la instancia anterior enlaza las circunstancias previamente señaladas con las acciones emprendidas por el acusado con posterioridad al hecho.

En efecto, el tribunal a quo hace hincapié en que –luego del ataque mortal– el acusado salió del lugar del suceso sin dar aviso a la autoridad, intentó recoger las vainas que habían caído fruto de la ejecución de disparos y guardó una bala que luego fue hallada en el interior de su camioneta.

Posteriormente, se señala que el nombrado se dirigió al local comercial de propiedad de la víctima para retirar pan –filmaciones–, guardó dentro de una bolsa de nylon el arma de fuego utilizada junto con cheques, ocultándola bajo tierra en zonas aledañas –acta de procedimiento de fs. 198/200–, se reunió con un sujeto –declaración testimonial de Gastón Fernández– para entregarle dinero y, por último, concurrió al sepelio de Beneite (00:18:07/00:19:53).

Algunos de estos movimientos fueron reconocidos por el acusado en su declaración en debate. Según se observa en la pieza sentencial, las actividades incluidas dentro de este tramo final del suceso son apreciadas como incompatibles con el obrar de una persona que se ha defendido de un hecho traumático, además de representar un aporte causal al desenlace mortal.

En primer lugar, esa interpretación del tribunal se sustenta a partir de las explicaciones dadas por la psicóloga particular del encausado –Dra. Edith Cardona– cuando en debate explicó cuál es el modo de comportamiento que asume generalmente una persona que ha atravesado una situación de peligro.

Con ello, se descarta en la sentencia que se trate de acciones emprendidas por «[u]na persona que se encontraba perturbada», ya que no se trataron de «[a]cciones irracionales sin sentido» (00:20:26). Contrariamente, ese despliegue de movimientos posteriores al hecho fue interpretado como «[c]onductas ordenadas o preordenadas con un fin concreto, encubrir la actividad que había desarrollado.

Eran actividades planificadas [que] no son compatibles con la actividad de una persona que se defiende o que se ha encontrado en peligro, [...] sino que han tenido como finalidad dejar dudas sobre cómo ocurrieron los hechos» (00:20:43/00:21:45).

A su vez, el razonamiento en la sentencia sobre este punto se robustece al integrar el análisis de ese despliegue conductual ulterior desde la perspectiva del cambio de actitud asumido por el agente.

En este punto, el tribunal a quo valoró que luego de una primera etapa de acciones destinadas a encubrir el hecho, Pietropaolo modifica su proceder que lo llevó inmediatamente de consumado el ilícito a procurar encubrirlo, tomando una posición de colaboración con la justicia.

Así, tuvo en cuenta que el enjuiciado se presentó ante la autoridad (fs. 115), efectuó una declaración informativa a tenor de lo previsto en el art. 271 ss. Y cc. Del CPP (fs. 117), informó la ubicación del arma de fuego utilizada para el hecho, acompañando a los agentes al momento de realizarse la búsqueda de tal instrumento (fs. 184) y, finalmente, confesó la autoría del crimen (fs. 186/189), manteniéndose desde allí sujeto a proceso (a partir de 00:21:50).

Todo lo cual, determinó el convencimiento del tribunal de juicio en advertir que los motivos que lo condujeron a modificar su forma de comportarse estuvieron dados por el sentimiento del acusado acerca de la complejización de su situación y, además, por la «alta evaluación de su personalidad moral» y el «rol que sentía tener el Pietropaolo en el ámbito social en el que se desenvolvía» (00:21:50/ 00:24:55).

Información que resulta reunida a través de los testimonios del acusado junto con los dichos del Lic. Messina y de la Dra. Cardona en debate.

En segundo lugar, el tribunal de juicio consideró que la conducta posterior a los disparos, según aparece consignado en la pieza acusatoria, fue un factor causal de la muerte de la víctima.

Para ello analiza que la causa de muerte que surge de la necropsia fue un shock hipovolémico producto de desangramiento, e interpreta con el testimonio del Dr. Sánchez Imburgia, que existió una cierta probabilidad de evitar el resultado mortal si la víctima hubiera recibido atención médica.

Asistencia de la que Beneite se habría visto impedido porque Pietropaolo «[...] prefirió salir del lugar del hecho» (a partir de 00:25:20/00:26:20).

5.2. Sentado cuanto precede, debo aclarar que el razonamiento probatorio seguido por el tribunal de la instancia anterior para confirmar los extremos fácticos que rodearon el hecho objeto del proceso, ha sido el adecuado.

Es que, si bien no conforma el cuestionamiento central de la impugnación casatoria intentada, pero de acuerdo a lo señalado al comienzo de este acápite, no puede soslayarse que el acto sentencial puesto en crisis se han detallado los elementos de prueba debidamente incorporados y se ha señalado la interpretación que de ellos se deriva, sin que se advierta que tal ponderación se haya llevado a cabo de forma arbitraria y sin respeto a los principios de la sana crítica racional, como abstractamente refieren los recurrentes.

En efecto, al momento de reconstruir la cronología de los hechos investigados –y no controvertidos– consistentes en la muerte de Dante Abel Beneite a consecuencia de los disparos de arma de fuego, no sólo puso de resalto que el imputado de la causa había prestado declaración admitiendo su responsabilidad en el suceso criminoso.

Sino que, además, conformó el silogismo incriminatorio a partir de la contundencia probatoria emergente de los restantes elementos de prueba producidos y debidamente incorporados a la causa con el consentimiento de todas las partes.

De tal manera, al vincular las evidencias probatorias emergentes de los múltiples informes técnicos obrantes en autos con las explicaciones vertidas sobre ellos en el debate por los profesionales que estuvieron a cargo de las labores técnicas respectivas, fijó adecuadamente la plataforma fáctica del hecho.

A ello debe agregarse que la estrategia defensiva no ha discurrido por los carriles de la censura sobre la valoración probatoria de las circunstancias de tiempo, lugar y modo en que se produjo el acometimiento delictivo.

Ello se advierte desde que en ninguna de sus intervenciones a lo largo del proceso, se ha ofrecido una versión alternativa que explique la materialidad de los sucesos en clave desincriminante para el acusado, es decir, que ponga en tela de juicio la intervención material –o su modalidad– del enjuiciado en los hechos.

5.3. Ahora bien, al entender que el hecho fue correctamente fijado, considero igualmente que el encuadre jurídico resultó adecuado.

En efecto, la tesis que postula la defensa no puede compartirse desde que, conforme los hechos que se tuvieron por probados, no se verifican los presupuestos legales de la causa de justificación invocada –legítima defensa, **art. 34, inc. 6 del CP–**; tópico sobre el cual se expidieron los magistrados de mérito en la sentencia a partir de argumentos que –en mi criterio– lucen lo suficientemente sólidos para superar apropiadamente la pretensión que aparece aquí reeditada a modo de agravio casatorio.

La conclusión expuesta en el párrafo anterior se justifica en virtud de que, sin necesidad de ingresar aquí en mayores consideraciones teóricas sobre los requisitos que tornan jurídicamente procedente el instituto de la legítima defensa como causa de justificación penal, los cuales me permito dar por conocidos, comparto con el tribunal a quo que no se presentan los requisitos ex ante de la legítima defensa, por cuanto no existió agresión ilegítima de parte de la víctima.

En este sentido, debe tenerse presente que no resulta admisible **excluir la antijuridicidad de una acción penalmente típica por aplicación de la legítima defensa propia como causa de justificación legal**, cuando no existen elementos de prueba que permitan acreditar que el comportamiento reprochado –en las circunstancias que rodearon el hecho– ha sido ejecutado para repeler una agresión cierta, es decir, un ataque injusto dirigido contra los bienes jurídicos –en este caso– propios del agente.

En efecto, la premisa central del razonamiento del tribunal de juicio para descartar la aplicación de la causa de justificación pretendida por los recurrentes aparece alojada en la certeza probatoria alcanzada respecto del contexto circunstancial en que se desarrolló el primer tramo de los hechos juzgados.

De este modo, la pieza sentencial hace foco en que, cuando Pietropaolo se apodera del arma de fuego y comienza la acción delictiva armada mediante la ejecución del primer disparo que ingresó en la humanidad de la víctima a través de su espalda, en ese momento no existía una agresión ilegítima que determinara la necesidad de ese despliegue de violencia.

Es que si bien que el a quo en el tramo final de su análisis refiere que la agresión «cesó en el momento en el que el Sr. Pietropaolo se encontraba armado y tenía una víctima que huía del momento de la reyerta, de espaldas, cuando fue alcanzado por el tiro» (00:32:15/00:32:35), lo cierto es que ha quedado suficientemente claro a través de todo el desarrollo argumental en que se apoya la solución aquí impugnada, que no pudo acreditarse que haya existido una agresión ilegítima que justifique la acción reprochada al acusado.

Para arribar a esa conclusión, del modo en que ha sido adelantado y resaltado en los párrafos precedentes, la dinámica de los hechos que consideró probada la pieza sentencial da cuenta – esencialmente– que el imputado mantuvo una discusión con la víctima en el interior de su domicilio.

Que luego de un intercambio de palabras, Pietropaolo le arrebató al arma de fuego que estaba en posesión de Beneite mediante un golpe directo que impactó sobre ésta, generando con ello que ese instrumento cayera sobre el piso cerca suyo, y fuera recogida por aquel.

Que posteriormente, mientras la víctima se escapaba del lugar, el acusado efectúa un primer disparo que ingresa por la espalda de Beneite mientras que luego, y ya con la víctima lesionada y en el suelo –en posición decúbito dorsal– continúa con la ejecución de disparos, los que ingresaron en diversas zonas del abdomen –cinco– del occiso.

A raíz de las múltiples heridas generadas por los impactos de bala, Beneite sufrió hemorragias internas severas que le provocaron un shock hipovolémico traumático que desencadenó el desenlace mortal.

Los magistrados que integraron el tribunal de la instancia anterior formaron su convicción respecto de los hechos arriba reseñados mediante la ponderación de diversos elementos de prueba y así tuvo en cuenta –primordialmente– la declaración prestada en debate por el inculpado quien, haciendo uso de su derecho a declarar, admitió su responsabilidad en el hecho, reconoció las circunstancias fácticas señaladas

precedentemente, no negó haberle disparado a Beneite por la espalda, y sólo adujo en su descargo que no recordaba ciertos tramos de los hechos y que, además, desconocía los motivos que lo determinaron a actuar de ese modo.

Esto último se colige de diversas expresiones mediante las cuales esgrimió que, luego de que cayera el arma cerca de la posición en la que se encontraba, «[a]garré el arma y empecé a los tiros, ciego» (ver registros audiovisuales, «audiencia 28/10/19», 00:37:40), «[n]unca había tenido un arma en las manos [...] nunca había agarrado un arma en mi vida» (00:37:50), «[m]e volví loco, no podía creer lo que había hecho, realmente no podía creer lo que había hecho, en ningún momento pensé que le había pegado, yo creía que se había caído, porque él [por Beneite] se cae para el lado de una pieza que hay» (00:38:14/00:38:28), «[y] o pensaba que no lo había matado, yo pensaba que él se había caído porque no tenía nada de sangre, no tenía nada, nada» (00:40:28/00:40:38).

Además del testimonio del acusado, el tribunal tuvo en cuenta –respecto de los puntos controvertidos del caso– la copiosa prueba instrumental incorporada debidamente a la causa, particularmente los múltiples informes técnicos, y los testimonios recibidos durante la audiencia de debate por los especialistas que estuvieron a cargo de su confección.

Todo lo hasta aquí señalado me permite compartir que la prueba reunida en la causa resulta suficiente para desacreditar que el comportamiento del acusado, consistente en la ejecución de seis disparos en total contra la humanidad de la víctima, pueda ser incluido dentro del marco justificado de la defensa legítima.

Ello por cuanto, en estricto rigor lógico y jurídico, la acción armada emprendida por el imputado no resultó –en su origen– necesaria desde que no existía un ataque ilegítimo contra bienes jurídicos que deba ser impedido o repelido de ese modo.

A ello se aduna que no existe elemento de prueba que permita sospechar que Beneite intentó recuperar el arma cuando esta se encontraba en el piso –abalanzándose sobre ella– o en poder del acusado, ni tampoco que haya atacado del algún modo al acusado. Sino que, por el contrario, la prueba demuestra unívocamente que sólo procuró huir de la situación y del propio atacante.

En ese razonamiento se explica que la necropsia practicada haya constatado que el occiso presentó un orificio de entrada de bala en su espalda, puesto que ello sólo se entiende con una víctima que –precisamente– ha expuesto al atacante esa parte de su cuerpo.

Así, el imputado tuvo a su alcance la posibilidad cierta y efectiva de adoptar cualquier otro tipo de comportamiento menos lesivo frente a una víctima que –reitero– no le ofrecía ningún tipo de actividad conductual asimilable a una agresión que representara una situación de peligro contra su vida o su integridad física que lo condujese a obrar del modo lesivo en que lo hizo.

La interpretación de la dinámica de los hechos contenida en la sentencia encuentra sustento –como se dijo precedentemente– a través del contenido de los informes técnicos agregados en autos, los que han sido valorados y ponderados por el tribunal de mérito en un razonamiento desprovisto de arbitrariedades o contradicciones que –abstractamente– plantean los recurrentes.

En este sentido, entiendo que existen una serie de múltiples elementos cargosos que confirman unívocamente que el proyectil que ingresó a través de la espalda de la víctima fue efectuado por el

acusado luego de haberse apoderado del arma de fuego, y mientras Beneite se encontraba escapando del Pietropaolo.

Piezas claves de esta interpretación sobre ese tramo fáctico resultan no solo la necropsia practicada a la víctima, donde se describe la presencia de un «orificio de entrada en la región dorsal de tórax por debajo de omóplato izquierdo de 1,3 cm por 1.3 cm con halo de contusión sin orificio de salida» (fs. 415). Sino, principalmente, el informe técnico elaborado por la Dirección de Investigación del Escenario del Crimen de la Jefatura de Policía Científica Serie “RC” N° 755/19, pieza en que se analiza particularmente la trayectoria del disparo referido, y se concluye en que «[l]a trayectoria identificada con el N° 6-6, según gráfico forense, indica una trayectoria descendente que culmina sobre el sector interno y frontal derecho del cuerpo, es decir, de izquierda a derecha. Atento a ello, se podría interpretar que la víctima expuso la región dorsal (posterior) al victimario al momento de ser impactado por el proyectil, pudiendo encontrarse éste en posición vertical» (informe de fs. 701/707, en particular, fs. 706 vta.).

Ello evidencia objetivamente el acierto del tribunal de juicio cuando reconstruye este tramo inicial del ataque armado colocando a la víctima escapando del agresor, y fincando en el disparo que hirió a Beneite por la espalda como la primera de las detonaciones efectuadas por Pietropaolo contra su humanidad.

Si a esa conclusión se le aduna, como bien hace la sentencia, el lugar y la posición en que fue hallado el cadáver de la víctima, esto es, en el lugar de ingreso al dormitorio, «[a]costado sobre el piso en posición de decúbito dorsal» (ver acta de procedimiento, fs. 22), este aspecto refuerza la conclusión del a quo cuando rechaza de que Beneite, cuando recibió ese primer disparo por la espalda, hubiera estado abalanzándose sobre el lugar en el que había caído el arma de fuego.

A su vez, no resulta lógico ni de sentido común razonar de manera diversa. Repárese en que los restantes impactos producto de la ejecución de disparos, la víctima los presentó en la zona anterior de su cuerpo.

Ello debe ser interpretado con aquello que surge del informe del Laboratorio de Microscopía Electrónica de Barrido del Cuerpo Médico Forense, en el que se concluye en que «[l]a concentración de partículas características y consistentes con contenido de BA en las muestras tomadas en torno a los orificios existentes en la campera -vestimenta utilizada por la víctima en el momento del hecho- permite estimar que los disparos habrían sido efectuados desde una distancia comprendida en un rango de 1,30 m a 1.6 m.» (fs. 102).

De otro modo, no se aprecia cómo hizo la víctima para recibir los primeros impactos de bala en el torso anterior de su cuerpo, a una corta distancia, para luego rotar sobre su mismo eje y exponer la espalda para recibir otro disparo y, finalmente, quedar tendido sobre el suelo en posición decúbito dorsal.

Así, la cronología, la dirección y la trayectoria interna que realizaron los disparos de arma de fuego, sumado a la posición en que fuera hallado el cadáver de la víctima, deja sin sustento otra interpretación racionalmente posible.

Ninguno de los cuestionamientos defensivos posee la entidad requerida para lograr conmover el fallo en este sentido, desde que ninguno aporta un razonamiento que anule o modifique decisivamente la logicidad de la conclusión alcanzada.

En este punto, más allá de cuál haya sido la forma en que apareció en la escena de los hechos el instrumento letal en cuestión –agravio casatorio– lo cierto es que ha sido el propio imputado quien

admitió ante el tribunal de juicio haberse apoderado del arma de fuego calibre 9 mm., luego efectuar un golpe –sobre ella o sobre la mano de la víctima que la tenía en su poder– lo que determinó que aquella cayera al piso detrás suyo, haciéndose Pietropaolo de ella para comenzar a disparar (ver registros audiovisuales, «audiencia 28/10/18, a partir de 00:37:07»).

Es más, no le asiste razón a los recurrentes cuando cuestionan que la sentencia no analiza los dichos del acusado sobre las supuestas amenazas proferidas por la víctima, o bien, cuando omite examinar de quién era el arma o cómo apareció en el contexto de la discusión entre los sujetos implicados –agravios casatorios–.

En primer lugar, el tribunal de juicio ha sido lo suficientemente claro y reiterativo en sus fundamentos al manifestar que el principal medio de prueba, dadas las particulares circunstancias que rodearon al hecho investigado, es la declaración del enjuiciado, y que son las «lagunas» que se observaron en su deposición las que han sido completadas e integradas a través de las evidencias obtenidas con los demás elementos de prueba.

En esa perspectiva, no cabe apartarse de la significación que le dio el propio acusado a las expresiones vertidas en el contexto de los hechos por la víctima, puesto que en varios pasajes de su declaración refirió que «[y]o creí que era un chiste, no entendía, ni siquiera vi que era una bala [...]. En ese momento yo me paro, tampoco me asusté porque pensé que era un chiste porque él nunca había actuado mal conmigo» (ver registros audiovisuales, «audiencia 28/10/19», 00:34:50/00:35:10).

En segundo lugar, respecto del examen de la introducción del arma al escenario fáctico, considero que la sentencia ha descartado que el arma de fuego empleada haya sido de propiedad del imputado, tomando para ello por cierto lo afirmado por el propio acusado cuando le atribuyó esa circunstancia a la víctima. Sin embargo, es evidente que este aspecto no modifica en nada el razonamiento del acto sentencial, pues no resulta un elemento que pueda desincriminar al acusado.

Finalmente, resta mencionar que no ha habido una modificación «sorpresa» de los términos de la acusación fiscal por parte del tribunal de mérito, como lo plantean los casacionistas.

Entiendo que si lo que presentan como agravio casatorio es una supuesta afectación del principio de congruencia procesal, ello debe ser desestimado sin más desde que la causa que produjo el deceso de la víctima se ha mantenido inalterable –como dato fáctico de la realidad– a lo largo de las sucesivas instancias del proceso.

Así, nunca estuvo en discusión que la muerte de Beneite se produjo por los múltiples – seis– disparos de arma de fuego que ingresaron en su cuerpo, y que produjeron internamente hemorragias severas que desencadenaron un shock hipovolémico que resultó mortal.

No hay aquí una alteración de la plataforma fáctica, sino el análisis razonado de la conducta posterior a la consumación delictiva asumida por el encartado, como causal de la falta de asistencia médica, dentro del marco del examen de la inexistencia de la supuesta acción defensiva alegada en su descargo.

En base a lo hasta aquí analizado estimo que, en la especie, y en atención a la inexistencia de una situación de necesidad derivada de una agresión ilegítima, la exclusión de la justificante invocada aparece ajustada a los hechos que se tuvieron por probados y cuya fijación no logró ser conmovida por los recurrentes.

Tampoco puede sostenerse que el imputado actuó con exceso en los términos del **art. 35 del CP**, puesto que, como bien lo entiende el tribunal de juicio en los fundamentos que acompañan el fallo en revisión, quien no omitió considerar este tópico, no podría excederse quien no se hubiera encontrado previamente en una situación de defensa.

En definitiva, considero que ninguno de los agravios deducidos debe prosperar y, en coincidencia con lo expuesto por el señor Procurador General, corresponde contestar negativamente la primera cuestión planteada, y confirmar la sentencia impugnada en su totalidad. **ASÍ VOTO.**

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Puesto a resolver el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado coincido con la solución a la que llega mi colega preopinante.

Atento a que los fundamentos de la sentencia cuestionada fueron expuestos de manera oral, entiendo oportuno realizar algunas consideraciones sobre ello que ya han sido expuestas con anterioridad en el **precedente «Zurita»**.

En tal ocasión señalé que el mejor método para llevar a adelante los procesos es la oralidad. Si bien con ella se pierde cierto rigor, se gana en didáctica.

Así, las cosas no resulta objetable fundar oralmente una sentencia, en tanto tal argumentación se brinde de forma clara, ordenada y suficiente a fin de, entre otras cosas, permitir su **control de logicidad**.

Sin embargo, y a mi modo de ver, cuando se trate de hechos que cuestionan la vigencia de normas constitutivas del orden social, esto es aquellas normas cuyo peso social se corresponde con el de los delitos denominados como mala in se, es recomendable que la sentencia sea dictada con la **rigurosidad de la forma escrita**.

En especial si, como ocurre en el caso de autos, resulta de evidente complejidad probatoria y jurídica de las cuestiones.

En base a ello es que entiendo que una fundamentación oral aparecería procedente en casos que no ostenten complejidad de análisis o en los que la prueba cargosa resulte evidente.

De tal manera, en supuestos de gravedad o complejidad probatoria, es recomendable que los motivos de la decisión jurisdiccional se expongan en forma escrita a fin de no vulnerar los principios que inspiran el deber de motivación.

Por las razones expuestas considero que corresponde contestar de manera negativa a la primera cuestión planteada y en consecuencia debe confirmarse la sentencia cuestionada. **ASÍ VOTO.**

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Adhiero a la solución a la que se arriba en el voto preopinante. En relación a la fundamentación oral en las sentencias debo recordar que este Tribunal señaló en el **precedente «Robledo Vergara»** que «[...]la profundización del carácter acusatorio-adversarial del juicio penal, resultado de la implementación de las modificaciones introducidas al sistema de administración de la justicia penal en la órbita local[...] se traduce, entre otros, en ubicar la oralidad como una de las notas esenciales que hacen al rediseño del proceso de enjuiciamiento criminal».

De tal manera «la autorización para exponer oralmente los fundamentos orales proviene del propio texto legal; y, por otro, porque tampoco existe en el ordenamiento procesal vigente alguna razón que le prohíba al juez de sentencia obrar de esta manera [...] [c]on lo cual resulta ilógico pensar que en un sistema donde se profundiza la oralidad, el juez se vea impedido de justificar sus decisiones –en este caso, un fallo de condena–, a través de esta vía» (del voto del doctor Valerio, al que adherí).

A su vez en el **precedente «Zurita»** sostuve que «el nuevo procedimiento organizado en torno al principio de oralidad, debe concebirse como una estructura eminentemente comunicacional, en donde el destinatario de las decisiones judiciales no solamente es la parte interesada en el proceso, sino también la sociedad.

Es por ello que, en casos de complejidad probatoria, quien tiene a su cargo el ejercicio de la jurisdicción, es el que tiene el deber de realizar el esfuerzo por comunicar los fundamentos de la sentencia en forma ordenada y con un **lenguaje claro**, de manera tal de dar cabal cumplimiento con la obligación de motivación de las sentencias».

En función de lo señalado estimo que debe rechazarse el recurso de casación interpuesto por la defensa y confirmarse la sentencia impugnada. ASÍ VOTO.

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

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

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

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

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

SENTENCIA:

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

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

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

35- CACERES. 02-12-20.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201202_FcCaceres.pdf

Lex: Art. 79, 41 bis del CP.

Vox: Homicidio simple agravado. Arma de fuego. Valoración de la prueba.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **quince años de prisión** como autor del delito de homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego (arts. 79 y 41 bis del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 del CPP)

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

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 999, pronunciada por el TPC N° 2- 1° CJ.

SCJM. Dres.: **Palermo.** Gómez. Llorente.

Fallo:

CUIJ: 13-05318898-7/1((018602-949)) FC/ CACERES TORRES DANIEL NICOLAS P/ HOMICIDIO SIMPLE AGRAVADO (0949) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105487922*

En Mendoza, a los dos días del mes de diciembre del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N°13-05318898-7/1 caratulada “F. C/CACERES TORRES DANIEL P/ HOMICIDIO SIMPLE AGRAVADO S/CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. OMAR A. PALERMO, segundo DR. JULIO R. GÓMEZ y tercero DR. PEDRO J. LLORENTE.

A fs. 2032/2036 vta., la defensa oficial de Daniel Nicolas Cáceres Torres formula recurso de casación contra la Sentencia N° 999, de fecha 18 de diciembre de 2.019, obrante a fs. 2017, y sus fundamentos de fs. 2018/2023, en tanto condena al nombrado a la pena de quince años de prisión como autor del delito de homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego (arts. 79 y 41 bis del CP).

El pronunciamiento fue dictado por sala unipersonal del Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial en autos n° P 949/19.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

1.- La sentencia recurrida

La sentencia puesta en crisis tuvo por probado que «[...] el día 25 de agosto de 2.011, siendo las 00.30 hs. aproximadamente, en momentos en que José Rafael Gómez Pallero, víctima en autos, se hallaba junto a su sobrina, Rocío Sánchez con quien se dirigía hacia el Barrio Jardín Sarmiento de Godoy Cruz, a comprar una gaseosa y a buscar al novio de la misma se encontraron en la entrada del barrio con los agresores FEDERICO MATIAS TORRES, alias “El Moneda”, junto al hermano de éste DANIEL NICOLAS CACERES TORRES alias “Mecha” y WILSON LEYES MILLAGUIR, los tres portando armas de fuego. Estos les gritaron “quiénes son ustedes”, sabiendo quiénes eran. Por lo que Rocío junto a la víctima, salieron corriendo del lugar. En ese momento FEDERICO MATIAS TORRES, quien se encontraba aproximadamente a dos metros de distancia de José Gómez, lo apuntó con un arma de fuego y comenzó a dispararle, mientras que Gómez le decía “hijo de puta, no largues”. Los otros dos sujetos que se encontraban junto a él, es decir, DANIEL NICOLAS CACERES TORRES, alias “Mecha” y WILSON LEYES MILLAGUIR, también comenzaron a disparar hacia JOSE RAFAEL GÓMEZ. Éste cayó al piso herido, con tres heridas de bala, una en el abdomen, otra en el brazo y una en la zona de la cabeza. Seguidamente los agresores se dieron a la fuga en dirección al Este. Momentos después y una vez ingresada al Hospital Central la víctima perdió la vida, siendo la causa del deceso [la] dilaceración de masa encefálica y herida de arma de fuego» (ver fs. 2019).

Para así decidir el juez de sentencia valoró las testimoniales prestadas en audiencia de debate por: Romina Tamara Gisel Sánchez, Laura Paola Sánchez Pallero, Cynthia Romina Calustro Marín, Haydée Rosa Sánchez

Pallero, Amílcar Iván López Silva; José Profili, Subcomisario Alberto Gallardo, Oficial Pamela Puchmüller y Carlos Herranz las manifestaciones de Federico Matías Torres y Wilson Leyes Millaguir, la declaración prestada por Daniel Nicolás Cáceres Torres y el resto de los elementos de prueba debidamente incorporados.

2.- El recurso de casación

A fs. 2032/2036 vta. Se encuentra agregado el recurso de casación promovido por la defensa oficial de Daniel Nicolás Cáceres Torres, a tenor del art. 474 incs. 1 y 2 del CPP.

Solicita que este Tribunal **absuelva al imputado** por cuanto considera que la acusación se basó en indicios insuficientes para alcanzar la certeza necesaria para el dictado de una sentencia condenatoria.

Afirma que ha existido errónea valoración del material probatorio incorporado a la causa que incrimina a su defendido, su propia declaración y las testimoniales de Federico Matías Torres y Wilson Fernando Leyes. A criterio de la defensa el razonamiento plasmado en la sentencia se aparta de las reglas de la sana crítica y los principios que presiden el recto entendimiento humano.

Refiere que la única prueba que coloca en el escenario de los hechos a Cáceres Torres es el testimonio de Rocío Tamara Gisel Sánchez quien es integrante de la familia Gómez Pallero con quienes los Torres mantenían conflictos de larga data. Critica que las declaraciones del imputado no interesaron al tribunal como tampoco las manifestaciones de Federico Torres y Wilson Fernando Leyes.

Concretamente critica la motivación por considerarla ilegítima al no haberse incluido en la actividad crítica elementos de convicción incorporados al proceso vulnerando así garantías constitucionales que informan al derecho de defensa y el debido proceso.

Agrega que de confrontar lo manifestado por Rocío Sánchez con las declaraciones de Torres y Cáceres Torres se advierten contradicciones de relevancia superlativa que generan un manto de duda que beneficia a su defendido.

Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del Procurador General

A fs. 2048 /2049 se encuentra agregado el dictamen del Procurador General. Luego de examinar los agravios promovidos señala que el recurso procede formalmente mas no ocurre lo mismo en el aspecto sustancial por lo que, a su criterio, debe confirmarse la validez de la sentencia impugnada.

Sostiene que los argumentos de la defensa no logran demostrar la presencia de vicios en el razonamiento del tribunal y, a su criterio, la sentencia se encuentra sólidamente fundada.

En particular, en cuanto se brindaron los motivos en base a los cuales se asignó crédito a la declaración de Rocío Sánchez pese al tiempo transcurrido.

Por su parte, entiende que el tribunal no realizó diferencias al valorar las pruebas de cargo y de descargo.

Contrariamente brindó los motivos por los cuales entendió que las declaraciones de Federico Leyes y Daniel Cáceres Torres carecían de credibilidad.

En razón de los motivos expuestos, aconseja el rechazo del recurso casatorio y la convalidación de la sentencia impugnada.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

Analizado el recurso de casación interpuesto y la sentencia puesta en crisis, adelanto opinión en el sentido de que el primero de los nombrados no resulta procedente, por cuanto no se verifican los vicios referidos por la defensa técnica del imputado.

No comparto la crítica formulada por la recurrente relativa a que la labor de ponderación de los elementos convictivos se llevó a cabo con apartamiento de las reglas de la sana crítica racional.

Por el contrario, el juez no se limitó a detallar los medios de prueba, sino que describió las conclusiones que de ellos extrajo vinculándolos y explicando las circunstancias que de ellos se derivaban, de manera acertada.

En este sentido debe destacarse que la declaración de la única testigo presencial Rocío Tamara Gisel Sánchez resulta central al momento de establecer el modo de comisión de los hechos y, en este caso la autoría de Cáceres Torres.

Por ello, mereció especial atención al momento de ser examinado y de ser fundamentado el acto sentencial cuestionado. Como adelanté, considero que su valoración se llevó a cabo en forma adecuada. Veamos.

Refiere el sentenciante que «[l]a versión de la **única testigo presencial** del hecho resulta una prueba de cargo contundente. No obstante el excesivo tiempo transcurrido desde el momento del hecho -ocho años-, debe destacarse que la exposición de Rocío Tamara Gisel Sánchez se mostró clara, precisa, sincera, sin visos de parcialidad, por lo que teniendo en cuenta los beneficios que brinda la inmediación del Tribunal con la prueba, me permiten dotarla de un claro valor convictivo».

En este sentido acierta el a quo al ponderar que la testigo mantuvo inalterable su relato. Esto en tanto la versión aportada en las diferentes ocasiones que tuvo oportunidad de declarar no se vio modificada.

Así, al declarar a poco de acontecido el hecho (ver fs. sub 32/35), al llevarse a cabo reconocimiento en rueda de personas respecto del coimputado Leyes (fs. Sub 130/134), en el reconocimiento en rueda de personas de Torres (sub 1255/1256), al llevar a cabo reconocimiento en rueda de personas en relación a Cáceres Torres (fs. 1758/1759) y, finalmente, al declarar en el debate (ver registro audiovisual de fecha 16/9/19 a partir del minuto 09.50).

Pese a la relación de parentesco que la declarante tenía con la víctima, no encuentro mayores razones para sospechar de parcialidad por parte de la declarante.

De ello da cuenta que durante su declaración refirió situaciones conflictivas entre su familia y la del acusado incluyendo un evento en que una familiar arrojó piedras a la ventana de la madre de aquél. Por otro lado, la declaración de la testigo se sostiene en otros elementos de prueba de tipo objetivos que corroboran elementos periféricos.

En efecto, lleva la razón el juez de sentencia en que los dichos de Rocío Sánchez en relación a la presencia de un arma de fuego en poder de cada uno de los agresores se vieron corroborada al ser cohonestada con las conclusiones de la necropsia y las labores desarrolladas por Policía Científica.

De estas últimas se desprende que las vainas servidas encontradas en el lugar del hecho se correspondían a tres armas de fuego distintas, dos tipo semiautomáticas calibre 9 mm y una calibre .22. Tampoco acierta la recurrente al señalar que no se efectuó en la sentencia labor crítica respecto del descargo de su defendido y de las declaraciones de Federico Torres y Wilson Fernando Leyes.

Contrariamente, de la lectura de la resolución emerge que el juez de instancia anterior se refirió específicamente a la declaración de Daniel Nicolás Cáceres Torres, como también examinó los dichos de Federico Torres y Wilson Fernando Leyes (ver fs. 2021 vta./2022)

Al respecto acierta el juez en que los dichos de Daniel Cáceres Torres no encuentran sustento en elementos de convicción obrantes en la causa y señala el error en que incurrió al declarar señalando que la víctima tenía pólvora en sus manos tratando de abonar la hipótesis de un enfrentamiento, luego referida por su hermano, Federico Torres.

En relación a las declaraciones prestadas por Federico Matías Torres el a quo explicó los motivos por los cuales no puede asignarle crédito.

Concuero al respecto en que no se advierte la razón por la que no desvinculó del hecho con anterioridad a su hermano, en tanto que la versión que aporta resulta contradictoria con la brindada por Wilson Fernando Leyes. Sobre lo expresado advierto que Wilson Leyes dijo que esa noche no se había cruzado con ninguno de los Torres (ver registro audiovisual del día 5/11/19 minuto 14:14), contrariamente a lo señalado por Federico Torres (minuto 22:20).

De lo señalado se desprende que corresponde rechazar los agravios formulados por la defensa técnica del acusado y confirmar la sentencia impugnada.

Por ello, y opinión concordante del señor Procurador General, corresponde dar respuesta negativa a la primera cuestión y rechazar el recurso casatorio promovido. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Gómez y Dr. Llorente. .

Sobre la misma cuestión los DRES. JULIO R. GÓMEZ Y PEDRO J. LLORENTE adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

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

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

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 2032/2036 vta., por la defensa de Daniel Nicolás Cáceres Torres y, en consecuencia, confirmar la Sentencia N° 999 y sus fundamentos dictada por el Tribunal Penal Colegiado N 2 de la Primera Circunscripción Judicial.
- 2.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 3.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JULIO R. GOMEZ Ministro DR. PEDRO J. LLORENTE Ministro

36- RIVERO ORTIZ. 03-12-20.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201203_FcRiveros.pdf

Lex: Art. 79, 41 Bis, 42, 55, 90, 92 del CP. Art. 7 y 233 del CPP. Art. 18 de la CN

Vox: Homicidio simple agravado. Arma de fuego. Concurso real. Tentativa. Lesiones graves agravadas. Allanamiento. Derecho de abstención del testigo. Nulidad. Valoración de la prueba.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **dieciocho años de prisión** por considerarlo autor penalmente responsable de los delitos de homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego, en concurso real con el delito de homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego en grado de tentativa, en concurso real con el delito de lesiones graves agravadas por el uso de arma de fuego.

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 del CPP)

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

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1074, pronunciada por el TPC N° 1- 1° CJ.

Precedentes citados

α-SCJM

- Cordero Manoni. 04-05-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180504_FcCMO.pdf

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

Fallo:

CUIJ: 13-05311020-1/1((018601-58600)) FC/ RIVEROS ORTIZ EDUARDO LUIS P/ HOMICIDIO SIMPLE (58900) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105479461*

En Mendoza, a los tres días del mes de diciembre del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05311020-1/1 caratulada "F. C/RIVEROS ORTIZ EDUARDO LUIS P/ HOMICIDIO SIMPLE P/REC. EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN".

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

La titular de la Décimo Cuarta Defensoría Penal interpone recurso de casación contra la Sentencia N° 1074 del Tribunal Penal Colegiado n°1 y sus fundamentos (fs. 578 y constancias audiovisuales acompañadas). Ello, en tanto que, por su intermedio, condenó Eduardo Luis Riveros Ortiz a la pena de dieciocho años de prisión por considerarlo autor penalmente responsable de los delitos de homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego, en concurso real con el delito de homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego en grado de tentativa, en concurso real con el delito de lesiones graves agravadas por el uso de arma de fuego, que se le atribuyen en la causa n° P58600/17.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

I.- La resolución recurrida

El tribunal de instancia tuvo por acreditado que «el 15 de julio de 2017 siendo las 4 hs. aproximadamente [Eduardo Luis Riveros Oros] se hizo presente en el domicilio sito en calle Nahuel Huapi n° 950 de Rodeo de la Cruz, Guaymallén, conduciendo una motocicleta y llevando en calidad de acompañante a Micaela Tamara Oyarce y al advertir que [en el mencionado domicilio] se encontraba Enzo Giglio Calero junto a un grupo de amigos, extrajo un arma de fuego y efectuó varios disparos a una distancia de cinco metros aproximadamente a donde se encontraban estos últimos, hiriendo mortalmente a Gabriel Jara y lesionando a Brian Muñoz Tello, ambos amigos de Enzo, dándose posteriormente a la fuga» (ver audiencia del día 16/12/2019 en soporte audio visual acompañado).

Al respecto, el a quo manifestó que las partes llegaron a un acuerdo probatorio sobre la materialidad del hecho y que su labor contradictoria en el juicio se limitó a controvertir si el acusado fue la persona protagonista del suceso lesivo.

En este sentido destacó que, parte del acuerdo, recaía sobre el móvil del hecho delictivo, esto es, en concreto, sobre la circunstancia de que el agresor disparó su arma de fuego a Enzo Giglio, que se encontraba entre el grupo de personas que vio.

Al respecto, tras evaluar la prueba testimonial rendida en el debate, así como la prueba producida durante la investigación penal preparatoria que fuese incorporada, el a quo consideró que la teoría del caso presentada por el fiscal merecía mayor poder de convicción -y el necesario para llegar a una condena-.

Sobre el punto, sostuvo que la hipótesis acusatoria presentaba una explicación integral de todos los elementos de prueba, mientras que la defensa del acusado no los explicó de manera coherente (ver audiencia del día 16/12/2019, en soporte audio visual acompañado a partir del minuto 1:15:00).

II.- El recurso de casación de la defensa

La defensa interpone su pretensión recursiva en virtud de lo dispuesto en el art. 474 incisos 1 y 2 del CPP. Indica en este sentido que la resolución condenatoria carece de motivación suficiente, pues se ha basado en una arbitraria valoración de la prueba incorporada y en una defectuosa tarea deductiva.

Por un lado, repasa las actuaciones incorporadas durante la investigación penal preparatoria y, de modo crítico advierte que el hecho de no haber intervenido en el asesoramiento legal del acusado en la etapa investigativa ha provocado errores que no fueron subsanados en la etapa plenaria.

Así, estudia la declaración brindada por Enzo Giglio y advierte que el testigo manifestó que las personas que conducían la moto desde la que lo atacaron llevaban cascos, razón por la que, según la defensa, no pudo identificar a estas personas como Micaela Oyarce y su novio, identificado como Sebastián o “Bebo”. Repasa la declaración del testigo Brian Muñoz y refiere que este también manifestó que no pudo ver las caras de los agresores porque “estaban encapuchados y con casco”.

Indica que el **allanamiento** practicado en el domicilio de Micaela Oyarce **es nulo de nulidad absoluta**, puesto que los funcionarios intervinientes consultaron a los moradores sobre el paradero de Oyarce sin comunicarles las previsiones de los artículos 7 y 233 del CPP, y 18 de la CN, vulnerando así el derecho de abstenerse a prestar declaración en el marco de un proceso penal.

Destaca las primeras tareas de investigación de los funcionarios policiales y afirma que las sospechas sobre el acusado fueron arbitrarias.

Ello toda vez que, al inicio de la pesquisa, los testigos señalaron a una persona apodada “Bebo”, o llamado Sebastián, y nunca refirieron a Eduardo Riveros.

Explica que dicho alias fue adjudicado al acusado sin tener certezas.

Critica la declaración aportada por Brian Cubillos durante la investigación de los hechos. Señala que el testigo manifestó que sólo podría reconocer a Micaela, pero no al sujeto llamado Sebastián, y, además, advierte que Cubillos refirió que fue Enzo Giglio quien le indicó quién sería el responsable.

Por otro lado, la defensa analiza las declaraciones testimoniales brindadas durante la etapa de debate.

Examina las declaraciones de los testigos ofrecidos por la defensa y destaca al respecto que se ha dudado siempre de los testimonios de descargo en virtud de la precisión con la que han recordado fechas y horarios, pero que los testimonios de cargo no fueron desvalorados por las mismas razones.

En este sentido, se agravia por el valor negativo que mereció la declaración de Natalí Rivero, en virtud de su relación familiar con el acusado y del tiempo que esperó para declarar.

Analiza los testimonios de Brian Tello, Brian Cubillos y Fernando Escudero, testigos presenciales del suceso, y advierte que, de acuerdo con sus dichos, ninguno pudo reconocer, en el lugar y momento del

hecho, al acusado o a Micaela Oyarce. La defensa explica que, si bien inicialmente los testigos no sospecharon de alguien en especial, fue Enzo Giglio quien les comentó que el autor material de los disparos habría sido “Bebo”, o “Sebastián” -novio de Micaela-, pues tenía problemas con él.

Repasa la declaración de la madre de Enzo Giglio y afirma que no existen pruebas de las amenazas que este habría recibido por parte del hermano del acusado. Destaca que, conforme con los dichos de la testigo, fue Enzo quien le señaló a Micaela y su novio “Bebo” como responsables del hecho.

Asimismo, consigna los extremos de la declaración de Micaela Oyarce y resalta sus dichos, en tanto explicó que no estuvo con Eduardo Riveros el día de los hechos, sino con otra persona llamada Sebastián, y que éste fue quien disparó contra Enzo Giglio y sus amigos.

Asimismo, destaca que, según Oyarce, no declaró antes pues no tiene ningún tipo de interés en la causa o relación con Riveros, a pesar de ser el padre de su hija.

Con todo, la defensa indica que no pudo acreditarse que Eduardo Riveros, “Sebastián”, o “Bebo”, sean la misma persona. Afirma que el único señalamiento provino de Enzo Giglio, una persona que no fue lesionada en el suceso y que falleció tiempo después.

Explica al respecto que el error del tribunal ha sido tener por acreditado que el acusado fue el autor del hecho, porque todos los testigos señalaban al novio de Micaela Oyarce como el responsable, sin reparar en que nadie pudo identificar al agresor.

En este sentido, la defensa sostiene que el hecho de haber tenido una relación con Oyarce, no posiciona a Riveros como el autor del hecho, y que el tribunal lo ha condenado basado en una suposición.

Afirma que no existen pruebas de que, al tiempo del hecho, el acusado y Micaela Oyarce hayan tenido un vínculo sentimental. Expresa reserva del caso federal.

III.- El dictamen del Señor Procurador General

El Procurador General, tras exponer los agravios de la parte recurrente, sostiene que corresponde rechazar sustancialmente el recurso de casación formulado por la defensa.

Al respecto, considera que la crítica recursiva implica una reiteración de los argumentos presentados durante el debate y sostiene que el sentido de la estrategia acogida por la defensa conlleva una atomización del análisis conjunto de la prueba que realizó el tribunal de sentencia.

Explica que, de este modo, la recurrente invisibiliza la explicación integral ofrecida por el tribunal de sentencia y pretende desacreditar la comprobación de los hechos mediante la prueba de indicios.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso formulado por la defensa del acusado considero que corresponde su rechazo y, en consecuencia, debe confirmarse la sentencia cuestionada. Ello, por los motivos que a continuación se exponen.

Las actuaciones indican que la controversia planteada por la parte recurrente se estructura en dos aspectos distinguibles.

En primer lugar, introduce agravios relativos al modo en que la **investigación penal preparatoria** fue llevada a cabo, así como relativos al **valor de los elementos probatorios** incorporados en esa etapa del proceso.

Por otro lado, en segundo lugar, el recurso implica una **disconformidad con el valor probatorio** asignado por el tribunal de juicio al plexo probatorio controvertido en el debate.

Respeto del primer grupo de agravios, debe decirse que no cuentan con el apoyo necesario para demostrar en esta instancia que la sentencia recurrida es un acto inválido.

En efecto, la crítica recursiva implica, en este aspecto, un descontento con la labor de control y contradicción realizada por los profesionales que le antecedieron en la representación del acusado. En este sentido, la recurrente destaca que, por no haber intervenido en la etapa preparatoria del debate, el plenario inició con un cúmulo de errores que no fueron subsanados.

Esta idea no puede ser apoyada.

En primer lugar, puesto que, de aceptarse, implicaría que este Cuerpo se atribuyese competencia para calificar como inadecuadas o adecuadas las estrategias de defensa diseñadas por las personas acusadas y quienes ejercieran su defensa y les asistieran durante el proceso.

Tal prerrogativa, según ha dicho esta Sala, excede las competencias de este tribunal (ver precedente **«Cordero Manoni»**).

Por lo demás, el estudio del recurso demuestra que los errores de la anterior representación legal del acusado aludidos por la defensa conllevan una crítica sobre el estado de convicción alcanzado en la etapa investigativa que determinó el avance del proceso hacia la etapa plenaria.

Esto es así, puesto que, los argumentos de la defensa controvierten la información arrojada por las declaraciones testimoniales recibidas durante la investigación, para, de ese modo, concluir que el acusado no es la persona responsable de los hechos investigados.

En otras palabras, la defensa considera que no existieron elementos de prueba suficientes para que los hechos acusados a Eduardo Rivero sean controvertidos en un juicio oral.

Esta posición tampoco puede prosperar, toda vez que se trata de un tipo de objeción que no forma parte del objeto controvertible en la etapa casatoria, sino que debe ser articulado mediante los mecanismos expresamente previstos para la etapa crítica del proceso (ver art. 360 y concordantes del CPP).

Finalmente, en este núcleo, debe decirse que la nulidad aludida por la defensa, referida a la producción de un allanamiento en el domicilio de Micaela Oyarce -quien no fue acusada en la causa, sino citada como testigo-, tampoco puede tener recibimiento favorable.

Ello, puesto que la defensa no ha justificado adecuadamente **de qué modo se ha vulnerado la garantía constitucional invocada**, ni de qué manera ello ha repercutido en la introducción de prueba viciada que debió ser excluida del proceso.

El segundo plano de críticas, que apunta que el debate no arrojó información capaz de construir el estado de convicción necesario para apoyar una sentencia condenatoria, tampoco puede prosperar.

Ello, puesto que la parte recurrente no logra demostrar cómo el tribunal a quo se ha valido de caminos arbitrarios para llegar a la conclusión recurrida, ni consigue controvertir su valoración integral de los elementos probatorios recolectados.

En este aspecto, por un lado, el recurso indica que la versión de los hechos referida por la hermana del acusado -Natali Rivero- y otras personas allegadas fue valorada de un modo arbitrario.

No obstante, debe decirse que no se observa una posición parcial del tribunal al momento de explicar por qué estos testigos no le parecieron creíbles.

En efecto, para la hipótesis defensiva, el acusado no pudo ser la persona responsable del ataque puesto que, en el momento de los hechos investigados, se encontraba en otro lugar cenando con su hermana y amigos.

Al respecto, el tribunal de la instancia previa destacó que las declaraciones ofrecidas en apoyo de esta versión le parecieron débiles, no sólo por la posición interpersonal y el interés de los testigos respecto del acusado, sino también porque no fueron coincidentes entre sí al referir fechas y horarios.

Asimismo, el a quo indicó especialmente que los testimonios de la defensa no podían controvertir otros elementos de prueba incorporados.

En este aspecto, advirtió que la madre de la testigo Micaela Oyarce -pareja del acusado en el momento del hecho-, explicó que su hija le contó que Eduardo Riveros se encontraba con ella la madrugada del incidente.

Contra esta refutación, según advierto, la parte recurrente no ha articulado argumento alguno capaz de explicar la arbitrariedad aludida.

Por otro lado, la presentación defensiva insiste con que su hipótesis cuenta con mejor apoyo probatorio que la de la acusación, no sólo en virtud de las declaraciones de los testigos de descargo, sino también, porque no existen elementos que arrojen certeza respecto de la identidad de la persona que disparó contra Enzo Giglio y sus amigos.

En este sentido, la defensa destaca que Micaela Oyarce indicó que quien disparó sería un sujeto que conoció horas antes los hechos, llamado Sebastián, y que los testigos presenciales nunca pudieron identificar al agresor, toda vez que llevaba un casco colocado.

Asimismo, la defensa destaca que la única referencia al acusado provino de los dichos de Enzo Giglio - víctima del ataque que, tiempo después del mismo, se quitó la vida-.

Esta construcción argumentativa ya fue refutada por el tribunal de juicio y, según estimo, los argumentos expuestos al respecto no ha sido suficientemente rebatidos por la defensa del acusado.

En efecto, para llegar a tener certeza sobre la identidad del sujeto que agredió con un arma de fuego a Enzo Giglio y sus amigos, el tribunal realizó una valoración integral y concatenada de todos los elementos de prueba ingresados al debate, llegando así a una conclusión que se muestra adecuada.

Respecto del nombre del acusado, el tribunal explicó que la referencia a alguien llamado Sebastián se debió a que los primeros dichos recibidos por los funcionarios a cargo de la investigación aludían a ese nombre por error, puesto que el hermano del acusado se llama así.

Así, el tribunal sostuvo que, si bien los testigos pudieron confundir el nombre, siempre señalaron a la pareja de Micaela, apodado “Bebo”, como la persona responsable. Junto a esta mención, el tribunal destacó que fue el mismo acusado el que, en la primera audiencia de debate, manifestó que en su familia lo apodan “Bebo”.

La alusión a un sujeto llamado Sebastián, como advierte el tribunal, fue una estrategia utilizada por la defensa para construir la declaración de Micaela Oyarce y provocar un estado de duda respecto de la identificación del agresor.

Sobre esta herramienta, el tribunal destacó que la declaración de Micaela no era un elemento capaz de fortalecer la hipótesis defensiva, no sólo porque, según el testimonio de su madre, la testigo estuvo con su novio “Bebo” la madrugada del incidente, sino también y fundamentalmente, porque le parecía inverosímil que ella se subiera a la moto de alguien que conoció esa noche y que esta persona, sin tener motivo alguno, decidiera acometer contra Enzo Giglio y sus amigos.

En este aspecto, fue fundamental para el tribunal la comprobación indiciaria de un móvil para el ataque, elemento que dio sentido unívoco al resto de la prueba incorporada por la acusación.

Así, destacó que todos los testimonios fueron coincidentes en el sentido de que Enzo Giglio había tenido una relación sentimental con Micaela Oyarce y que ambos seguían frecuentándose, a pesar de que ésta estaba en pareja con el acusado.

Asimismo, agregó que todos los testimonios refirieron que, en virtud de la relación que Giglio mantenía con Micaela, “Bebo” lo había amenazado e incluso atacado en un par de oportunidades, utilizando un machete en una ocasión.

Con ello, también, el tribunal destacó que los testimonios ofrecidos por el Ministerio Público Fiscal refirieron que, con posterioridad al hecho y la detención de Riveros, familiares del acusado amenazaron a Giglio.

Asimismo, que el suicidio de éste se debió a dichas amenazas y a la carga emocional que llevaba consigo, en virtud de considerarse el responsable de la muerte de su amigo -Gabriel Jara-.

Así, con base en todo lo anterior, el tribunal consideró que la hipótesis del órgano acusador era la que, de manera integral y sin fisuras en la concatenación de indicios, explicaba todo el acervo probatorio.

En consideración del a quo, el fiscal había presentado un móvil creíble basado en los conflictos que Enzo Giglio había tenido con la entonces pareja de Micaela, “Bebo”.

Así, y tras corroborar que la misma Micaela dijo que ella era la persona que iba en la moto como acompañante, entendió que la referencia a un sujeto llamado “Sebastián” como el agresor, era inverosímil.

Ello, en primer lugar, porque todos los testigos señalaron al novio de Micaela como el agresor y puesto que no existían pruebas de que ésta estuviese en pareja con alguien llamado Sebastián.

Al respecto, dio una explicación adecuada del origen de dicho nombre en la investigación.

En segundo lugar, porque no resultaba creíble que un desconocido para Micaela acometiera a disparos contra Enzo Giglio y sus amigos.

En este sentido, el tribunal destacó que la presencia Giglio había sido la razón de los disparos y que este extremo de la acusación fue aceptado y no controvertido por la defensa.

Además, encontró el motivo de la agresión en la historia de conflictos previos entre Giglio y el novio de Micaela.

En tercer lugar, porque, a pesar de que todos los testigos presenciales identificaron al novio de Micaela como "Bebo" a partir de lo que les había dicho Enzo Giglio antes de morir, ello se corroboraba con la coherencia de sus testimonios al comentar la dinámica de los hechos y, fundamentalmente, toda vez que el propio acusado reconoció en la audiencia de debate ese apodo (ver audiencia del día 16/12/2019 a partir del minuto 1:15:00).

Contra este hilo lógico, según advierto, la defensa no ha articulado una hipótesis alternativa capaz de explicar cada uno de los aspectos de la prueba incorporada y controvertida en el debate, razón que demuestra que la crítica recursiva es una disconformidad genérica incapaz de demostrar que la sentencia condenatoria de Eduardo Riveros Ortiz se ha valido de premisas arbitrarias.

En definitiva, la primera cuestión planteada debe responderse negativamente, pues no existen adecuadas razones para considerar que la condena casada se ha basado en una valoración arbitraria de la prueba controvertida. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro y Dr. Valerio. Adhieren.

Sobre la misma cuestión los DRES. MARIO D. ADARO y JOSÉ V. VALERIO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR PALERMO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de la cuestión anterior, no corresponde pronunciarse sobre la segunda cuestión propuesta. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. MARIO D. ADARO y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

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

- 1.- No hacer lugar al recurso de casación presentado por la defensa de Eduardo Luis Riveros Ortiz y, en consecuencia, confirmar la Sentencia N° 1074 del Tribunal Penal Colegiado N°1 y sus fundamentos.
- 2.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.
- 3.- Tener presente la reserva federal efectuada.

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

37- RUIZ GUZMAN. 04-12-20.

| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
|----|------------|----|-----------|------------|---------|------------|-----------|---------|-----------|---------|---------|-------------|---|------------|
| - | PI. | - | AF | PCE | - | EGT | CO | - | CR | - | - | - | - | 474 |

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201204_FcRuiz.pdf

Lex: Art. 79, 55, 42 de CP.

Vox: Homicidio simple agravado. Arma de fuego. Tentativa. Coautoría. Dominio funcional del hecho. Dominio positivo. Dominio negativo. Plan común. División objetiva de trabajo. Codominio. Valoración de la prueba. Determinación de la pena.

Summa:

El **TPC** condenó a Lozano Andrada y a Ruiz Guzmán a la pena de **dieciocho años de prisión y veintidós años de prisión, respectivamente**, como autores penalmente responsables del delito de homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego en concurso real con homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego en grado de tentativa (art. 79, 41, 55 y 42 CP).

Las **defensas** de los señalados interponen recursos de casación. (Art. 474 del CPP). En el caso de Lozano expresa que conducía y no disparó, cuestiona el grado de intervención. Ruiz se agravia respecto de la pena impuesta, en tanto reconoció el hecho y pidió perdón a la familia.

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

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

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

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

Fallo:

CUIJ: 13-05318209-1/1((018602-103525)) FC/ RUIZ GUZMAN GABRIEL FERNANDO, LOZANO ANDRADA DIEGO GASTON P/ HOMICIDIO SIMPLE AGRAVADO (103525) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105487164*

En Mendoza, a los cuatro días del mes de diciembre del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05316498-0/1, caratulada "FC/ RUIZ GUZMÁN Y OTS. S/ CASACIÓN".

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

Las defensas de Diego Gastón Lozano Andrada y Gabriel Fernando Ruiz Guzmán interponen sendos recursos de casación (fs. 917/928, 946/947) contra la sentencia de f. 889 y sus fundamentos, mediante la cual el Segundo Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción condenó a los nombrados a la pena de dieciocho años de prisión y veintidós años de prisión, respectivamente, como autores penalmente responsables del delito de homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego en concurso real con homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego en grado de tentativa (art. 79, 41, 55 y 42 CP).

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

I.- Sentencia recurrida

Los magistrados sentenciantes tuvieron por acreditado respecto de Diego Gastón Lozano Andrada y Gabriel Fernando Ruiz Guzmán, con la certeza requerida para el dictado de una sentencia condenatoria, que «el día 16 de diciembre de 2018, siendo las 20.30 horas aproximadamente, Diego Gastón Lozano Andrada se encontraba conduciendo el vehículo marca Renault Clio dominio CYN042, trasladándose en calidad de acompañante Gabriel Fernando Ruiz Guzmán, por calle Terrada del departamento de Godoy Cruz, en momentos en que advirtieron la presencia de una moto conducida por Carlos Daniel Bastias y como acompañante Martín Nicolás Miranda Díaz, comenzando en el momento Ruiz Guzmán a efectuar disparos contra los mismos, emprendiendo la persecución del a moto por calle Terrada. Al llegar a la intersección de calle Sarmiento, el vehículo Clio detiene su marcha efectuando disparos Ruiz Guzmán contra el local comercial denominado La Vasija. Reanudándose acto seguido la persecución de la moto por calle Terrada, dirigiéndose luego por calle Matheu hasta 1era Junta y, al llegar a la esquina de esta última con calle Sarmiento, la motocicleta ingresó por la vereda de esta última arteria, oportunidad en que Ruiz Guzmán se sentó en la ventana del acompañante del vehículo en que se transportaba y efectuó varios disparos por encima del techo del vehículo hacia quienes se trasladaban en la moto, hiriendo uno

de esos disparos a Francisco Javier Pérez, quien se encontraba sobre la vereda de calle Sarmiento, ocasionándole la muerte».

Para decidir en tal sentido, el a quo valoró las declaraciones testimoniales de Federico Irachetta, Cesar A. Irachetta, Emiliano Magallanes, Carlos Bastías, Diego Armando Puebla y Miriam Mónica Sánchez; los descargos materiales de los acusados, así como las demás pruebas válidamente incorporadas al proceso.

II.- Recursos de casación

a-Defensa de Lozano

a.- La defensa de Diego Lozano interpone recurso de casación y cuestiona en el nivel de los vicios in procedendo que el fallo no habría valorado correctamente que su representado realizó una frenada con la intención de perder de vista a la moto, en el momento en que advirtió que Gabriel Ruiz estaba armado.

Concluye así que no se habría alcanzado el grado de certeza necesario para afirmar la intervención de Diego Lozano en el hecho, por lo que correspondería dictar una sentencia absolutoria con base en lo prescripto por el art. 2 CPP.

En segundo lugar, el recurrente sostiene, en el nivel de los vicios in iudicando, que su defendido no tuvo el dominio funcional del hecho y que, al responsabilizarlo por los disparos ejecutados por su acompañante, se violaría el principio de culpabilidad.

Por último, en tercer lugar, la defensa se agrava respecto del monto de la pena, afirmando que es desproporcionado y exagerado.

Así, la defensa sostiene que no se han respetado las pautas establecidas en los arts. 40 y 41 CP, en tanto Diego Lozano carece de antecedentes penales computables, es una persona joven y posee trabajo; circunstancias que debieron atenuar su culpabilidad.

Formula reserva del caso federal

b-Defensa de Ruiz

b.- La defensa de Gabriel Ruiz, por su lado, no cuestiona los aspectos centrales de la prueba del hecho y, después de referir el alcance de la revisión en esta instancia casatoria, solicita que se case la sentencia y se le imponga a su defendido el mínimo de pena consistente en diez años y ocho meses de prisión.

III.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General entiende que corresponde rechazar los recursos de casación interpuestos y convalidar en su totalidad la sentencia impugnada (fs. 958/960).

Después de realizar una exposición detallada de los agravios defensivos, explica respecto del recurso incoado por la defensa de Lozano Andrada, que la prueba de cargo desvirtúa la hipótesis defensiva.

Ello en tanto con base en la reconstrucción del hecho a partir de los testimonios brindados en sede de debate, se puede concluir válidamente que el recorrido que realizó el auto fue idéntico al que realizó la motocicleta.

Un indicio correctamente valorado por el tribunal de juicio y que indica que la persecución existió, así como el plan común, la división de tareas y los aportes que justifican la imputación en grado de coautoría. Finalmente, al considerar el agravio relativo a la pena impuesta, estima que la misma se observa debidamente.

Por su parte, en relación con el recurso interpuesto por la defensa de Gabriel Ruiz, sostiene que el mismo solo gira en torno a solicitar una revisión de la pena impuesta, pero sin señalar errores o vicios en el razonamiento del a quo.

No obstante ello, el titular del Ministerio Público Fiscal considera que la pena se encuentra debidamente fundada y alejada del máximo de la escala prevista para los ilícitos atribuidos.

IV.- La solución del caso

Voto. Dr. Palermo. Preopinante.

En adelante de las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan entiendo que corresponde rechazar los recursos casatorios impetrados por las defensas y, en consecuencia, convalidar la sentencia condenatoria.

A.- La teoría del caso de la defensa de Diego Lozano

La teoría del caso de la defensa de Deigo Lozano postula que el nombrado, que se desplazaba en un automóvil junto con Gabriel Ruiz, se vio sorprendido por el comportamiento de este último, quien comenzó a disparar un arma de fuego contra Carlos Bastias y Martín Miranda que, a su vez, se desplazaban en una motocicleta.

Según el recurrente, la prueba central de que Diego Lozano sería ajeno al hecho, es una «frenada» que daría cuenta de que no tenía voluntad de perseguir a la motocicleta.

El razonamiento de la defensa, de ser válido, echaría por tierra la coautoría, ello en tanto, decaería la división de tareas que subyace a este grado de intervención.

Sin embargo, lo cierto es que no existió una «frenada» y que los hechos se sucedieron tal como los presentó la acusación y entendió probados el a quo: mientras Diego Lozano conducía el automóvil Renault Clío persiguiendo a la motocicleta en la que se desplazaban Carlos Bastias y Martín Miranda, Gabriel Ruiz disparaba; hecho que terminó con la vida de Francisco Pérez, que se encontraba sobre la vereda de calle Sarmiento.

Respecto del papel de Diego Lozano en el hecho no persisten interrogantes abiertos y, por ende, debe ser rechazado el planteo defensivo en orden a la absolución por el beneficio de la duda.

Es que el tribunal de la instancia previa ha realizado una minuciosa reconstrucción del recorrido del vehículo con base en los testimonios ofrecidos, los cuales dan cuenta de que no existió frenada alguna que verificase la sorpresa o ajenidad a los disparos de parte de Diego Lozano.

Por el contrario, el tribunal sentenciante determinó que el nombrado condujo su automóvil persiguiendo a la motocicleta e interviniendo activamente de la agresión desplegada de propia mano por Gabriel Ruiz.

Así, el a quo ponderó el testimonio de Diego Puebla, quien dijo que estaba parado por el semáforo en calle terrada llegando a Sarmiento, cuando sintió disparos y luego vio pasar a una motocicleta y detrás un auto Renault Clío en el que había una persona sentada en la ventanilla realizando disparos (f. 798 vta.). Sobre la existencia de la persecución también se pronunció Carlos Bastias, al describir el ataque, así como César y Federico Iracheta (f. 799).

En el mismo sentido, se explayó Emiliano Magallanes, dueño de la rotisería donde trabajaban los dos últimos nombrados, la cual se encontraba en la zona por la que se trasladaban los autores.

Estos testimonios fortalecen, según el tribunal de juicio, el hecho de que el automóvil realizó el mismo recorrido que la motocicleta sin desviarse en ningún momento. Los jueces sentenciantes continuaron con el análisis de los testimonios y subrayan especialmente la declaración de Miriam Sánchez: «La secuencia de los hechos en este tramo de la plataforma fáctica, se puede reconstruir con las expresiones de Miriam Sánchez, que se encontraba en la esquina de Sarmiento y Primera Junta, esperando el paso del semáforo. Es en esa oportunidad que señala que siente disparos, advierte una moto en contramano –por la vereda– y luego, que el auto queda perpendicular al vehículo que ella conducía. Allí es cuando describe que el muchacho se sale de la ventanilla, se sienta sobre esta y dispara hacia el este y que la motocicleta se metió por la vereda en contramano» (fs. 899 vta./900).

A partir de estos dichos, el tribunal de juicio infirió válidamente que la persecución continuó desde Terrada y Sarmiento –que es cuando es advertida por Diego Puebla– hasta esta última arteria y Primera Junta, produciéndose una vuelta a la manzana.

En esta línea, los jueces sentenciantes señalaron que los testigos mencionados aparecen desprovistos de subjetividades o animosidades que puedan descalificar su dichos y esto permite darle fortaleza a la declaración de quienes eran perseguidos en la motocicleta.

En definitiva, las pruebas no autorizan a inferir que Diego Lozano haya pretendido evitar o eludir a la motocicleta; sino que, por el contrario, es razonable afirmar que existió una persecución guiada por éste al mando del Renault Clío que terminó en la esquina de calles Sarmiento y Primera Junta, momento en que se producen los disparos en dirección este que terminan con la vida de Francisco Pérez.

En este orden de ideas, el a quo concluyó –correctamente a mi juicio– que «en la reconstrucción fáctica, también es posible afirmar que Diego Lozano intervino formando parte del plan común, al caso, mediante la conducción del vehículo Clio CYN-042, procurando darle alcance a la motocicleta para que Ruiz acertara en los disparos.

Es que si podemos afirmar que Ruiz disparaba –con un arma de fuego– con ánimo de alcanzar a quienes se conducían en una motocicleta y que Lozano guiaba el auto persiguiendo al primer vehículo, es posible confirmar la existencia de un plan común; una división de tareas y el aporte de actos materiales para su concreción, situación que coloca a ambos con el co-dominio del hecho (**dominio funcional del hecho**) y así, en la calidad de coautores» (f. 900 vta.).

En consonancia con la cita anterior, deben analizarse los agravios defensivos planteados como vicios in procedendo.

En primer lugar, la defensa objeta que no se han acreditado los requisitos de la coautoría para reprocharle a Diego Lozano el hecho en tal grado de intervención.

No obstante ello, y más allá de la controversia respecto de los requisitos que verifica la coautoría –si debe exigirse **un plan común** o basta una **división objetiva del trabajo** o si corresponde acreditar el **co-dominio funcional** del hecho–, lo cierto es que en el caso concreto no hay mayores problemas para calificar el grado de intervención de Gabriel Ruiz y Diego Lozano, en tanto se encuentran probados los tres requisitos postulados por la doctrina mayoritaria para apreciar que existe coautoría.

Así, se constató una **división objetiva del trabajo** entre los coimputados y, a su vez, es posible descartar cualquier exceso que pudiese fundamentar un tramo del delito que no le fuera imputable al otro.

Ello en tanto ha quedado acreditado que mientras Diego Lozano conducía el vehículo para perseguir a la motocicleta, posibilitando que Gabriel Ruiz ejecutase los disparos contra Carlos Bastias y Martín Miranda, al mismo tiempo que generaba un alto peligro para los transeúntes que se concretó en la muerte de Francisco Pérez.

De este modo, en contra de lo postulado por la defensa, quedó verificado con base en las constancias obrantes en la causa que los disparos ejecutados por Gabriel Ruiz no se presentaron como intempestivos y sorprendidos para Diego Lozano, pues fue él quien posibilitó la persecución de la motocicleta con tal fin (véase supra los testimonios que dan cuenta de cómo éste buscaba interceptar a la motocicleta para que aquel acertara los disparos).

En suma, con base en la prueba ofrecida en sede de debate no advierto exceso alguno que implicase que el homicidio y la tentativa imputadas a los nombrados a título de coautores fuera un asunto exclusivo de Gabriel Ruiz.

Por el contrario, ha quedado acreditado que los hechos imputados les pertenecen a ambos.

En último lugar, la defensa objeta que Diego Lozano haya tenido co-dominio funcional del hecho delictivo. Como dije, se trata de un requisito de la coautoría que parte de la doctrina critica en tanto derivación del criterio del dominio del hecho en el marco de la propuesta **teórica de Claus Roxin**.

Sin embargo, en lo que hace a este requisito cabe realizar las mismas consideraciones que respecto a la exigencia de un plan común: el debate teórico deviene abstracto si se considera que la categoría en cuestión no problematiza la solución del caso al encontrarse acreditada con base en las constancias obrantes en la causa.

Es que se encuentra probado que las riendas del suceso típico se encontraban en manos de Diego Lozano, quien al perseguir la motocicleta posibilitó la ejecución de los disparos por parte de Gabriel Ruiz y así el fatídico desenlace.

Se verifica en este sentido tanto un **domino positivo como negativo del hecho delictivo**. Diego Lozano impulsó el hecho y lo condujo hacia el estadio ejecutivo y, en ese momento, también pudo desistir, lo cual no hizo.

En otro orden de ideas, la defensa objeta la actividad desplegada por el a quo al momento de determinar el quantum de la pena aplicable, en tanto desproporcionado y arbitrario.

El recurrente sostiene que no se han respetado las pautas establecidas en los arts. 40 y 41 CP, pues Diego Lozano carece de antecedentes penales computables, es una persona joven y posee trabajo; circunstancias que debieron atenuar su culpabilidad. No obstante, en contra del planteo defensivo, estimo que la pena impuesta ha sido correctamente merituada por el tribunal de juicio.

En efecto, los magistrados sentenciantes tomaron como referencia inicial la escala que determinan lo ilícitos atribuidos a los imputados –homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego en concurso real con homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego en grado de tentativa– la cual supera los cuarenta y cuatro años de prisión.

A partir de allí, los jueces valoraron como elemento agravante la extensión del daño causado en tanto circunstancia que repercute en la gravedad del ilícito que se atribuye. «En el caso en estudio, el resultado

muerte ha recaído sobre una persona muy joven, con toda una vida por delante; con expectativas de progreso y también de aporte a su familia y a la sociedad. A ello se agrega que el daño es enteramente imputable a los autores, en la medida que no ha existido ninguna circunstancia que pueda considerarse atribuible a la víctima, ni siquiera en grado de imprudencia. Al caso, se encontraba caminando por la vereda de una calle y totalmente ajeno al conflicto que generó la agresión. En este sentido, mientras menos razones existan para atribuir desinterés en la protección de su integridad física por parte de la víctima, más se agrava el injusto del autor» (f. 903).

A las consideraciones anteriores relativas a la **imputación objetiva del comportamiento y el resultado como exclusivamente atribuibles a los autores**, cuestiones precedidas por la entidad del daño causado, se suma la indefensión de la víctima –Francisco Javier Pérez– frente a la agresión, pues no tuvo oportunidad de advertir o evitar el impacto de bala que sufrió.

Como elemento adicional que aumenta la culpabilidad del condenado, el tribunal de juicio destacó los motivos que llevaron a los coacusados a delinquir, estos son, la pretensión de hacer justicia por mano propia por un hecho que, tomado de manera racional, no justificaba la reacción asumida.

Ello por cuanto, consideraron que, tanto a Diego Lozano como a Gabriel Ruiz, por su edad y circunstancias familiares, les era exigible un mayor control de sus impulsos.

No quedaron al margen del razonamiento del tribunal de juicio, en último lugar, los elementos atenuantes de la culpabilidad, tales como la posibilidad de inferir que el hecho haya respondido a un momento de debilidad o reacción ante un hecho desestabilizante de los frenos inhibitorios. Circunstancias que condujeron a los jueces sentenciantes a alejarse del tope máximo de la escala penal.

De este modo, no le asiste razón a la defensa cuando cuestiona como desproporcionado y arbitrario el monto de la pena. Por el contrario, la misma se encuentra debidamente fundada.

En suma, con base en lo dicho hasta aquí considero que corresponde rechazar el recurso de casación incoado por la defensa de Diego Lozano y convalidar la sentencia en todos sus aspectos.

B- Recurso incoado por Ruiz

B.- Finalmente, resta evaluar el recurso incoado a favor de Gabriel Ruiz.

En este sentido, cabe destacar que el letrado se limita a canalizar jurídicamente la pretensión recursiva presentada in pauperis, según la cual su defendido se muestra inconforme con la pena que le fue impuesta.

En esta línea, la defensa solicita se aplique del mínimo legal de la escapa penal aplicable.

Después de relatar los antecedentes de la causa, el recurrente refiere que Gabriel Ruiz le manifestó en una entrevista personal que pretendía que se le impusiese el mínimo legal, en tanto ese era el monto que merecía. La defensa deja en claro que no es objeto del recurso ni los hechos contenidos en la sentencia, ni sus fundamentos, así como tampoco lo son el grado de intervención imputado y que «más allá de que no existan vicios en la sentencia que lo condena» (f. 947), solicita se revise la misma a los efectos de garantizar la garantía de la doble instancia y el doble conforme.

Dicho esto, entiendo que son plenamente aplicables al caso de Gabriel Ruiz las consideraciones relativas a la gravedad del daño causado, la indefensión de la víctima respecto de la agresión y la imputación

objetiva del comportamiento y el resultado realizadas por el tribunal de juicio respecto del delito como obra conjunta. Todo lo cual se justifica en la división de tareas que permite imputar recíprocamente las aportaciones al hecho delictivo en tanto coautoría.

Asimismo, se estima justo el mayor monto de la pena impuesta en relación con la pena individualizada para con Diego Lozano.

Ello en tanto, como explica el juez, aquel fue quien configuró en mayor medida la específica forma de aparición típica del injusto punible al ejecutar de propia mano los disparos con el arma homicida. En último lugar, no escaparon al tribunal de juicio los elementos atenuantes de la reprochabilidad del hecho. Respecto de ambos, como dije al analizar la situación de Diego Lozano, fueron valorados como atenuantes que ninguno de ellos tiene antecedentes penales computables.

En particular, respecto de Gabriel Ruiz, ponderó que colaboró con la investigación al reconocer la intervención en el hecho y la ejecución de los disparos, todo lo cual simplificó la realización del debate oral, así como que pidió disculpas a la familia del fallecido (f. 904).

Todo ello da cuenta de la ausencia de arbitrariedad del tribunal de sentencia, también, en relación a la determinación de la pena impuesta a Gabriel Ruiz.

Con base en las consideraciones precedentes, estimo que corresponde rechazar el planteo defensivo de los acusados y convalidar en su totalidad la sentencia puesta en tela de juicio en esta instancia. ASÍ VOTO.

Voto. Dr. Adaro. Adhiere.

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

Voto. Dr. Valerio. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Adhiero a la solución propuesta por el voto preopinante respecto de los recursos impetrados por Diego Lozano y Gabriel Ruiz.

En cuanto al tratamiento del remedio procesal interpuesto por la defensa de Diego Lozano considero que en autos no surge problema alguno en la determinación del grado de participación en el hecho que le cabe al acusado y se cuestiona del fallo, donde se dio un completo tratamiento y resolución a la cuestión de la intervención penal atacada, conclusión que no puede ser rebatida con éxito a través de los argumentos expuesto por el recurrente, carentes de fuerza objetiva alguna como para conmover el análisis efectuado por el a quo.

Entiendo que en el hecho punible tenido por acreditado actuaron los acusados fuera de toda duda razonable como una empresa delictiva común con distribución de tareas entre los acusados, ya que mientras Diego Lozano conducía, Gabriel Ruiz disparaba, accionar que no fue intempestivo, ni sorpresivo para Lozano porque era él quien posibilitaba la persecución de la motocicleta en la que se trasladaban Carlos Bastías y Martín Miranda con dicha finalidad y que terminó con la vida de Francisco Pérez.

En consecuencia, habiendo ejecutado los condenados el hecho ilícito cometido en sociedad delictiva común con reparto del trabajo corresponde, según el art. 45 del CP, la atribución en calidad de coautores.

En conclusión, debe, rechazarse el argumento esgrimido por el censurante en cuanto al grado de participación como coautor del acusado Diego Lozano en el hecho. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Conforme lo anterior, corresponde rechazar el recurso casatorio impetrado y confirmar la sentencia condenatoria. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. MARIO D. ADARO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

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

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

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar los recursos de casación interpuestos por las defensas de Diego Gastón Lozano Andrada y Gabriel Fernando Ruiz y convalidar la sentencia condenatoria de f. 889 y sus fundamentos.
- 2.- Tener presente la reserva federal formulada.
- 3.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

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

38- MURUA y ots..30-12-20.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201230_FcMSM.pdf

Lex: Art. 80, inc. 7°; 55; 166, inc. 2°, 2° párrafo del CP. Art. 12, inc. 1° y 2, ss y cc de la ley 8928.

Vox: Homicidio criminis causa. Concurso real. Robo agravado. Arma de fuego. Notificación personal al condenado. In pauperis. Plazos. Presentación extemporánea. Derecho de defensa. Revisión amplia. Doble conforme. Nulidad. Valoración de la prueba. Filmaciones. Fotogramas.

Summa:

El **TPC** condenó a los señalados M. D. M. S. y D. S. S. G. a la **pena de prisión perpetua** como coautores del delito de homicidio criminis causae en concurso real con robo agravado por el uso de arma de fuego (arts. 80, inc. 7; 55; 166, inc. 2°, segundo párrafo del C.P.).

Las **defensas de los señalados** interponen recursos de casación. (Art. 474 del CPP). M. D. M. S lo hace previo in pauperis.

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

La **SCJM** rechazó **formal** -por extemporánea presentación de la defensa- **y sustancialmente** -aun formalmente improcedente para no perjudicar al nombrado, la Corte ingresa en el análisis- el recurso de casación interpuesto por la defensa de M. D. M. S. (art. 461 del CPP). Rechazó sustancialmente el recurso de casación interpuesto por la defensa de D. S. S. G.. En consecuencia, confirmó la sentencia dictada, poniendo en conocimiento de la señora Defensora General la conducta desplegada por el Defensor Oficial – por M. D. M. S -actuante en estos obrados, con copia de la presente.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 937 pronunciada por el TPC N° 1- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Flores Olarte
- Mancuello Valdivieso. 28-04-97:
<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/sumfal.php?fallo=OTcxOTkxNzg=&tabla=c2M>
- Domínguez Lucero. 02-11-15:
<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/sumfal.php?fallo=MTAwMDAwMDE5NzM=&tabla=c2M>

“En el marco de un procedimiento abreviado el cómputo de pena en los casos que resulte de aplicación alguna de las hipótesis previstas en el artículo 58 del Código Penal, resulta pertinente que el Ministerio Público Fiscal pacte inclusive el monto de condenas o penas a unificar y, consecuentemente, el Tribunal no podrá imponer una pena mayor.”

b-SCJN

- Fallos 327:3802

- Fallos 339:656
- Fallos 337:1289; 335:2326 y 330:5187, entre otros

Precedentes relacionados

- Murua. 23-08-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190823_FcMurua.pdf

Parágrafos destacados.

“...sosteniendo que para computar el plazo de interposición de la impugnación debe tenerse en cuenta la **«notificación personal al encausado** de la decisión que acarrea firmeza de la condena, dado que la posibilidad de obtener un nuevo pronunciamiento judicial a través de los recursos procesales constituye una facultad del imputado y no una potestad del defensor» (CSJN Fallos 327:3802)...”

Y que, en los casos de impugnaciones sin patrocinio letrado, «debe considerarse que el plazo de quince días para asistir jurídicamente la **presentación in pauperis, se debe computar desde la notificación efectuada a la defensa**» (ver al respecto «Mancuello Valdivieso»).

“Siguiendo esa línea de razonamiento, en el **precedente «Flores Olarte»** se señaló que «si bien el código de forma no regula los plazos procesales que deben observarse en relación a las presentaciones in pauperis, la interposición del recurso que ostenta ese carácter lo es sólo en relación al imputado, quien no cuenta con las conocimientos jurídicos necesarios para canalizar su voluntad conforme a las prescripciones legales, pero esta condición no es trasladable a su letrado defensor que sí los posee».

SCJM. Dres.: **Day.** Gómez. Llorente.

Fallo:

CUIJ: 13-05089132-6/1((018601-103203)) FC/ M. S. M. D. S. G. D. S. Y G. R. D. F. P/ HOMICIDIOS CALIFICADOS P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN (103203) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105256531*

En Mendoza, a los treinta días del mes de diciembre del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05089132-6/1 caratulada "F. C/ M. S., M. Y OTS. P/ HOMICIDIO CRIMINIS CAUSA ... S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DRA. M. TERESA DAY; segundo, DR. JULIO R. GÓMEZ y tercero, DR. PEDRO J. LLORENTE.

La defensa de M. D. M. S., por un lado, y la defensa de D. S. S. G., por el otro, interponen recurso de casación contra la Sentencia N° 937, mediante la que se los condenó a la pena de prisión perpetua como coautores del delito de homicidio criminis causae en concurso real con robo agravado por el uso de arma de fuego (arts. 80, inc. 7; 55; 166, inc. 2°, segundo párrafo del C.P.); pronunciamiento dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial en autos N° P-103.203/16.

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

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERO: Pronunciamiento sobre costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, LA DRA. M. TERESA DAY, DIJO:

1.- La sentencia recurrida

El tribunal impugnado resolvió del modo precedentemente señalado, por considerar acreditado que «[e]l 12 de octubre de 2016, aproximadamente a las 05:30 horas, I. G. S. G. se encontraba esperando el colectivo en la Ruta ... y .., Maipú, Mendoza, cuando M. D. M. S. (a) C., D. S. S. [...], a bordo de un vehículo marca ..., dominio ..., detuvieron la marcha y se bajaron con la intención de sustraerle objetos personales a la víctima, portando uno de ellos una escopeta. Ante la negativa de S. G., después de intentar huir del lugar, uno de los sujetos le disparó con el arma descripta, ingresando proyectiles en región escapular izquierda de su cuerpo (espalda), con dos orificios de salida de perdigones en región pectoral izquierda, lo que le provocó la muerte por shock hipovolémico con hemitórax de tres litros, múltiples fracturas costales y perforación del pulmón izquierdo y corazón. Los nombrados le sustrajeron, entre otros elementos, unas zapatillas marca Nike, de color rojo; una mochila marca Nike, de colores negro y rojo y un celular marca Motorola Moto X, de la empresa Claro [...], dándose posteriormente a la fuga, M. S. corriendo hacia el Sur y [...] S. en el vehículo mencionado con el teléfono celular» (conforme requerimiento de citación a juicio de fs. 858/870). Para así decidir, el tribunal sentenciante valoró las declaraciones de D R, de D R G, de R O y de A P C.. Asimismo, ponderó el informe del CEO (de fs. 67/73, 82/85 y 92/97), la desgravación de la llamada efectuada por Comisso que corre agregada a fs. 92, la necropsia de fs. 367/369, y los fotogramas extraídos de las filmaciones efectuadas en la Estación de

Servicio YPF, el Pet Shop y la Distribuidora de calle ..., todas secuestradas por personal de la División Delitos Tecnológicos y cuya constancia se encuentra agregada a fs. 164/167.

2.- El recurso de casación de la defensa de D. S. G. S.

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

Entre los vicios formales, se agravia en primer lugar de la intervención que se le admitió al representante del querellante particular.

En ese orden, señala que, pese a ser intimado por el tribunal a justificar su incomparencia al debate bajo pena de tenerlo por desistido, el Dr. C. no presentó ninguna justificación, por lo que entiende que su desistimiento quedó firme.

Expresa que, no obstante ello, el debate se llevó adelante con su presencia e intervención respecto a interrogar a los testigos, valorar pruebas, formular alegatos e, inclusive, se le regularon honorarios, actividad que resulta nula a criterio del recurrente.

En segundo lugar, sostiene que en la sentencia recurrida no se ha observado el principio de razón suficiente y no ha sido motivada debidamente, en tanto no se efectuó un análisis en conjunto de la prueba incorporada.

Así, luego de transcribir los fundamentos de la sentencia bajo estudio, analiza la prueba testimonial incorporada y señala cuestionamientos en relación a la valoración que la jueza realiza de cada declaración.

Respecto de lo declarado por D. R., sostiene que la a quo omitió mencionar que la testigo creyó que la explosión que escuchó era el escape de un auto y no de un disparo, pero que no pudo ver nada cuando salió a la ventana. Expresa como relevantes las declaraciones brindadas por A. P. C. a fs. 03 y 86 que fueran incorporadas por lectura.

En relación a ellas, entiende que fueron incoherentes y contradictorias al describir lo que vio y al lugar por donde se desplazaba en ese momento. Expresa que la testigo dijo haber visto a M. y que éste, al ver un auto que venía de frente, cruzó la calle; sin embargo, en un primer momento, afirmó que no reconoció al sujeto que pasó a su lado porque llevaba una capucha puesta.

Además, cuando se le preguntó si alguno de los sujetos que vio –víctima y M.– tenía algún arma, respondió categóricamente que no, por lo que si M. no tenía el arma y S. se encontraba en el auto, evidentemente existe otra persona que manipuló el arma y disparó, razonamiento que desvirtúa la conclusión del sentenciante referida al tamaño del arma de fuego.

Por otro lado, pone de resalto que la testigo siempre aclara no haber visto el auto, sólo afirma haber escuchado el ruido de motor o del escape del auto.

Se contradice al señalar en la primera declaración que el auto salió por Ruta ... hacia el este y luego, en la segunda declaración, que lo hizo por calle Sostiene también que la sentenciante también se equivoca al tener por creíble la declaración de la testigo cuando, primero menciona que no escuchó ni vio otro auto aparte de aquél y luego que el chico que pasó corriendo a su lado (por M.), la miró, siguió caminando y cuando vio un auto que venía de frente cruzó la calle.

En relación a los fotogramas extraídos de las videofilmaciones de de la Estación de Servicio YPF, del Pet Shop y de la Distribuidora, considera que, si bien estas constancias demuestran que el automóvilcirculó por la zona cuando se produjo el hecho –como sostuvo la sentenciante y declaró S.–, no aportan la certeza necesaria para sostener que ese vehículo se encontraba en el lugar exacto del asalto y menos que fuera el único que circulaba a esa hora por la zona. Ello, en tanto las cámaras muestran el paso de otros automóviles y también lo mencionan C. y M., según afirma el recurrente. En cuanto a la participación de M. M. S. expresa que la a quo la funda en el relato que A. P. C. efectuó en su segunda declaración, de la que no surge contradicción alguna.

Sin embargo, el recurrente sostiene que la testigo afirmó en un primer momento que no reconoció al sujeto que pasó por su lado porque llevaba una capucha puesta para luego, en una segunda declaración, afirmar que la persona que había visto era M..

Destaca además que, a pesar que la sentenciante afirma que el imputado es autor del hecho por haberse ubicado en el preciso lugar y momento de los hechos y por haber llevado parte de la res furtiva en su poder, una mochila negra con rojo idéntica a la que portaba la víctima, conforme lo que relató C.; la a quo no menciona que también podía haber llevado las zapatillas debajo de su brazo sin que portara ningún arma.

En ese orden, entiende que no había razones para que M. fuera a pie cargando esas cosas en sus manos y no utilizara el auto de S., por lo que, a su criterio, es evidente la participación de quien portaba el arma y efectuó los disparos, es decir, de G.. Asimismo, analiza la declaración de R. O., quien declaró que conocía a M. por vivir en la zona y que los dos sujetos que se trasladaban en el automóvil ... no eran del lugar, lo que concuerda con las imágenes de la videofilmación de la estación de servicio, donde se puede ver que el pantalón que vestía el sujeto allí registrado no coincide con el descripto por C..

De ello, colige que M. S. no viajaba en el vehículo ... como sostuvo el Fiscal en sus alegatos y que la persona que acompañaba a S. es G. y no M.. En cuanto a la participación de D. S.. G. señala que la sentenciante la ha fundado en indicios, que dentro de la premisa mayor incluye el testimonio de C., en tanto mencionó que el auto salió por Ruta ... hacia el este, pero no tuvo en cuenta que M. mencionó que el auto que se vio se encontraba a más de 100 metros del lugar del hecho al momento de escuchar el disparo, ni tampoco los dichos de la esposa de la víctima que habló del ruido de un vehículo cerca de su domicilio también a más de 100 metros del lugar.

Considera que, de ser como menciona C., las cámaras de la panadería ubicada en Y Ruta ... hubieran captado el momento en que el rodado pasó por esa zona, cosa que no ocurrió. Señala que recién fue captado por las cámaras ubicadas en dicha arteria al.... –Pet Shop– y al ... –distribuidora–, es decir a más de 500 metros del lugar que menciona C... Si S. conducía el vehículo todo el tiempo, como dicen los testigos O. y E. y surge de las filmaciones de la estación de servicio, no pudo estar al mismo tiempo abordando a S. para asaltarlo.

También cuestiona la relevancia que la sentenciante le da a los horarios de las videofilmaciones, haciendo notar que ellos pueden no ser uniformes pues no están sincronizados. En igual sentido, sostiene que no puede determinarse en base a ese elemento de prueba la velocidad que llevaban los autos grabados puesto que no todas las filmaciones son de la misma fidelidad.

Señala el impugnante que E., luego de ser sobreseído, declaró bajo juramento en el debate y expresó que, de acuerdo a su relato, la única persona que podía manipular el celular de S. y el chip de la víctima es D. G. Se agravia de la valoración que la a quo hace de la declaración brindada por S. G., para tenerla por falaz. En tal sentido, el recurrente entiende que lo manifestado por su defendido guarda coherencia con las videofilmaciones y lo relatado por M. y la esposa de la víctima, mientras que la declaración de C. no encuentra respaldo.

Agrega que no surge de la declaración de S. que el auto que conducía se hubiera detenido, como afirma la jueza interviniente, sino que intentaba que el motor no se parara porque estaba solo y tenía que empujarlo.

Señala que tampoco existe prueba en relación al tamaño del arma de fuego utilizada.

Sostiene que el único indicio probatorio es el informa de fs. 250, el que en su contenido resulta coincidente con la declaración de S. en cuanto a que una escopeta recortada perfectamente podría ser transportada en una mochila distinta a la de la víctima y propia a la que D. G. llevaba antes de producirse el hecho.

La defensa de S. considera que no está probado que M. y S. abordaran a la víctima, que el auto se encontrar en el lugar y, mucho menos, que S. se bajara del auto, ni está acreditado el codominio del hecho por parte de aquéllos.

Discrepa con la afirmación de la sentenciante referida a que de los fotogramas no puede inferirse de modo indubitable que la persona que iba de acompañante en el ... haya sido D. G., porque – a criterio del recurrente– no cabe duda que la persona que se encontraba con S. era G., quien tenían puesta una gorra en su cabeza.

En cuanto a la calificación legal, sostiene que en autos no se ha probado la conexión subjetiva entre el robo y el homicidio como medio para lograr la impunidad. Señala que no se ha probado la distancia del disparo, tampoco que la víctima conociera a alguno de los imputados.

Considera que si la víctima tenía en su bolsillo una billetera con dinero que los autores del delito no se llevaron, aparece extraño matar para robar; y que el disparo no tuvo nada que ver con el robo porque, si bien terminó en una zona vital del cuerpo de la víctima, no fue a quemarropa ni en la cabeza.

En función de lo expuesto, solicita la absolución de su defendido y, en caso de que no se haga lugar a ese planteo, se aplique la figura del **art. 165 del CP en carácter de partícipe secundario**, porque el uso del vehículo de S. no implica su intervención en el hecho, no fue fundamental y él no sabía lo que iba a pasar. Formula reserva del caso federal.

3.- El recurso de casación de la defensa de M. D. M. S.

El impugnante deduce casación de conformidad a lo establecido por el art. 474, inc. 2° del CPP por considerar que existen vicios in procedendo en la resolución que cuestiona.

Se agravia por considerar que la fundamentación del fallo en crisis es meramente aparente, arbitraria y voluntarista, toda vez que la solución condenatoria sólo se sustenta en la declaración de una testigo.

En ese orden, sostiene que la referida no ha sido una testigo presencial; que, durante el proceso, sostuvo versiones encontradas en el punto más relevante de su relato, esto es, la participación de M. en el hecho.

El impugnante considera que las declaraciones de la testigo C. no logran superar el test de coherencia interna entre ellas y tampoco se condicen con el contenido de la comunicación telefónica que sostuvo con el 911 (fs. 92 de autos), a los pocos instantes de haber ocurrido la muerte de S..

Así, destaca que la primera vez que declaró, C. indicó que no podía reconocer al sujeto que observó, y en la segunda declaración, sostuvo que ese sujeto era M., que es su vecino y que lo conocía del Barrio. A lo que agrega que la testigo se sustrajo voluntariamente de su obligación de declarar y comparecer al debate.

Señala también que el tribunal ha omitido valorar la prueba en su integralidad y confrontar la declaración testimonial aludida con el resto del material probatorio incorporado.

En esa línea, expresa que no se tuvo en cuenta que la testigo C. expresó no observar a nadie efectuar un disparo, que el sujeto que vio venía con la capucha puesta y que agachó la cabeza al pasar a su lado.

Sostiene que el tribunal ha construido la credibilidad del relato de la testigo sobre la base de circunstancias irrelevantes como la descripción de la vestimenta, sin considerar que éstas no definen la identidad de alguien.

Expresa que el tribunal justificó las inconsistencias de la testigo diciendo que «se sintió intimidada por la mirada del sujeto», pero lo cierto es que C. nunca explicó nada ante la fiscalía durante la investigación y tampoco lo hizo ante el tribunal porque no compareció al debate, es una testigo renuente.

Además, afirma que la a quo, al sostener que la testigo no señaló a M. en la primera declaración por miedo y que sí lo hizo en la segunda porque lo había superado, incurrió en una contradicción insalvable.

Ello, en tanto se mantenían las mismas condiciones intimidantes, por encontrarse M. en libertad y viviendo en el mismo barrio que C. –al tiempo de la primera declaración como al brindar la segunda–; y porque el mismo día del hecho la testigo continuó con su rutina, esperó el colectivo (en evidente situación de peligro e indefensión, según la tesis del tribunal) y se subió a ese medio de transporte para llegar al Hospital ... donde se dirigía cuando sintió el disparo, sin que el recurrente advierta en ello ningún signo de miedo o intimidación.

Agrega el recurrente que la verdadera razón por la que C. señaló a M. en su segunda declaración fue el «murmullo barrial» y la presión de los familiares de la víctima. Afirma que esas circunstancias se ven corroboradas por las declaraciones de la pareja de la víctima, D. R., y por los testigos S. S., M. y D. R., quienes manifestaron que en la marcha que se hizo pidiendo justicia por la víctima I. S. los vecinos mencionaron como autores del hecho a «El M.», «El C.» y «El C. G.»; y advierte que de tales manifestaciones surgiría que los familiares habrían llevado una investigación paralela.

Se agravia de que estos datos no fueron tenidos en cuenta en la fundamentación de la condena. Señala además que la testigo compareció en forma voluntaria a la Fiscalía para señalar a M. y que no fue citada porque no resultaba sugerente para la investigación oficial luego de la primera declaración –no aportó ni un solo dato de interés para la causa–, de lo que surge evidente, a su entender, que alguien la determinó a hacerlo o le pidió que lo hiciera.

Por otro lado, destaca que la a quo incurrió en contradicciones esenciales, puesto que aún cuando afirma que M. no se encontraba en el vehículo en el que se desplazaban los autores del homicidio con base en el

informe tecnológico (agregado a fs. 162 y ss.) y en la declaración del testigo O., sostuvo que «S. con este vehículo [...] estaba con M. S., al momento en que abordaron a I. S.».

Es decir que, a criterio del recurrente, el tribunal situó a M. en el lugar del hecho pero se apartó de sus propias conclusiones en lo relativo a las circunstancias de modo en las que habría ocurrido. Añade que si las personas que se desplazaban en el ... eran las mismas, conforme dijo el testigo O., no puede resultar creíble la segunda declaración de C. referida a que el día de los hechos, vio a dos sujetos masculinos desplazándose a pie y uno de ellos era M.. En ese orden, destaca que dos personas no pueden estar viajando en el vehículo y desplazándose a pie, al mismo tiempo. En función de ello, entiende que la decisión impugnada debe ser revocada y así lo solicita.

Formula reserva del caso federal.

4.- Dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador General expresa que corresponde rechazar sustancialmente los recursos de casación bajo estudio, en tanto el Tribunal contó con un cuadro probatorio e indiciario que fue cotejado y analizado en su conjunto, logrando la certeza requerida para condenar a los encartados y sin que se advierta ningún defecto en la motivación de la sentencia.

A su vez, considera que los recurrentes tienden anular elementos probatorios e indiciarios de cargo para establecer una duda acerca de la autoría de los imputados, por lo que sus planteos no pueden prosperar en esta instancia.

5.- La solución del caso

Voto. Dra. Day. Preopinante.

Adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se desarrollan, estimo que corresponde rechazar formal y sustancialmente el recurso de casación deducido por la defensa de M. D. M. S.; y, aún siendo admisible desde lo formal, también corresponde rechazar sustancialmente el recurso de casación interpuesto a favor de D. S. S. G., conforme se analizará en el apartado 5.2.

5.1.- Teniendo en cuenta la solución que propicio, corresponde en este punto brindar las razones por las cuales considero que la impugnación deducida por el abogado defensor de M. S. **resulta formalmente inadmisibile y sustancialmente improcedente.**

Desde el aspecto formal, se advierte que el letrado defensor no observó las pautas establecidas por este Tribunal respecto de los **plazos procesales** que deben observarse en la tramitación de los recursos deducidos en forma pauperis.

En efecto, conforme los lineamientos de la Corte Federal, este Cuerpo ha tomado posición en el **precedente «Domínguez Lucero»** (LA 303:89), sosteniendo que para computar el plazo de interposición de la impugnación debe tenerse en cuenta la «notificación personal al encausado de la decisión que acarrea firmeza de la condena, dado que la posibilidad de obtener un nuevo pronunciamiento judicial a través de los recursos procesales constituye una facultad del imputado y no una potestad del defensor» (CSJN Fallos 327:3802).

Y que, en los casos de impugnaciones sin patrocinio letrado, «debe considerarse que el plazo de quince días para asistir jurídicamente la presentación in pauperis, se debe computar **desde la notificación efectuada a la defensa**» (ver al respecto «Mancuello Valdivieso»).

Siguiendo esa línea de razonamiento, en el **precedente «Flores Olarte»** se señaló que «si bien el código de forma no regula los plazos procesales que deben observarse en relación a las presentaciones in pauperis, la interposición del recurso que ostenta ese carácter lo es sólo en relación al imputado, quien no cuenta con las conocimientos jurídicos necesarios para canalizar su voluntad conforme a las prescripciones legales, pero esta condición no es trasladable a su letrado defensor que sí los posee».

En virtud de ello, podemos concluir **que el acusado –sin asistencia letrada– dispondrá del plazo de quince días para manifestar su voluntad recursiva contados a partir de la notificación personal que se le efectúe de los fundamentos de la sentencia** recaída en el proceso seguido en su contra.

A su vez, la **defensa técnica tendrá un plazo de quince días para fundar en derecho** aquella impugnación in pauperis, contados a partir de la notificación que se le curse de tal manifestación.

Analizado el presente caso de acuerdo a los parámetros precedentes, resulta claro que la fundamentación del recurso de casación deducido por M. S. ha sido presentada en **forma extemporánea** y, en consecuencia, corresponde que no sea formalmente admitida en esta instancia.

Lo afirmado obedece a que, aún cuando el imputado manifestó su voluntad recursiva dentro del plazo legal para hacerlo –disponía hasta el 14/11/2019 con el plazo de gracia y lo hizo en fecha 05/11/2019 (ver fs. 1513)–, el titular de la Defensoría Oficial que lo asiste encausó jurídicamente aquella pretensión en un plazo mucho mayor a los quince días de los que disponía para hacerlo.

Ello, teniendo en cuenta que esa defensa técnica **tomó conocimiento en fecha 07/11/2019** que su defendido pretendía impugnar la sentencia condenatoria dictada en su contra –mediante la notificación obrante a fs. 1515– y presentó la pertinente fundamentación recién el día **30/12/2019** (conforme cargo de fs. 1546).

Lo que evidencia que el marco jurídico que debía darse a la voluntad recursiva del acusado fue formulado más de un mes y medio después de que el defensor fue notificado de ella. Lo expresado pone de resalto que el letrado que ejerce la defensa de M. S. no ha observado los recaudos de tiempo establecidos para encausar jurídicamente la pretensión recursiva de quien asiste, conforme los precedentes de este Tribunal antes referidos; lo que conduce al rechazo formal de su presentación como se anticipó y **evidencia que con su conducta ha puesto en riesgo la garantía de la defensa en juicio del acusado** (CSJN, Fallos 339:656).

Esa falencia en la asistencia letrada no puede ser soslayada y, en consecuencia, corresponde dar noticia de lo acontecido en las presentes actuaciones a la Sra. Defensora General, a los fines previstos en el **art. 12, inc. 1° y 2, ss y cc de la ley 8928**.

Sin perjuicio de ello, considero que la deficiencia técnica señalada no puede perjudicar al acusado por dos motivos: el primero de ellos obedece al derecho que posee todo imputado a obtener **una revisión amplia** de su condena, de acuerdo a lo sostenido por nuestro Cívero Tribunal en numerosos precedentes (**Fallos 337:1289; 335:2326 y 330:5187, entre otros**); y, el segundo, a que M. S. manifestó su pretensión de recurrir en casación dentro del plazo legal establecido para ello, conforme se explicó en párrafos anteriores. Las circunstancias referidas me persuaden que, no obstante la extemporaneidad de la presentación de la defensa técnica, corresponde ingresar al fondo de la cuestión planteada.

Así, en orden al aspecto sustancial, adelanto que también corresponde rechazar el recurso de casación deducido en favor de M. M. S.. Al respecto, cabe señalar que los agravios esbozados por su asesor letrado se relacionan con la fundamentación de la sentencia a la que considera contradictoria, arbitraria y aparente por basarse en la declaración de un testigo, que, en su opinión, no posee coherencia interna ni se condice con el resto de los elementos de prueba obrantes en autos.

Como se advierte, estos cuestionamientos resultan coincidentes con algunos de los desarrollados por la defensa de S. G., por lo que el análisis que propongo se efectuará en función de éstos últimos en el apartado que sigue.

5.2.- Tal como surge de la reseña efectuada en el punto 2.-, los cuestionamientos desarrollados en favor de S. G. se refieren a: a) la intervención de la querellante particular D. R., representada por el Dr.; b) la valoración probatoria efectuada por la a quo en relación a las declaraciones de D. R., de P. C., de R. O., de A. E., y de su defendido, como también la que se hizo en relación a las videofilmaciones incorporadas a la causa; y c) la acreditación de la conexidad subjetiva requerida por la calificación legal intimada a S. G.. En consecuencia, ése será el orden de tratamiento de su planteo recursivo. Veamos.

A.- Acerca de la intervención en el debate del representante de la querellante particular D. R.

En relación a este punto de agravio, el recurrente sostiene que el abogado que asistió a la pareja de la víctima, D. R., no debió intervenir durante la sustanciación del debate, producción de prueba y alegatos, por haber tenido el tribunal como desistida su pretensión en función de su inasistencia sin la debida justificación.

Al respecto debe señalarse que si bien es cierto que el tribunal de juicio tuvo por desistida la intervención de la querellante particular D. R., en razón de que su abogado patrocinante **no habría asistido a las audiencias de debate sin dar razones que justificaran su incomparencia**, también lo es que a los pocos minutos de que el tribunal emitiera esa resolución el Dr. M... se hizo presente en la sala de audiencia y verbalmente justificó su demora, conforme surge del acta de fs. 1473 y de las constancias audiovisuales (audiencia del día 03/10/2019, desde minuto 10:42).

Cabe señalar que, luego de que el letrado diera los motivos por los cuales no asistió en tiempo y forma, el tribunal admitió su presencia e intervención en el debate supeditándola a la posterior presentación del certificado que acredite sus dichos, sin que la defensa técnica de S. G. ni ninguna de las demás partes intervinientes formularan objeción alguna.

Y, de ese modo continuó el juicio oral y público, en el que el Dr. C.. no tomó parte activa en la producción de la prueba pertinente, sino que formuló alegatos y le fueron regulados sus honorarios profesionales en el dictado de la sentencia que aquí se impugna, sin que el abogado defensor que aquí se agravia se opusiera o efectuara alguna impugnación al respecto, lo que no puede interpretarse más que como su aceptación a la forma en que se desarrolló el proceso.

Ahora bien, aún cuando no se advierte que el tribunal de juicio efectivamente haya constatado la veracidad de las razones que dio el representante de D. R. para justificar su demora y que tampoco haya revocado la decisión de tenerlo por desistido, lo cierto es que su intervención fue consentida y, por ello, convalidada por todas las partes procesales, incluso por quien hoy recurre invocando esa defectuosa actuación procesal.

Asimismo, corresponde destacar que el recurrente no ha expresado de qué modo la intervención del Dr. C... habría lesionado el interés de la que parte que representa, más aún cuando la estrategia del referido profesional resultó similar a la desarrollada por la otra querellante particular – madre de la víctima– y por el acusador público, y resistida por los abogados defensores de los imputados mediante el contradictorio, lo que conduce al rechazo de su petición.

Frente a ello debe recordarse que nuestro sistema procesal **no admite la declaración de nulidad de los actos procesales por la nulidad misma**, sino sólo en cuanto se verifica la vulneración de alguno de los extremos expresamente previstos por la ley (art. 197 en relación a las nulidades relativas y 198 en cuanto a las absolutas) y se lesiona el interés de las partes.

Dicha exigencia tiene por finalidad evitar el establecimiento de nulidades puramente formales, haciendo lugar sólo a aquéllas que tengan idoneidad para corregir errores capaces de perjudicar realmente aquél interés, falencias de entidad que no se verifican en el caso sometido a estudio y conducen al rechazo del agravio bajo tratamiento.

B.- Sobre los cuestionamientos a la valoración probatoria

En relación a este punto de agravio, debe tenerse en cuenta que los impugnantes cuestionan la ponderación efectuada por el tribunal de juicio y la fundamentación de la sentencia mediante diversos argumentos, los que serán tratados a continuación.

B.i) Acerca del mérito probatorio atribuido a la declaración de A. P. C.

Los recurrentes sostienen que la sentencia condenatoria se funda esencialmente en las declaraciones que esta testigo emitió durante la investigación penal preparatoria, pero que las mismas no pueden ser tenidas como creíbles, en tanto no son coherentes entre ellas y tampoco encuentran sustento en el resto del material probatorio incorporado a la causa.

Así, señalan que en la primera declaración C. dijo no haber reconocido al sujeto que vio correr con la mochila –que coincide por sus características con la de la víctima– porque llevaba una capucha puesta, mientras que en la segunda lo identificó como M. y expresó que es su vecino y lo conocía del barrio, lo que sugiere que alguien la determinó a cambiar el sentido de su declaración o le pidió que lo hiciera. Que siempre dijo no haber visto el auto utilizado para cometer el hecho investigado y, sin embargo, en la primera oportunidad que declaró dijo que el vehículo salió por Ruta ... hacia el este y en la segunda, expresó que lo hizo por calle También destacan que, a pesar de haber dicho que no vio otro auto, manifestó que M. la miró, siguió caminando y cuando vio que un auto – distinto al utilizado en el hecho– venía de frente cruzó la calle.

Al respecto, corresponde expresar que los cuestionamientos reseñados precedentemente deben ser rechazados en esta instancia, en tanto las supuestas contradicciones e inconsistencias en el elemento de prueba bajo análisis han sido debidamente tratadas por el tribunal del juicio y no poseen la entidad que le adjudican los recurrentes.

En efecto, el sentenciante afirmó que el relato de C. fue sincero en cuanto a los hechos que ella presenció en virtud de que «en ambas declaraciones (fs. 3 y fs. 86) describió en forma coincidente lo percibido por sus sentidos las características fisonómicas y de vestimenta del sujeto»; porque «dijo que conoce a M. S. ya que ambos viven en el mismo 503stánd»; y porque «desde que efectuó el llamado al 911 para dar aviso de los sucedido, dijo que el chico la “intimidó con la mirada” (fs. 67)».

Estas circunstancias llevaron al tribunal a entender como razonable que «frente al grave suceso que acaba[ba] de percibir [la testigo] y la forma en que la miró esta persona, que a su vez la conoce desde antes, no mencione su identidad, y lo haga luego de varios días, habiendo reflexionado sobre lo presenciado y sabiendo quien era la persona y en qué circunstancias había fallecido» (fundamentos, fs. 1501 vta.).

Como se advierte, el a quo no ha soslayado las diferencias existentes entre la primera y segunda declaración de A. P. C., pero –en sentido contrario a lo sostenido por la defensa de los imputados– consideró que existían buenas razones para que, en un primer momento de la investigación, la testigo no haya individualizado a una persona que ya conocía –M. S.– y, luego de pasados unos días, haya tomado la decisión de colaborar con la investigación identificándolo como uno de los intervinientes en el hecho, razonamiento del que no se deriva ninguna arbitrariedad.

Según entiendo las inconsistencias señaladas por los recurrentes en cuanto a si la testigo vio o no el auto que intervino en el delito, si mencionó uno o dos vehículos circulando cuando vio caer a la víctima y al sujeto que portaba la mochila, si lo que escuchó fue un tiro o el ruido del caño de escape del auto, no poseen la dirimencia necesaria para cambiar la solución adoptada por el a quo y pierden entidad si se considera el contexto de violencia y peligro en que la testigo percibió los hechos que relató. Es que, si bien la estrategia defensiva se ha centrado en desacreditar la credibilidad del testimonio de C. en función de esas supuestas contradicciones, ambas declaraciones resultan coincidentes en lo nuclear: la huída de la víctima, el cómo y cuando ésta cae herida de muerte, la huída de uno de los autores del hecho con parte de la res furtiva, la descripción exacta de la vestimenta de este último y la mención del sonido de un vehículo circulando en las inmediaciones del lugar.

Y, aún cuando es verdad que existe una divergencia fundamental entre las dos manifestaciones de la testigo – esto es la individualización de M. S.–, el tribunal de juicio dio fundadas razones de los motivos que llevaron a C. a evitar mencionarlo en un primer momento y hacerlo de manera espontánea en una segunda declaración.

Asimismo, no puede dejar de señalarse que la circunstancia de que la testigo no haya mencionado a M. al llamar al 911 –de acuerdo al informe agregado a fs. 67/73– tampoco le quita credibilidad a sus declaraciones, en virtud del carácter que un llamado a esa línea telefónica posee.

En otras palabras, la urgencia que ese tipo de llamadas implica deriva en que en ellas se requieran y se suministren los datos indispensables para la asistencia del caso y no resultan, en sí mismas, más que el punto de partida para una investigación, tal como ha ocurrido en autos.

Es por ello que pretender que en esa oportunidad la testigo haya aportado la identidad del supuesto autor excede la finalidad de aquella comunicación y también el grado de exactitud en la información que se le puede requerir a quien se comunica para solicitar asistencia.

No obstante, del informe aludido surge un dato que no ha sido soslayado por el a quo y que da sustento a la primigenia omisión de señalamiento de M. S. por parte de la testigo. Esto es que la testigo no pudo observar con más detalles al individuo que portaba la mochila, «YA Q EL SUJETO LA HABRÍA INTIMIDADO CON LA MIRADA» (constancia de fs. 68).

No pasa inadvertido que esta justificación también es cuestionada por la defensa de M. S., expresando que el sentenciante se contradice, puesto que del modo en que actuó la testigo con posterioridad al hecho

ni de su primera declaración surge que haya sentido ningún temor; y que, de ser así, las mismas condiciones intimidantes se mantuvieron cuando C. prestó la segunda declaración porque M. se encontraba en libertad.

Sin embargo, omite el recurrente considerar que la testigo, cuando llamó al 911, fue clara al decir que se sintió intimidada por aquella persona –conforme se consignó en el párrafo anterior– y que, aún cuando las condiciones de intimidación se hayan mantenido cuando aportó su segunda declaración, no existe ninguna razón para que las personas deban actuar de igual modo, en todos los momentos, frente a las mismas circunstancias.

En otras palabras, el razonamiento del impugnante no conduce sin más a la conclusión que postula –que la testigo debió seguir ocultando la identidad de M. porque este le seguía produciendo temor, conforme su argumentación– y, por ello, no resulta suficiente para desvirtuar el razonamiento del tribunal de juicio. Las consideraciones vertidas conducen al rechazo del agravio dirigido contra la declaración testimonial de A. P. C..

b.ii) Sobre la valoración de las declaraciones testimoniales de D R, R O, A E y el descargo de D S G.

En relación a la declaración de D. R., pareja de la víctima, la defensa de S. G. sostiene que el a quo omitió mencionar que la testigo dijo creer que la explosión que escuchó era el escape de un auto y no de un tiro. Si bien es cierto que el tribunal no mencionó en los fundamentos de la sentencia el detalle aludido, no advierte ni explica el recurrente de qué modo esa variante podría influir en la decisión cuestionada.

Es que no puede pasarse por alto que más allá de lo que haya escuchado la testigo o creído escuchar, efectivamente se produjo un disparo de arma de fuego que hirió a la víctima y derivó en su fallecimiento. En otras palabras, considero que el recurrente pretende restar validez al fallo que impugna, denunciando supuestas falencias y omisiones en la argumentación del sentenciante que no poseen la entidad ni dirimencia para lograr los efectos pretendidos.

Con respecto a lo manifestado por R. O., el recurrente hace hincapié en que el testigo dijo conocer a M. S. y no lo ubicó en el vehículo que intervino en el hecho –según tuvo por acreditado el sentenciante–, lo que resulta coincidente con las videofilmaciones de la estación de servicio. En función de ello, sostiene que M. S. no se trasladó en el automóvil como sostuvo el Ministerio Público Fiscal y que quien acompañaba a S. G. era G. y no M..

De igual modo, se refiere a las declaraciones de A. E. y del imputado S. G., en cuanto a que la única persona que pudo manipular el celular de S. y el chip de la víctima, y acompañar a ese imputado la noche de los hechos es D. G.. Como se advierte, el presente agravio deducido específicamente por la defensa técnica de D. S. G. se dirige a situar en el escenario de los hechos a D. G. R., cuestionando de ese modo su absolución.

Sin embargo, y aún cuando no resulte comprensible tal estrategia defensiva, ese planteo no puede ser objeto de análisis en la presente instancia.

En efecto, la intervención de este Cuerpo se encuentra limitada a examinar el fallo recurrido tan sólo en lo que concierne a las sentencias condenatorias de D. S. G. y de M. M. S., puesto que son las únicas que han sido cuestionadas y, por ello, no han adquirido firmeza.

Todo lo contrario ocurre respecto de la absolución dictada en favor de G. R., la que no ha sido cuestionada por las partes que tenían la facultad para hacerlo y que, en función de ello, ha adquirido carácter de cosa juzgada material.

En virtud de ello, y teniendo en cuenta que la crítica que se formula en torno a la valoración de estas declaraciones no resulta conducente para conmover la solución condenatoria, el presente agravio debe ser descartado sin mayores consideraciones.

En lo que concierne al descargo de D. S. G., su defensa técnica se agravia por entender que la a quo lo ha descartado por no resultar coherente con la declaración de A. P. C., aún cuando entiende que lo declarado por el primero encuentre respaldo en las videofilmaciones y en lo relatado por M. y D. R. y lo manifestado por C. no resulte creíble.

Sin embargo, de la lectura de los fundamentos bajo análisis surge claro que la declaración de S. G. no fue tenido por creíble no sólo por su confrontación con los dichos de C. sino también porque no resultaba verosímil su versión.

Así, el sentenciante sostuvo que no resultaba creíble que G. hubiera salido corriendo con la mochila de la víctima, puesto que quien la portaba fue M. S. – conforme sostuvo A. P. C.–; porque «resulta poco probable que ante la amenaza de G. mientras sostenía un arma de fuego y apuntándolo [...] para que arranque, haya logrado accionar el arranque con tanta rapidez y sin ayuda de nadie» cuando tuvieron que empujar el automóvil para que arrancara en la estación de servicio, debido al desperfecto técnico que tenía –de acuerdo a lo relatado por R. O.–; porque «no resulta verosímil que S. G. no haya escuchado el potente ruido causado por el disparo del arma»; y toda vez que tampoco puede ser tenido como creíble que, luego de lo ocurrido, S. G. haya entrado «a su casa y se acostara hasta la hora en que saliera a trabajar “normalmente”, como manifestó» (fundamentos, fs. 1504 y vta.).

En otras palabras, el a quo descartó la versión del imputado luego de cotejarlas con el resto de los elementos de prueba incorporadas a la causa y después de confrontarla con circunstancias tenidas por probadas, lo que refleja una adecuada tarea valorativa que nada tiene de arbitraria. En función de tales argumentos, los planteos aquí analizados también deben ser rechazados.

B.iii) Respecto de las videofilmaciones y fotogramas incorporados a la causa

El asesor letrado de S. G. plantea que aún de estos elementos de prueba surge que el vehículo de su defendido circuló por la zona cuando se produjo el hecho, no puede afirmarse se haya encontrado en el lugar exacto del ilícito y tampoco que fuera el único automóvil que pasó por allí, conforme indican las cámaras de videofilmación y mencionaron los testigos A. P. C. y C. M..

Asimismo, señala que si el auto de su defendido hubiese sido el vehículo que mencionó C. lo hubiese captado la cámara de la panadería, lo que no ocurrió; que no es adecuada la relevancia que el sentenciante le atribuye a los horarios de las videofilmaciones obtenidas de las cámaras ubicadas en la estación de servicio, en el pet shop y en la distribuidora, puesto que no se encontraban sincronizadas; y que a partir de ellas tampoco puede determinarse la velocidad de circulación de los autos que captaron porque no todas las filmaciones son de la misma fidelidad.

Al respecto, corresponde destacar que, aún cuando no pueda determinarse que el ... que conducía S. G. haya estado en el lugar exacto en que se produjo el hecho, que haya sido el único vehículo que pasó por la zona y tampoco la velocidad a la que circulaba el automóvil, sí puede afirmarse con certeza que el

vehículo del imputado fue captado por las tres cámaras de videofilmación aludidas en las proximidades del lugar del hecho, el horario exacto en que el automóvil pasó frente a ellas –informes de la División Delitos Tecnológicos agregados a fs. 164/169 y 193–; que su descripción coincide con lo declarado por los testigos en cuanto a que es un auto «viejo» como el que emitió el sonido de escape que todos percibieron; que el propio S. G. admitió haberlo conducido dos veces por los alrededores para cargar combustible en la estación de servicio de la zona; y que el imputado no pudo dar razones plausibles de por qué el chip del celular de la víctima se encontraba en su poder y por qué a través de él se hicieron llamadas y se recibieron otras entre las 5:54 y las 7:29 horas posteriores al desapoderamiento y muerte de la víctima.

Estas circunstancias han sido analizadas de forma minuciosa e integral por el tribunal de juicio, el que concluyó acertadamente que «no es óbice el hecho de que no existan testigos directos o presenciales para tener por acreditados los hechos que motivaron el proceso» y que es «jurídicamente viable una condena contando con indicios, siempre que se logre el 507 estándar de certeza exigido por la ley ritual como ha ocurrido en este caso» (fundamentos, fs. 1504 vta.).

En función de ello, entiendo que este cuestionamiento tampoco puede ser atendido en esta instancia.

b.iv) Fundamentación arbitraria, aparente y/o autocontradictoria

En relación a este planteo la defensa de M. S. sostiene que el a quo omitió considerar que el señalamiento que hizo C. obedeció al «murmullo barrial», surgido en la marcha pidiendo justicia por la víctima y en virtud del cual se habrían individualizado a «El ..», «El ...» y «El ... G...» como los autores del hecho.

Se agravia también por considerar contradictorio el razonamiento del sentenciante al expresar, con fundamento en el informe de delitos tecnológicos y en la declaración de R. O., que M. S. no se encontraba en el automóvil de S. y luego, a fs. 1503, sostener que S. con su vehículo estaba con M. S. al momento en que abordaron a I. S..

Sin perjuicio del esfuerzo argumentativo desarrollado por la defensa de M. M. S., no advierto en la fundamentación de la sentencia condenatoria ninguno de las falencias que señala. Así, entiendo que el tribunal de juicio sí tuvo en cuenta que entre los vecinos de la zona se había instalado el rumor de quiénes podrían ser los autores del hecho investigado y así lo expresa al consignar los dichos del testigo D. R. G. – fundamentos, fs. 1500 vta.– y al analizar los motivos que lo llevaron a dictar la absolución de D. G. R. – fundamentos, fs. 1508–.

Sin embargo, advierto que la circunstancia no posee la relevancia que le atribuye el recurrente y tampoco surge de las constancias de la causa que ése haya sido el motivo que determinó a C. a señalar a M. en su segunda declaración.

En tal sentido, no puede soslayarse que el sentenciante dio fundadas y suficientes razones de por qué consideró creíble la declaración a A. P. C. en cuanto al relato de la parte de los hechos que presencié y de su señalamiento a M. S. como uno de sus autores; y, siendo así, no advierto la dirimencia de profundizar en el análisis del «murmullo barrial» que también lo sindicó como uno de sus responsables frente a la contundencia de la declaración de la testigo aludida.

Si bien el razonamiento del tribunal puede no ser compartido por el recurrente, en virtud del rol procesal que ejerce, no se verifica ninguna arbitrariedad en tal proceder que conduzca a su descalificación. Por otro lado, tampoco considero que los argumentos del a quo resulten contradictorios.

Ello, en tanto el propio sentenciante aclara que aún cuando «M. S. no viajaba en el interior del ... dominio ... en las dos ocasiones que pasaron por la bomba de nafta de Fray Luis Beltrán», esa circunstancia «de ningún modo permite desvirtuar la conclusión arribada en cuanto a su intervención en el hecho» (fundamentos, fs. 1502).

En otras palabras, no resulta incompatible que el sentenciante haya afirmado, por un lado, que M. S. participó en el hecho –basándose en que se encontraba en el preciso momento y lugar, y portaba parte de la res furtiva– y, por otro, que no se haya trasladó en el automóvil de S. G., ello toda vez que pudo haber llegado al escenario de los hechos por otros medios –fuera del vehículo del coimputado– del mismo modo en que huyó de él, conforme se acreditó en autos.

Por ello, no verificándose los defectos denunciados y advirtiéndose una adecuada e integral tarea de valoración, los agravios fundados en la ponderación de los elementos de prueba incorporados como en la fundamentación de la sentencia deben ser rechazados en esta instancia.

C.- Acerca de la acreditación de la conexidad subjetiva requerida por la figura legal intimada

La defensa de D. S. G. considera que no se ha acreditado la vinculación entre robo y el homicidio para lograr la impunidad.

Y, en función de ello, solicita se aplique la figura prevista en el art. 165 del CP y se atribuya a su defendido la calidad de partícipe secundario, puesto que la utilización del vehículo no fue fundamental en el hecho y él no sabía lo que iba a pasar.

En relación a este planteo deben formularse dos consideraciones. La primera de ellas es que el tribunal de juicio ha dado suficientes razones para tener por acreditada la conexidad subjetiva exigida por la figura penal prevista en el art. 80, inc. 7 del CP, por la que fueron condenados M. M. S. y D. S. G..

Así, el sentenciante entendió que, conforme a los elementos de prueba analizados, «la cercanía existente entre el domicilio de la víctima con el bar “el Guri” que frecuentaba Murúa, y [...] siendo conocido en el barrio por cometer ilícitos, es el motivo por el cual Solorza fue herido de muerte cuando intentaba huir de sus asaltantes, situación impedida por el rápido accionar de quien disparó el arma de fuego, ya que lo hizo a una distancia aproximada de cuatro o cinco metros [conforme necropsia a fs. 369 vta.]» (fundamentos, fs. 1509 vta.).

Es decir que, contrariamente a lo sostenido por el recurrente, sí se encuentra probado que la víctima conocía a M. S. al menos, por ser asiduo concurrente a un bar vecino al domicilio de la víctima; y también se encuentra acreditada la distancia del disparo –conforme explicó el a quo–, circunstancias de las que el sentenciante derivó la conexión subjetiva que aquí se cuestiona.

Tampoco puede ser convalidado el argumento defensivo consistente en que el disparo no tuvo nada que ver con el robo debido a que «no fue a quemarropa ni en la cabeza», toda vez que la víctima efectivamente recibió un disparo en «región escapular izquierda» (necropsia, fs. 367 vta.), es decir en su espalda, sin que se advierta una razón distinta a la vertida por el a quo para justificarlo.

La segunda circunstancia a tener en cuenta es que tampoco le asiste razón a la defensa de S. G. al postular que su participación en los hechos es secundaria por no saber lo que iba a pasar.

Ello, en tanto el tribunal de juicio, luego de confrontar el descargo del imputado con el elenco probatorio incorporado a la causa, dio fundadas razones para descreer de su versión y para tener por cierto que tanto

él como M. S. intervinieron –aun cuando no se ha podido determinar con exactitud el modo– en el abordaje a I. S. para sustraerle la mochila y el teléfono celular; y luego, mientras intentaba huir, dispararle a una distancia de cuatro o cinco metros por la espalda, lo que ocasionó su muerte.

En otras palabras, el a quo consideró que la hipótesis defensiva consistente en que S. G. llevó a M. S. y a G. R. hasta el sitio en que se produjeron los hechos y que, luego de acontecidos, G. volvió y le exigió que lo saque del lugar resultó «mendaz, o inverosímil en el mejor de los casos», luego de ser analizada de modo integral con la sumatoria de indicios de cargo obrantes en la causa (fundamentos, fs. 1504).

En función de ello, resulta claro el sentenciante ha calificado adecuadamente los hechos atribuidos a los imputados basándose en los extremos fácticos acreditados y que las pretensiones del recurrente carecen de sustento probatorio, por lo que no pueden prosperar en esta instancia.

En definitiva, en el caso sometido a estudio se advierte una adecuada ponderación de los elementos de prueba incorporados y una suficiente motivación de la solución cuestionada, por lo que los planteos deducidos por las defensa técnicas de M. D. M. S. y D. S. G. deben ser rechazados.

Por todo lo expuesto, corresponde dar repuesta negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto. Dr. Gómez y Dr. Llorente. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JULIO R. GÓMEZ Y PEDRO J. LLORENTE adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, LA DRA. M. TERESA DAY, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JULIO R. GÓMEZ Y PEDRO J. LLORENTE adhieren al voto que antecede.

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

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

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar formal y sustancialmente el recurso de casación encausado jurídicamente a fs. 1545/1562 por la defensa de M. D. M. S. (art. 461 del CPP).
- 2.- Rechazar sustancialmente el recurso de casación interpuesto a fs. 1516/1541 vta. De estos obrados por la defensa de D. S. G. y, en consecuencia, confirmar la Sentencia N° 937, dictada por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de esta Primera Circunscripción Judicial.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal.
- 4.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.

5.- Poner en conocimiento de la señora Defensora General la conducta desplegada por el Defensor Oficial actuante en estos obrados, con copia de la presente.

6.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos. Regístrese. Notifíquese. Cúmplase. DRA. M. TERESA DAY Ministro DR. JULIO R. GOMEZ Ministro DR. PEDRO J. LLORENTE Ministro

39- IBAÑEZ BENAVIDEZ y ot.. 30-12-20. (JJ)

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201230_Plenario%20Ibanez.pdf

Lex: Art. 80 del CP. Art. 6, 31. 75 inc. 22, 116 de la CN. Art. 7, 148, 157 de la Constitución de Mendoza. Estatuto de Roma (adoptado por ley 25390- B.O. 23-01-01, e implementada por ley 26200-B.O. 5-01-07). Ley 27375. Art. 56 bis de la ley 24660.

Vox: Homicidio agravado. **Constitucionalidad de la pena de prisión perpetua.** Plenario. Audiencia pública. Separación de poderes. Principio de legalidad. Principio de igualdad. Principio de progresividad. Mandato resocializador de la pena. Legitimidad de la pena. Teorías absolutas o relativas. Teorías retributivas. Teorías utilitarias. Teorías de la prevención general o especial.

Summa:

En los autos CUIJ n° 13-04876364-7/1 caratulados «F. c/ Ibañez Benavídez, Yamila M. y Ortiz Rosales, Maximiliano E. p/ Homicidio agravado» (fs. 702); en los autos CUIJ 13-04879377-5/1 caratulados «F. c/ Tizza, Antonio Sebastián y González Zárate, Celeste Yanina p/ homicidio agravado» (fs. 1190) y en los autos CUIJ 13-04876349-3/1 caratulados «F. c/ Gutiérrez, Mariano Alan N., Yáñez Astorga, José Rafael y Yáñez Astorga, Abel Augusto p/ homicidio agravado» (fs. 1488), el señor Procurador General solicitó la resolución de los planteos relativos a la **constitucionalidad de la prisión perpetua** por parte del Tribunal en un «pronunciamiento pleno-plenario».

El Presidente de la Sala Segunda, Dr. Omar A. **Palermo**, hizo lugar a la petición y convocó a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia para expedirse, en fallo plenario, sobre la constitucionalidad de la pena de prisión perpetua.

La **SCJM** en **acuerdo plenario**, resolvió “**La pena de prisión perpetua** prevista en el Código Penal argentino **es constitucional...**”.

Resolución cuestionada: Veredicto culpable, Sentencia.

Precedentes citados

a-SCJM

- Ortiz Morel. 11-06-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180611_FcOMS.pdf

b-CSJN: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/fallos/consulta.html>

- Álvarez.
- Malenky. Fallos, 264:364.
- Bonfante. Fallos, 288:325.
- Philco Argentina SA. Fallos, 306:1597.
- Cine Callao. Fallos, 247:121.
- Trentini. Fallos, 220:1458.
- Bignone. Fallos, 306:655
- Pénisse. Fallos, 209:200

- Bignone. Fallos, 306:655
- Freito García. Fallos, 299:45
- Vega. Fallos, 311:1565.
- AFIP. Fallos, 324:3345
- Veliz, Linda Cristina .15-06-10.

c-CIDH

- Mendoza y otros vs. Argentina.14-05-13.
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_260_esp.pdf
- Fermín Ramírez Vs. Guatemala. 20-06-05:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_126_esp.pdf
- Martínez Colorado Vs. Guatemala.
- Valenzuela Ávila Vs. Guatemala. 11-11-19:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_386_esp.pdf
- Rodríguez Revolorio Vs. Guatemala. 14-10-19:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_387_esp.pdf
- Jenkins Vs. Argentina. 26-11-19.
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_397_esp.pdf
- Flor Freire Vs. Ecuador. 31-08-16.
https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=418&lang=es
- Suarez Rosero Vs. Ecuador. 12-11-97
https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=315
- Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay. 02-09-04.
https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=221

d-TEDH

- T.P. y A.T. vs. Hungría. 04-08-16.

El 20 de mayo de 2014 el Tribunal Europeo se pronunció en el caso “László Magyar” contra el Estado de Hungría respecto de la posibilidad de que personas condenadas a prisión perpetua accedan a una revisión de sus sentencias. A partir de esa resolución, se sancionó en ese país una nueva legislación. Esta normativa introdujo un mecanismo de revisión automática de la prisión perpetua después de cuarenta años de cumplimiento de pena (“clemency”). Los peticionarios del presente caso, TP y AT, se encontraban detenidos desde 2006 y 2010 respectivamente; ambos fueron condenados a prisión perpetua por el delito de homicidio.

- Hutchinson

Doctrina citada.

AGAMBEN, Giorgio; “Medios sin fin. Notas sobre la política; Adriana Hidalgo Editora; Ciudad Autónoma de Buenos Aires; 2017; p. 9.

ALBERDI, Juan Bautista; “Derecho público provincial argentino”; Editorial Ciudad Argentina; Buenos Aires; 1998; p. 80.

ATIENZA, Curso de argumentación jurídica, Madrid, 2013, p. 680; Ya antes, en el mismo sentido, Nino, Fundamentos de derecho constitucional: análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica

constitucional, Buenos Aires, 1992, p. 682, quien sostiene que «los jueces no están elegidos directamente por el pueblo ni responden de sus decisiones ante él, a través del debate colectivo. A lo sumo son designados por autoridades democráticas, pero su legitimidad es indirecta».

BACIGALUPO, Enrique; “Principio de Culpabilidad, carácter de autor y Poena Naturalies en el derecho penal actual”; en “DERECHO PENAL Y EL ESTADO DE DERECHO”; Editorial Jurídica de Chile; Santiago-Chile; 2005; p. 145.

BIANCHI, Alberto B.; “La separación de poderes: un estudio desde el derecho comparado”; Ed. Cathedra Jurídica; Ciudad Autónoma de Buenos Aires; 2019; p. 399.

FERRAJOLI, Luigi, “Escritos sobre derecho penal”; Volumen 1; Ed. Hammurabi; Buenos Aires; 2014; p. 115.

FERRAJOLI, Luigi; “Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia”; Volumen 1 Teoría del derecho; Editorial Trotta; Madrid; 2011; p. 817.

FERRAJOLI, Luigi, “Derecho y razón. Teoría del garantismo penal”, Ed. Trotta, Madrid, 1995, Prólogo, p. 11.

FONTÁN BALESTRA, Carlos, “Derecho Penal. Introducción y Parte General”, décimo sexta edición, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, pág. 81

GONZALEZ CALDERON, Juan A.; “Curso de Derecho Constitucional”; Editorial Depalma; 6a edición, reimpresión; Buenos Aires; 1984; p. 520

RIGHI, Esteban, “Derecho penal, parte general”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, págs. 48.

ROXIN, Claus, Derecho Penal, Parte General, T-I, Ed. Civitas, 2da. edición, pág. 97

ROSLER, Andrés; “La ley es la ley”; Katz Editores; 2019; p. 16/17.

SARMIENTO, Domingo Faustino “Comentarios de la Constitución de la Confederación Argentina” en “El Pensamiento político hispanoamericano”; Editorial Depalma; Buenos Aires; 1964; p. 410.

SOLER, Sebastián, “Las palabras de la ley”, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1969, pág. 190

Precedentes relacionados

- Ibáñez Benavidez y ot.. 08-01-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210108_ibanez.pdf

SCJM. Plenario. Orden de votación: primero Dr. GARAY CUELI; segundo, Dr. PALERMO; tercero, Dr. R. GÓMEZ; cuarto, Dr. VALERIO; quinto, Dr. LLORENTE; sexto, Dr. ADARO; y, séptima, Dra. DAY.

Fallo:

CUIJ: 13-05365349-3/1((018601-159312)) INCIDENTE EN AUTO FC/ IBAÑEZ BENAVIDEZ YAMILA M. Y ORTIZ ROSALES MAXIMILIANO E. P/ HOMICIDIOS CALIFICADOS (159312) P/ PLENARIO *105537663*

En Mendoza, a los treinta días del mes de diciembre del año dos mil veinte, reunida la Suprema Corte de Justicia en acuerdo plenario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa CUIJ n° 13-05365349-3 caratulada "INC. EN AUTOS F. C/ IBÁÑEZ BENAVIDEZ, YAMILA M. Y ORTIZ ROSALES MAXIMILIANO E. P/ HOMICIDIOS CALIFICADOS P/ PLENARIO".

En los autos CUIJ n° 13-04876364-7/1 caratulados «F. c/ Ibáñez Benavídez, Yamila M. y Ortiz Rosales, Maximiliano E. p/ Homicidio agravado» (fs. 702); en los autos CUIJ 13-04879377-5/1 caratulados «F. c/ Tizza, Antonio Sebastián y González Zárate, Celeste Yanina p/ homicidio agravado» (fs. 1190) y en los autos CUIJ 13-04876349-3/1 caratulados «F. c/ Gutiérrez, Mariano Alan N., Yáñez Astorga, José Rafael y Yáñez Astorga, Abel Augusto p/ homicidio agravado» (fs. 1488), el señor Procurador General solicitó la resolución de los planteos relativos a la **constitucionalidad de la prisión perpetua** por parte del Tribunal en un «pronunciamiento pleno-plenario».

El Presidente de la Sala Segunda, Dr. Omar A. **Palermo**, hizo lugar a la petición y convocó a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia para expedirse, en fallo plenario, sobre la constitucionalidad de la pena de prisión perpetua.

De conformidad con lo determinado en la convocatoria a plenario quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, Dr. DALMIRO GARAY CUELI; segundo, Dr. OMAR A. PALERMO; tercero, Dr. JULIO R. GÓMEZ; cuarto, Dr. JOSÉ V. VALERIO; quinto, Dr. PEDRO J. LLORENTE; sexto, Dr. MARIO D. ADARO; y, séptima, Dra. MARÍA TERESA DAY.

Por su parte, este Tribunal se encuentra convocado a responder a las siguientes cuestiones:

PRIMERA CUESTIÓN: ¿Es inconstitucional la pena de prisión perpetua prevista en el Código Penal argentino?

SEGUNDA CUESTIÓN: En caso afirmativo, ¿qué escala penal corresponde aplicar?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, LOS DRES. DALMIRO GARAY CUELI, JOSÉ V. VALERIO, PEDRO J. LLORENTE Y MARÍA TERESA DAY DIJERON:

Puestos a resolver la primera cuestión convocada a plenario corresponde adelantar que se impone la respuesta negativa.

La pena de prisión perpetua prevista en el Código Penal argentino no resulta inconciliable con la Constitución Nacional, ni tampoco vulnera las disposiciones de los tratados internacionales de derechos humanos que la República Argentina ha suscripto y que tienen jerarquía constitucional (arts. 31 y 75 inc. 22).

Ello, en base a las consideraciones que se efectúan a continuación.

A fin de abordar los diversos argumentos que sostienen la posición asumida y adelantada en el párrafo precedente, consideramos apropiado estructurar su exposición de acuerdo con el siguiente orden.

En primer lugar, se realizarán algunas consideraciones de carácter introductorio que estimamos relevantes sobre la cuestión.

En segundo orden, al avocarnos al tratamiento de los diferentes motivos que frecuentemente son expuestos para cuestionar la constitucionalidad de la prisión perpetua, daremos cuenta de nuestra posición.

Finalmente, y en función de las consideraciones anteriores, señalaremos las conclusiones Sin perjuicio de lo reseñado precedentemente, no podemos pasar por alto que el procedimiento por el que llegamos a la presente decisión atravesó la realización de una audiencia de carácter público, en la que intervinimos todos los miembros de este Tribunal.

Estimamos que la relevancia de su realización resulta incuestionable, desde que habilitó la posibilidad cierta, directa y efectiva de escuchar múltiples opiniones y posiciones respecto de la temática en cuestión, las que fueron canalizadas mediante exposiciones orales efectuadas por ciudadanos y ciudadanas con enfoques sociales de naturaleza esencialmente heterogénea.

Muestra de ello es que la participación de sujetos pertenecientes a ámbitos esencialmente diversos, quienes aportaron argumentos de carácter técnico o de filosofía de vida, a favor y en contra de la constitucionalidad de la prisión perpetua.

La riqueza de esa expresión comunicativa es evidente, sin advertimos que ese ámbito de expresión le permitió a la ciudadanía en general expresarse libremente al respecto.

En este último aspecto, cabe resaltar que significó un espacio de visibilización de las víctimas de hechos delictivos en general, pues si bien en los últimos años han tenido una notable y positiva incidencia en el ámbito de los delitos de lesa humanidad, motivando ciertamente los procesos judiciales realizados dentro del mismo, ese rol también es asumido por otras víctimas como, por ejemplo, las que resultan de delitos cometidos dentro de un contexto de violencia de género.

En este último sentido deben destacarse las **leyes 8869 y 8971** de nuestra provincia, que establecieron una clara política judicial de oralidad y derecho a intervenir a la víctima; en la primera, para la audiencia de trámite del pedido de prisión preventiva, se la debe citar y en la segunda, para los incidentes de ejecución penal, se les debe notificar su realización.

Por estas razones, más allá de su naturaleza como acto procesal, aquella audiencia pública importó un gran acontecimiento republicano siguiendo la regla constitucional que establece la publicidad de todos los procedimientos ante los tribunales de la provincia serán públicos -art. 146 de la Constitución de la provincia de Mendoza-, asegurando la visibilidad, cognoscibilidad, accesibilidad y por lo tanto controlabilidad, porque «[e]l medio de impedir que los delegatarios de la soberanía abusen de su ejercicio en daño del pueblo a quien pertenece, es la publicidad de todos los actos que lo constituyen», «[l]a publicidad es la garantía de las garantías», «[e]l pueblo debe ser testigo del modo como ejercen sus mandatarios la soberanía delegada por él» (**ALBERDI, Juan Bautista; “Derecho público provincial argentino”; Editorial Ciudad Argentina; Buenos Aires; 1998; p. 80**) y democrático por la posibilidad cierta de participación directa de los habitantes ejerciendo el derecho constitucional de peticionar ante todas y cada una de las autoridades -art. 10 de la Constitución de la provincia de Mendoza-, para este Poder Judicial que lo acercó provechosamente a la realidad social, permitiéndonos la posibilidad que, en tanto integrantes del Máximo Tribunal de Justicia de la Provincia, podamos visibilizar no sólo los aspectos dogmáticos y jurídicos que aparecen involucrados en la cuestión a debatir, sino también, las necesidades,

demandas, preferencias y conceptos de vida de diversos y variados sectores de la sociedad, con el aporte de visiones sobre el contexto en el que impactará la decisión que aquí hemos de adoptar.

No está demás mencionar que muchos de los argumentos y posiciones allí expuestos -como se verá- han sido especialmente considerados en la exposición que aquí se realiza. Ello con la finalidad de hacer realidad aquella idea según la cual «[e]l pueblo debe ser testigo del modo como los tribunales desempeñan su mandato de interpretación y aplicación de las leyes; debe constarle ocularmente si la justicia es una palabra, o es una verdad de hecho. Para ello debe ser administrada públicamente, y las sentencias deben expresar sus motivos» (ALBERDI, Juan Bautista; ob. cit.; p. 81).

a.- Consideraciones preliminares

1.- Los integrantes de este Tribunal hemos sido convocados a emitir un pronunciamiento plenario llamado a dar respuesta a un interrogante con carácter de doctrina obligatoria en los términos del art. 7 de la Ley 4969.

Por ello, resulta necesario circunscribir la materia sobre la cual existe el deber de pronunciarnos puesto que, al definir la competencia para el ejercicio de la jurisdicción, paralelamente nos circunscribe los márgenes analíticos e interpretativos sobre los que discurrirá el análisis y examen de la temática en cuestión.

En ese sentido, advertimos que el tema que aquí nos convoca ha quedado establecido -y limitado- a expresarnos fundadamente respecto de la validez constitucional de la pena de prisión perpetua prevista de manera abstracta en la legislación penal de fondo como uno de los tipos legales de respuesta punitiva aplicable frente a la comisión de los delitos más graves.

Dicho de otro modo, lo que en esta oportunidad estamos convocados a examinar es si resulta o no posible que ese tipo de pena pueda ser interpretada y, por ende, aplicada frente a la comisión de un ilícito penal, sin que con ello se vulneren los principios, declaraciones y garantías contenidos en nuestra Constitución Nacional, así como con aquellos que surgen de los instrumentos internacionales que, en las condiciones de su vigencia, gozan de jerarquía constitucional y que, sin derogar artículo alguno de la primera parte de la Constitución, deben entenderse como complementarios de los derechos y garantías reconocidos (inc. 2º del art. 75 CN); los cuales aparecen ciertamente involucrados cuando, como consecuencia de la sustanciación de un juicio penal, una sentencia condenatoria impone ese tipo de sanción. Ese objeto de examen resulta coherente con los límites de la jurisdicción promovida en este caso.

Ello por cuanto, so pretexto del control de constitucionalidad – entendido desde antaño como lo ha hecho la Corte Suprema de Justicia de la Nación, es decir, «[q]ue es elemento de nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la constitución para averiguar si guardan o no su conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentra en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderadora uno de los fines supremos y fundamentales del poder judicial nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la constitución, contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos» (Fallos 3:131, sentencia del 5 de diciembre de 1865)–, no pueden los órganos judiciales inmiscuirse en el examen de la conveniencia, oportunidad, mérito, acierto o eficacia del criterio adoptado por el legislador en el

ámbito propio de sus funciones (Fallos. 257:127; 293:163; 113- 613; entre otros) y en ejercicio de la representación de la soberanía popular delegada.

Ahora bien, al momento de abordar el tema convocado, tampoco puede desconocerse que es doctrina reiterada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que «la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia, por configurar un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerado como última ratio del orden jurídico, por lo que no debe recurrirse a ella sino cuando una estricta necesidad lo requiera» (Fallos: 249:51; 264:364; 288:325; 328:1416) y que «el acierto o error, el mérito o la conveniencia, de las soluciones legislativas no son puntos sobre los que al Poder Judicial quepa pronunciarse. Sólo los casos que trascienden ese ámbito de apreciación, para internarse en el campo de lo irrazonable, inocuo o arbitrario, habilitan la intervención de los jueces» (Fallos: 310:642; 312:1681; 320:1166). Por ello, «solo debe ejercerse cuando la repugnancia con la cláusula constitucional es manifiesta y la incompatibilidad inconciliable» (Fallos: 285:322), puesto que «no cabe formularla sino cuando un acabado examen del precepto conduce a la convicción cierta de que su aplicación conculca el derecho o la garantía constitucional invocados» (Fallos: 315:923).

Ello se entiende si tomamos en cuenta que las leyes dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos en la Constitución Nacional gozan en principio de una presunción de legitimidad del origen del poder y constitucionalidad de su ejercicio que opera plenamente y obligan a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia.

De este modo, sólo será procedente la declaración de inconstitucionalidad de una norma legal cuando la contradicción con la cláusula constitucional no puede ser impedida sino a costa de remover el obstáculo que representa aquélla como norma de inferior jerarquía. Cuestión que determina, según comprendemos, que toda duda que se plantee en esa labor debe resolverse a favor de la validez constitucional de la norma en cuestión.

Lo contrario desequilibraría el sistema institucional de los poderes del Estado, fundado en que cada uno de ellos actúe con la armonía que exige el cumplimiento de sus fines dentro de las atribuciones delegadas, para lo cual se requiere el respeto de las normas constitucionales y un poder encargado de asegurar ese cumplimiento.

De allí que cuando un tribunal interviene a los fines de pronunciarse sobre la constitucionalidad de una norma, debe imponerse la mayor medida (Fallos 249:51; 260:153; 264:364). Esto porque los poderes en los actos de gobierno como «... representantes no tienen más poder que el que han recibido del pueblo por delegación; si toman más cometen una usurpación» (**ALBERDI, Juan Bautista; “Fragmento preliminar al estudio del derecho”; Editorial Ciudad Argentina; Buenos Aires; 1998; p. 110**).

Consecuencia necesaria de lo antes dicho es que, de acuerdo a la referida limitación del objeto de conocimiento y decisión plenaria, no resulta esta la oportunidad para extender e incluir dentro del mismo la validez constitucional de otros institutos jurídicos, al no resultar el momento procesal de expedirse al respecto. Me estoy refiriendo en particular a las normas que prevén y/o regulan algunas de las consecuencias jurídicas que se derivan de la aplicación de la prisión perpetua.

2.- Por otra parte, habiendo delimitado ya el objeto que será materia de análisis constitucional, debemos advertir también que la temática en cuestión resulta determinada por la relación delito-pena, entendida

como la potestad que tiene el Estado de sancionar leyes penales para fijar pena al delito y, en determinados casos, otras medidas, que son, también, consecuencias del hecho típicamente antijurídico.

De manera tal que ese linde, acota -también- el debate al que estamos convocados en esta ocasión, eximiéndonos de ampliar el espectro analítico a cuestiones inherentes a la problemática que es propia a la relación entre delincuente-pena, pues ésta no está destinada al delito sino al sujeto que debe soportar la pena.

Consideramos que subyace en esa distinción una cuestión que resulta muy clara, desde que una cosa es preguntarse cuál es la razón que fundamenta la facultad represiva o potestad punitiva -que en otros sistemas jurídicos se denomina *ius puniendi* (derecho de punir) derivado de la concepción monárquica del poder, donde éste tenía el derecho de hacerlo- y la que pone la meta en manos del Estado, que conlleva a la formulación de interrogantes vinculados a:

- a) la existencia o inexistencia de la facultad punitiva del Estado;
- b) ¿cuál es la razón de que el Estado aplique al delincuente una pena?; y, finalmente,
- c) ¿por qué reside en el Estado, y únicamente en él, la facultad represiva?.

Mientras que otra muy distinta es indagar respecto de cuál es la razón para que, quien ha delinquido, deba asumir las consecuencias del delito que el Estado le impone, es decir, aquella mediante la que se cuestiona por qué el delincuente debe cargar con las consecuencias del delito, lo que nos conduce al problema del estudio de la responsabilidad penal.

En este punto, entendemos que un extremo de la relación entre el delito y la pena aparece constituido por la atribución de reprimir, cuestión que no debe ser confundida -como frecuentemente sucede- con la que trata de fijar un fin a la pena.

De esta manera, compartimos cuando se afirma que se trata de problemas diferentes, desde que una cosa es preguntarse por qué el delito se pena, y otra distinta para qué se aplican las penas. Así, el primer interrogante es respondido a través de las teorías fundamentan el Derecho Penal, esto es, el fundamento de la penalidad o del facultad a reprimir.

Mientras que a la segunda interrogación responden a las teorías que tratan de fijar un fin de la pena, precisando los efectos o resultados que la pena, en sus distintas etapas, se propone conseguir (**ver al respecto, FONTÁN BALESTRA, Carlos, "Derecho Penal. Introducción y Parte General", décimo sexta edición, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, pág. 81**).

Si bien plantean cuestiones esencialmente diversas, no puede soslayarse que hay una innegable relación entre ambas hipótesis de trabajo -potestad de reprimir y finalidad de esa represión-. De manera tal que, aun cuando no haga directamente al análisis constitucional al que hemos sido convocados, no puede pasarse por alto la oportunidad de efectuar -aún en términos ciertamente exigüos- algunas consideraciones -mínimas- con relación a los fines de la pena, máxime cuando en el marco de la audiencia pública, se propusieron argumentos diversos al respecto.

Por ello resulta trascendental tener en cuenta que «[d]esde su origen, la teoría retributiva fue una concepción antiestatal, base de una sistematización que condicionó el ejercicio del *ius puniendi*, preservando al individuo de las extralimitaciones del poder público».

Por ello promovía que «...: 1) el principio general es la libertad de la persona humana y por consiguiente ilimitado el ámbito de los comportamientos autorizados; 2) el número de prohibiciones es, por el contrario, restringido y por ello limitado al ámbito del Estado; 3) consecuentemente, la regla es la libertad y la excepción la pena» (RIGHI, Esteban, “Derecho penal, parte general”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, págs. 48). Esta concepción no sólo era antiestatal, sino esencialmente antimonárquica porque cuestionaba la idea del ius puniendi como el derecho de punir que tenía el monarca, basados en la idea del ser humano libre e igual y simultáneamente promovía la concepción de la potestad punitiva como facultad limitada y no tan sólo a limitar.

Pero «[e]stas bases fueron puestas en tela de juicio por los clásicos puntos de vista preventivos, sean generales o especiales, ya que las teorías relativas formularon sistemas alternativos que fueron concebidos desde el Estado, por lo que el punto nuclear de la estrategia dejó de ser limitar a quien ejerce el poder, al ser desplazado por el objetivo de extirpar la delincuencia» (RIGHI, Esteban, “Derecho penal, parte general”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, págs. 48) y aunque en su evolución algunas variantes no tienen como objetivo extirpar la delincuencia sino disciplinarlo y otras tienen fundamentos humanistas, pero todas siguen siendo pensadas desde el Estado y para el Estado.

En este sentido **Juan Bautista ALBERDI, decía en 1837**, «[e]l poder sancionador del Estado es un inmediato y natural resultado de la individualidad del hombre, y tiene por límite esta misma individualidad; parte del derecho y cesa en el derecho; es un poder de equilibrio y de armonía, no de venganza y reacción; es el sostén de la libertad no el invasor: tal es el principio y fin de todo sistema sancionador, téngase a la vista. El poder sancionador del Estado tiene el doble fin de remediar el mal del delito y evitar su repetición. El mejor sistema sancitivo, será pues aquel que con más justicia y eficacia llene esta doble misión. Se ha dicho el mal de delito, y a propósito, porque no todo mal procede de delito. No hay delito sin imputabilidad; ni imputabilidad sin libertad. Pero la libertad es una facultad mixta de inteligencia y voluntad. Luego no es libre el hombre sino con relación al desarrollo de su inteligencia y voluntad; y por tanto, no es imputable y delincuente sino en el propio respecto» (ALBERDI, Juan Bautista, “Fragmento preliminar al estudio del derecho”; Editorial Ciudad Argentina; Buenos Aires; 1998; p. 125/126).

A su vez, advierte el padre del garantismo Luigi FERRAJOLI advierte que «[m]uchos de los equívocos que influyen sobre las discusiones teóricas y filosóficas, en torno a la clásica pregunta de “¿por qué castigar?” dependen [...] de la frecuente confusión que se genera entre los diversos significados que a ella se atribuyen, entre los diversos problemas que ella refleja y entre los diversos niveles y universos de discursos a los cuales pertenecen las respuestas admitidas por aquella pregunta» (Ferrajoli, Luigi, “Escritos sobre derecho penal”; Volumen 1; Ed. Hammurabi; Buenos Aires; 2014; p. 115).

Así, «[l]a pregunta “¿por qué castigar?” puede ser entendida con dos sentidos distintos: a) el por qué existe la pena, o bien por qué se castiga; b) el de por qué debe existir la pena, o bien por qué se debe castigar» (ob. cit., p. 116).

De tal manera, «[u]n vicio metodológico que puede observarse en muchas de las respuestas a la pregunta “¿por qué castigar?”, consiste en la confusión en la que caen aquéllas entre función y fin, o bien entre el ser y el deber ser de la pena, y en la consecuente asunción de las explicaciones como justificaciones o viceversa.

Esta confusión es practicada antes que nada por quienes producen o sostienen las doctrinas filosóficas de la justificación, presentándolas como “teorías de la pena”. Es de tal modo que ellos hablan, a propósito de las tesis sobre los fines de la pena, de “teorías absolutas” o “relativas”, de “teorías retributivas” o “utilitarias”, de “teorías de la prevención general” o “de la prevención especial” o similares, sugiriendo la idea que la pena posee un efecto (antes que un fin) retributivo o reparador, o que ella previene (antes de que deba prevenir) los delitos, o que reeduca (antes que deba reeducar) a los condenados, o que disuade (antes que deba disuadir a la generalidad de los ciudadanos de cometer delitos» (ob. cit. ps. 116/117).

Por ello propone denominar «[...] “ideologías” ya sea a las doctrinas como a las teorías que incurren en las confusiones antes indicadas entre modelos de justificación y esquemas de explicación. Por “ideología” -según la definición estipulativa que he asumido en otra ocasión- entiendo, efectivamente, toda tesis o conjunto de tesis que confunde entre “deber ser” y “ser” (o bien entre proposiciones normativas y proposiciones asertivas), contraviniendo así el principio metalógico conocido con el nombre de “ley de Hume” según el cual no se pueden derivar lógicamente conclusiones prescriptivas o morales de premisas descriptivas o fácticas ni viceversa. [Se denominan] ideologías naturalistas o realistas a las ideologías que asumen las explicaciones empíricas también como justificaciones axiológicas, incurriendo así en la “falacia naturalista” que origina la derivación del deber ser del ser; y denominaré ideologías normativistas o idealistas a las que asumen las justificaciones axiológicas (también) como explicaciones empíricas, incurriendo así, para decirlo de algún modo, en la “falacia normativista” que produce a derivación del ser del deber ser» (FERRAJOLI, Luigi; ob cit; ps. 118/119). Entendemos importante dejar en claro que, con relación a los fines de la pena participamos de aquellas posturas denominadas de la unión. El fundamento de esta asunción se encuentra en que no es posible tener una visión única y unidireccional del tema y ello por tres razones. La primera se encuentra en que la ley no lo establece. La segunda en el pluralismo de nuestra sociedad democrática. La tercera en la diversidad que existe en los bienes jurídicos protegidos y los daños producidos. Además es trascendental la opinión de Ferrajoli cuando afirma que uno de los fundamentos por los que el derecho penal no puede suprimirse es para evitar la venganza privada (FERRAJOLI, Luigi, “Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal”, ed. Trotta, Madrid, 1995, pág. 340). En efecto, «[e]l paradigma garantista del derecho penal opera, por lo tanto, en dos direcciones, que se corresponden con los dos fines que, a mi parecer, justifican el poder punitivo: la prevención de los delitos y, por ende, de las ofensas injustas, y la prevención de las penas informales o excesivas, esto es, de los castigos injustos» (FERRAJOLI, Luigi; “Escritos sobre derecho penal”; Volumen 2; Ed. Hammurabi; Buenos Aires; 2014; p. 211).

«Por ello, toda hipótesis de abolicionismo penal equivale a una abdicación del rol garantista del derecho y de la razón; porque toda defensa garantista de las libertades fundamentales supone necesariamente la defensa del derecho penal y de la pena contra las formas de control no jurídico, de tipo salvaje o disciplinar, a las cuales darían espacio las hipótesis abolicionistas. La sanción penal, en cuanto técnica de minimización de la violencia provocada tanto por los delitos como por los castigos informales, es la primera garantía del derecho penal. Repito: es, en realidad, una doble garantía: no sólo contra los delitos sino también contra las venganzas y las reacciones arbitrarias, desmedidas o excesivas, es decir, inspiradas en la lógica de la guerra, a la cual daría espacio la ausencia de derecho penal. Y es a la reducción de esta doble función que puede reconducirse toda crisis degenerativa del derecho penal: la cual consiste o en la impunidad de los delitos y/o en el uso de técnicas punitivas informadas por el arbitrio; o en el fracaso de las funciones de prevención de los delitos y de protección de las partes ofendidas; o en el fracaso de las

funciones de prevención contra las penas arbitrarias y de tutela de los imputados; o en la ineffectividad (primaria) del derecho penal sustancial o en la ineffectividad (secundaria) del derecho procesal penal» (FERRAJOLI, Luigi; ob cit; ps.213/214).

A lo señalado, el mismo autor agrega que «[l]as dos funciones preventivas -la defensa social contra los delitos y la garantía individual contra el mismo sistema punitivo- están, por ello, unidas en el plano axiológico, por la misma finalidad, tanto de defensa social como de garantía de los derechos fundamentales de todos: tanto de las posibles partes ofendidas, como de los posibles imputados y condenados» (FERRAJOLI, Luigi; ob cit; p. 214). En relación con el predominio de las teorías de la unión se declara con razón, que «[...] resulta casi imposible encontrar sistemas jurídico-penales en los que pueda reconocerse la influencia exclusiva de una concepción unidimensional». Por ello «[...] cuando se afirma que determinada legislación está orientada por alguna teoría, sea retributiva o preventiva, normalmente lo que en realidad se sostiene es que ese cuerpo normativo ha acentuado -a veces en exceso- la incidencia de algunos puntos sobre otros». Así, «[...] es necesario adoptar un modelo pluridimensional [por lo que] la decisión debe encontrar fundamento en un examen de la realidad social, sobre la que el remedio penal está destinado a incidir».

Por lo tanto «[...] debe desalentarse toda proposición que sobredimensione la función preventiva del derecho penal [...]» (RIGHI, Esteban, "Derecho penal, parte general", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, págs. 46 y ss.). Asimismo, entendemos relevante hacer hincapié en que la potestad punitiva del Estado en la República Argentina está distribuida en forma vertical -federal y provincial- y horizontalmente entre el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial. De manera tal que resulta posible distinguir ámbitos y momentos diversos, cada uno de los cuales aparece caracterizado por la intervención competente de poderes distintos, y, a su vez, por perseguir finalidades mixtas. Nos referimos al "establecimiento", "aplicación" y "ejecución" de la pena, cuya combinación determina y diseña las notas características que hacen a nuestro sistema normativo según surge de la forma de gobierno representativa republicana federal (art. 1 CN). Veamos.

Por un lado, al Congreso de la Nación, le corresponde exclusivamente establecer aquellos comportamientos que se consideran lesivos de bienes jurídicos y que serán categorizados como delitos. También en su ámbito se encuentra la asignación de consecuencias a esos comportamientos. Esas consecuencias son las penas. Ello puede alcanzarlo al disponer que los delitos tengan una escala que oscila entre un máximo y un mínimo; o puede establecer que la consecuencia sea una pena fija, o disponer sólo máximos. También le corresponde a ese poder del Estado la posibilidad de disponer amnistía generales (inc. 2º del art. 75 CN), así como también, y en forma concurrente con las legislaturas provinciales, sancionar las leyes sobre ejecución penal, como de conmutación e indulto de penas. Por otro lado, será exclusivamente al Poder Judicial (federal, nacional o provincial) a quien le corresponde determinar en cada caso si un hecho de la realidad configura un delito, cuál es el grado de responsabilidad que debe asignarse a la persona acusada de su comisión y, en si el delito tuviera una pena divisible, su quantum. Finalmente, concierne al Poder Ejecutivo (Nacional o Provincial) y al Poder Judicial Federal o Provincial - los jueces con competencia en materia de ejecución y esta Suprema Corte de Justicia en materia de cárceles-, cada uno en el ámbito de su competencia, todo lo relativo al régimen de ejecución de la pena impuesta que deberán hacerlo en un todo de acuerdo a la ley. A ello debe agregarse que constitucionalmente la materia de indulto (extinción de la pena) y conmutación de penas (sustitución de una pena por otra menor) es atribución del Poder Ejecutivo. A nivel federal, esa facultad es del Poder

Ejecutivo Nacional para delitos sujetos a la jurisdicción federal, previo informe del tribunal correspondiente (art. 99, inc. 5 de la CN), y en nuestra provincia, previo informe motivado sobre la oportunidad y conveniencia por parte de esta Suprema Corte de Justicia (art. 128, inc. 5 de la Constitución de Mendoza). Encontramos que la distinción mencionada es de suma relevancia, entre otras cuestiones, porque evidencia que nuestro ordenamiento jurídico es un verdadero sistema jurídico y como tal impide confundir aspectos vinculados a las funciones como a los propósitos o fines de la pena que determinan cada uno de esos momentos.

Ello resulta pertinente dado que los que habitualmente se asignan como fines de la pena por algunos sectores juegan especialmente en el ámbito de la ejecución de la pena.

3.- Por último, debemos señalar que también resulta relevante destacar, aún a modo contextual pero determinante -como luego se verá- al momento de contestar la cuestión convocada, que la política criminal asumida en los últimos veinte años por el Congreso Nacional en ejercicio de la potestad punitiva, evidencia un fenómeno de expansión del derecho penal, caracterizado por la tendencia al agravamiento de circunstancias, situaciones y la tipificación de hechos delictivos como calificados y, con ello, el agravamiento de penas. Sólo por señalar algunos ejemplos dentro del espacio temporal que ha sido seleccionado para exhibir lo antedicho, se pueden mencionar los siguientes supuestos: a) la ley 25.297 de 2000 que introdujo el art. 41 bis al Código Penal; b) la ley 25.601 de 2002 que introdujo el inc. 8 del art. 80 del Código Penal; c) la ley 25.742 de 2003 que modificó los arts. 142 bis y 170 del Código Penal; d) la ley 25.767 de 2003 que introdujo el art. 41 quater al Código Penal; e) la ley 25.816 de 2003 que introdujo el inc. 9 del art. 80, y los arts. 163 bis y 167 bis del Código Penal; f) la ley 25.882 de 2004 que modificó el art. 166 del Código Penal; g) la ley 25.886 de 2004 que modificó el art. 189 bis del Código Penal; h) la ley 25.890 de 2004 que modificó los arts. 77, 163 inc.1 y 206 e introdujo los arts. 167 ter, quater, quinquie, 248 bis, 277 bis y ter, 293 bis del Código Penal; i) la ley 25.892 de 2004 que modificó los arts. 13, 14 y 15 del Código Penal; j) la ley 25.893 de 2004 que modificó el art. 124 del Código Penal; k) la ley 25.928 de 2004 que modificó el art. 55 del Código Penal; l) la ley 25.930 de 2004 que introdujo el inc. 1°5 del art. 173 y modificó el art. 285 del Código Penal; la ley 25.602 de 2002 que introdujo el inc. 6 y modificó el último párrafo del art. 174 del Código Penal; m) la ley 26.364 de 2008 que incorporó los art. 145 bis y ter del Código Penal; n) la ley 26.388 de 2008 que modificó los arts. 77, 128, 153, 155, 157, 157 bis, 184, 197 y 255, e introdujo el art. 153 bis, el inc. 1°6 del art. 173 y el párrafo segundo del art. 183 del Código Penal; ñ) la ley 26.394 de 2008 que introdujo el inc. 1°0 del art. 80 y modificó el inc. 5 del art. 142 bis del Código Penal; o) la ley 26.679 de 2011 que introdujo el art. 142 ter del Código Penal; p) la ley 26.734 de 2011 que introdujo el art. 41 quinquies al Código Penal; q) la ley 26.791 de 2011 que introdujo diversos supuestos en los incs. 1 y 4 del art. 80 del Código Penal, así como las figuras de los incs. 11 y 12; r) la ley 26.738 de 2012 que modificó el art. 132 del Código Penal; s) la ley 26.842 de 2012 que modificó los arts. 125 bis, 126, 127, 140, 145 bis, 145 ter, 250 quater del Código Penal; t) la ley 26.847 de 2013 que introdujo el art. 148 bis del Código Penal; u) la ley 26.904 de 2013 que incorporó el art. 131 del Código Penal; v) la ley 27.347 de 2017 que modificó los arts. 84 y 94 y 193 bis, e introdujo los arts. 84 bis. y 94 bis del Código Penal; w) la ley 27.352 de 2017 que modificó el art. 119 del Código Penal; x) la ley 27.401 de 2017 que establece el régimen penal de las personas jurídicas; y) la ley 27.735 de 2017 que modificó, a su vez, el art. 14 del Código Penal; z) la ley 27.436 de 2018 que modificó el art. 128 del Código Penal.

Resulta evidente que las citadas leyes definieron una política criminal que marca una evolución del sistema legal penal. En ese desarrollo normativo, cuyo valor y sentido jurídico debe ser ubicado y asociado

al contexto temporal que resulta propio a las circunstancias históricas, culturales y políticas -entre otras- circundantes al momento en que tuvieron lugar los debates legislativos dados en el seno del Congreso de la Nación en el proceso constitucional de formación y sanción de tales leyes, es indudable el aumento y agravamiento de las penas del modo señalado. Sin embargo, más allá de las opiniones personales que al respecto puedan esgrimirse, evidentemente los sucesivos integrantes de aquel poder del Estado, en tanto representantes del pueblo de la Nación Argentina, han condensado en el contenido de cada una de esas leyes el modo de ser y sentir de la sociedad argentina, es decir, representaron las características y cualidades de la mayoría de los individuos que habitamos el territorio nacional, porque los diversos sectores o frentes preponderantes legislativamente y que gobernaron el país fueron votados en las sucesivas elecciones bianuales (2001; 2003; 2005; 2007; 2009; 2011; 2013; 2015; 2017; y 2019) de renovación de mandatos de Diputados y Senadores. En esa ponderación, los legisladores percibieron y apreciaron los intereses, necesidades y preocupaciones de la sociedad en general que volcaron en el debate propio de nuestra democracia, y luego sancionaron las normativas representativas de los requerimientos y necesidades sociales. En este sentido, no puede desconocerse que «[...] la soberanía o facultad de declarar y sancionar el derecho (porque no es más ni menos) reside esencialmente en todo el cuerpo social. Sin embargo, no porque de todos sea el derecho, a todos ha de acompañar la capacidad de concurrir a su declaración y sanción: será pues preciso que del seno de la gran sociedad civil salga otra sociedad política, formada de los individuos capaces de concurrir a la formación de un fondo común de inteligencia y de fuerza, al doble fin de declarar y sancionar el derecho. Tal es el origen y fin primordial del Estado» (ALBERDI, Juan Bautista; “Fragmento ...”; ob cit; ps. 107/108). Desde allí es posible advertir que sobre la necesaria legitimidad democrática de nuestro gobierno se debe asentar el ejercicio válido del legislativo de acuerdo con la Constitución que no puede ejercerlo de cualquier modo, sino dentro de los límites y sin afectar o lesionar derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional y en los tratados con igual jerarquía (arts. 27 y 28 CN). En nuestra de separación de poderes, si bien la facultad de determinación punitiva corresponde al Poder Legislativo, encuentra su contrapeso y control en el ejercicio de las atribuciones que le corresponde al Poder Ejecutivo (veto) y al Poder Judicial (control de constitucionalidad), quienes no pueden ejercer sus facultades de contralor desconociendo o despreciando aquello que integra el núcleo de determinación del significado de una norma y en su caso la interpretación, esto es, sus palabras y sus relaciones de unidad, coherencia y plenitud del sistema jurídico. Entonces, reconocer que la primera regla constitucional de interpretación de un texto jurídico es la de asignar pleno efecto a la letra de la norma (art. 1 CN y art. 149 CdeM), permite observar e identificar cuál ha sido la identidad de la sociedad determinante con esas leyes y en el caso con la política criminal adoptada en el transcurso de los últimos 20 años, en su clave contextual: individuo/sociedad/Estado. Sólo así es posible evitar el vicio interpretativista de la ley en un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, o que destruya las unas por las otras o su reemplazo, por la sola voluntad judicial, dado que “..., el interpretativismo no es una alternativa genuina al positivismo o al iusnaturalismo, ya que en el fondo oscila entre un iusnaturalismo ingenuo y un positivismo encubierto.

En efecto, si bien el interpretativismo gira alrededor de la noción de la respuesta correcta, se empeña en defender la idea de autoridad institucional, al menos la de los jueces; tal vez el sayo que mejor le quepa sea entonces el de “positivismo judicial” (ROSLER, Andrés; “La ley es la ley”; Katz Editores; 2019; p. 20). Recapitulando, delimitado el objeto del pronunciamiento para el que es convocado este Tribunal, con la prudencia que debe tener declaración de inconstitucionalidad según la doctrina de la propia CSJN, y a su

vez señalada la política criminal definida por el Congreso Nacional y destacada la importancia de la realización de una audiencia de carácter público, a continuación se abordaran los argumentos por los cuales consideramos que la prisión perpetua no contraviene norma alguna de carácter constitucional ni convencional.

b.- Acerca de los cuestionamientos a la constitucionalidad de la prisión perpetua

La pena de prisión perpetua recibe, tanto desde cierto sector de la doctrina, como también desde algún ámbito jurisprudencial, críticas que se asientan en una serie de argumentos que, en general, pueden condensarse del siguiente modo:

- 1) que su imposición acarrea una violación a la separación de poderes y al principio de legalidad;
- 2) que produce un estado de incertidumbre en la persona condenada;
- 3) que afecta los principios de culpabilidad, proporcionalidad e igualdad;
- 4) que provoca una afectación del «mandato resocializador» de la pena;
- 5) que infringe la prohibición de imposición de penas crueles, inhumanas y degradantes;
- 6) que afecta el principio de no regresividad;
- 7) que no guarda correlación con las disposiciones del Estatuto de Roma; y
- 8) que no admite posibilidad de examen posterior de la pena.

Si bien estos cuestionamientos no agotan toda la crítica, sí resultan los más importantes y que tienen incidencia para resolver la cuestión que motiva el llamado a plenario.

De acuerdo a lo anticipado, consideramos que no existe contradicción entre la pena de prisión perpetua como tal y el régimen constitucional, ni vulneración de los tratados internacionales que la República Argentina ha suscripto y que, en las condiciones de su vigencia, tiene jerarquía constitucional (arts. 31 y 75 inc. 2º de la Constitución Nacional); en particular, no existe contradicción respecto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Convención contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes.

Como desarrollaremos, existen razones de peso para afirmar que nuestro texto constitucional no prohíbe esa clase de pena, sino que protege la dignidad inherente a la persona humana vedando las penas degradantes, crueles o inhumanas.

Además, debe decirse que nuestro país no ha ratificado ningún instrumento internacional que haya derogado o invalidado la pena en cuestión.

Por lo tanto, no sólo no se encuentra prohibida como sanción penal sino, por el contrario, del compendio de normas jurídicas constitucionales y convencionales con jerarquía constitucional -el denominado bloque constitucional-, se advierte -como se verá- que se encuentra entre las opciones que el legislador tiene como expresamente admitida.

De tal manera y en función de las críticas constitucionales formuladas a la prisión perpetua, a continuación se analizarán algunos de los principios fundamentales que rigen la pena en nuestro Estado Constitucional de Derecho, así como la proyección y explicación de cada uno de ellos sobre aquella sanción en el régimen penal argentino.

Es conveniente señalar que, en uso de sus facultades constitucionales de diseño de la política criminal, la prisión perpetua ha sido prevista desde los orígenes de la legislación sancionatoria en nuestro país por el legislador como la pena más grave para los delitos más graves,.

Así, no solamente previó dicha pena única dentro del elenco de respuestas punitivas de las que goza el Estado para sancionar los comportamientos que revelan disvalor jurídico-social (art. 5 ss. y cc. del Código Penal) sino que, además, reservó expresa y exclusivamente la posibilidad de aplicar esa penalidad para la incuestionable gravedad que representan ciertos tipos de infracciones penales (fundamentalmente aquellos tipificados en el art. 80 del mismo cuerpo normativo).

b.1.- Separación de poderes y su vinculación con el principio de legalidad

La teoría de la separación de poderes, según la denominación que nos viene de Montesquieu en su obra “El espíritu de las leyes” (1748) y la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, entre otras fuentes, trata de explicar cómo funciona la técnica de organización del poder y su ejercicio en los Estados democráticos modernos, desconcentrados, descentralizados, federales, frente a los Estados absolutos, autoritarios. Suele utilizarse también la expresión “División de poderes” o “División de los poderes” para representar la misma idea de separación de poderes o para diferenciarse por su forma, incluso en otras oportunidades se invierte su significado, lo que genera una amplia confusión en su uso de tales términos.

Luigi FERRAJOLI dice que la noción de «división de los poderes» es «[...] una expresión polisémica. Según una distinción sugerida por Michel Tropol y por Ricardo Guastini, puede ser entendida con dos significados distintos: en el sentido de «división entre poderes» y en el sentido de «división del poder».

En esas dos fórmulas resulta diferente tanto el significado de «división» como el significado de «poder»: en la primera fórmula «división» significa «separación» y la palabra «poderes», usada en plural, designa funciones distintas atribuidas a instituciones distintas; en la segunda «división» significa «distribución» y la palabra «poder», usada en singular, designa la misma función atribuida por lo común a una misma institución.

En el primer sentido la fórmula expresa la clásica separación formulada por Montesquieu entre el poder legislativo, poder ejecutivo y poder judicial. En el segundo corresponde más bien al principio de checks o balances, o sea a la distribución entre sujetos distintos del mismo poder» (**FERRAJOLI, Luigi; “Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia”; Volumen 1 Teoría del derecho; Editorial Trotta; Madrid; 2011; p. 817**).

Como cada país ha establecido sus reglas de gobierno, encontraremos que «[e]n cada modelo anida una concepción particular y singular, de lo que se entiende por separación de los poderes» (**BIANCHI, Alberto B.; “La separación de poderes: un estudio desde el derecho comparado”; Ed. Cathedra Jurídica; Ciudad Autónoma de Buenos Aires; 2019; p. 399**).

Pero sin perjuicio de ello y de la multiplicidad de usos y significados, existen diversos modelos, pero que reconocen dos grandes variantes: una conocida como división de poderes sin necesidad de igualdad jurídica de los poderes, donde prima una rígida distribución de la función asignada a los órganos que cada uno integra por sobre los equilibrios y controles entre ellos y la otra denominada separación de poderes, que en un sentido más estricto es del tipo mencionado como “frenos y contrapesos”, llamado “checks and balances” (controles y equilibrios), porque «[...] el principio fundamental es la separación y equilibrio de

los poderes, sin preeminencia jurídica de ninguna de ellos» (BIANCHI, Alberto B.; Ob. Cit.; p. 284), donde «[c]ada poder tiene asignada una función principal y, a la vez, controla a los demás [...]» (BIANCHI, Alberto B.; ob. cit.; p. 190).

En definitiva, y más allá del rótulo que suele utilizarse, esencialmente tenemos que en un caso se trata del «[...] principio organizativo en virtud del cual funciones distintas se especializan mediante su atribución a instituciones entre sí independientes: el caso más importante, pero como veremos no el único, el de la función judicial con respecto a la legislativa y a la de gobierno» que «[...] implica la recíproca independencia entre las instituciones que son titulares en exclusiva de los poderes separados[...]»; mientras la otra «[...] para designar la articulación del poder de manera tal que, gracias a recíprocos controles y equilibrios, la competencia relativa a una misma función quede dividida entre instituciones, u órganos y/o funcionarios distintos, a fin de que el poder de uno delimite el del otro [...]», y ello «[...] comporta la inter-dependencia de los órganos y de los sujetos entre los que el poder se halla dividido, mediante la atribución a alguno de ellos del nombramiento y/o de la destitución de los funcionarios investidos del mismo, o mediante la participación y/o control de alguno de ellos sobre el mérito de su ejercicio» (FERRAJOLI, Luigi; ob cit ; p. 817).

En «[l]a Constitución [...] reside [...] la organización de los poderes que forman su gobierno, y en la demarcación de sus facultades y límites respectivos» y esa «...organización de los poderes comprende no sólo su elección, el sueldo de los mandatarios, su título, su traje, su asiento, y algunas facultades subalternas, que entre nosotros suelen figurar en primer rango, sino muy principalmente sus atribuciones y facultades, es decir, sus poderes, como lo indica su nombre, la demarcación precisa y completa de ellos, la responsabilidad y limitaciones de los funcionarios y de su autoridad» (ALBERDI; “Derecho Público provincial argentino”; Editorial Ciudad Argentina; Buenos Aires; 1998; p. 144).

De nuestra Constitución Nacional resulta claro que la forma de gobierno adoptada (decidida) es la declarada como representativa republicana federal, en el art. 1 de la CN, pero la misma norma dispone que lo es según la establece la presente Constitución. Con lo cual no solo rotula al modelo con un sintagma jurídico (representativo republicano federal), sino que se establece la fuente de conocimiento de cómo es y funciona ese (nuestro) sistema de gobierno: la letra de la misma Constitución.

Con ello se debe descartar toda construcción basada en la opinión universal de los autores, u otros regímenes políticos o modelos. El análisis sistemático de las normas que integran nuestro Contrato Social, da por resultado que la República Argentina estableció la separación de poderes (frenos y contrapesos) aunque lo ha sido con sus propias características, ello porque se dispone la supremacía constitucional en el art. 31, a la que todos (los poderes constituidos, las provincias, los ciudadanos y los habitantes) estamos sometidos, y se establece la equiparación jurídica de los poderes constituidos (legislativo, ejecutivo y judicial), con distribución de competencias asignando una función principal a cada uno de ellos, de forma tal de lograr mantener el equilibrio jurídico, con ejercicio recíproco del control, con superposición funcional en colaboración (acuerdos) o no (veto de la ley o control de constitucionalidad de la misma) o el sucesivo ejercicio del tramo de una función por otro poder (el establecer las penas, el imponerlas o el indulto y conmutación de ellas) y expresas prohibiciones (por ejemplo: art. 29 y 109).

Así como el establecimiento de la pena única o fija de prisión perpetua por el Congreso no viola la separación de poderes de la función judicial por parte de los jueces, tampoco lo hace la función de control

de constitucionalidad de las leyes, sea formal como materialmente, que realizan los jueces en cuanto a la función legislativa del Congreso, porque así está diseñada en nuestra Constitución.

Como decía **Domingo Faustino SARMIENTO** en 1853 «[...] la Constitución argentina ha establecido en los tribunales de justicia un poder superior a todos los otros poderes, en cuanto ellos son en definitiva los intérpretes de la Constitución, y por tanto los jueces que han de resolver todas las cuestiones de derecho y de hecho que del ejercicio de aquéllas emanan; y éste es un punto capital para que lo dejemos pasar inapercibido» (**SARMIENTO, Domingo Faustino “Comentarios de la Constitución de la Confederación Argentina” en “El Pensamiento político hispanoamericano”; Editorial Depalma; Buenos Aires; 1964; p. 410**).

Por su parte, Juan Bautista ALBERDI en 1854 expresaba «[I]a Corte Suprema, delegataria de la soberanía del pueblo argentino para juzgar en los asuntos federales, es el tribunal a quien corresponde el conocimiento y decisión de todas las causas que versan sobre puntos regidos por la Constitución ...; esos puntos son los relativos a las leyes mismas, es decir, a la constitucionalidad de las leyes; a saber y decidir si una ley en cuestión es o no conforme a la Constitución [...] La Corte Suprema declara inconstitucionales a las leyes que lo son. No las deroga, porque no tiene el poder de legislar: derogar es legislar. Declarada inconstitucionalidad la ley, sigue siendo ley hasta que el Congreso la deroga» (**ALBERDI, Juan Bautista, “Sistema económico y rentístico”; Editorial Ciudad Argentina; Buenos Aires; 1998; p. 129**).

Por ello, en nuestro sistema de gobierno nunca la función jurisdiccional (como la de los otros poderes) y por tanto la competencia de los jueces, puede estar determinada por la idea filosófica, académica o política que se tenga de cómo debería ser la misma y en base a ello pretender mutar nuestra separación de poderes a otro modelo de separación o división de poderes rígido y estricto por función. Sino que, por el contrario, estamos obligados por las normas de la Constitución y, a partir de su propio texto, a que según cómo se asigna la función principal a cada poder y establecen las atribuciones para el equilibrio y control recíproco entre ellos las que determinan la función jurisdiccional, legislativa y ejecutiva. Nuestra separación de poderes como está diseñada es un principio de derecho público al cual el Gobierno Federal (Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial) debe asegurar su conformidad con ellos incluso en el caso de los tratados internacionales o regionales (art. 27 CN), con mayor razón respecto a toda postura que los jueces pretendan introducir en nuestro derecho sustentada en argumentos fundados en teorías, doctrinas o jurisprudencia extraña a nuestro sistema constitucional.

Entonces, los Poderes constituidos -Legislativo, Ejecutivo, Judicial-, como delegación de la soberanía del pueblo en el Contrato Social (Constitución Nacional), revalidada ininterrumpidamente la legitimidad democrática (de origen) desde la recuperación de la democracia en 1983 en forma bianual en elecciones limpias, transparentes y libres, y con ello, de la titularidad en cuanto Estado de la potestad limitada de imperio, de la cual se desprende la facultad de establecer los delitos y de fijar las penas. Precisamente, dentro del marco de reparto de atribuciones entre los diversos poderes que componen el sistema representativo republicano federal que establece nuestra Constitución Nacional (art. 1 de la CN) corresponde exclusivamente al Congreso de la Nación el dictado de la legislación penal sustantiva para todo el ámbito de aplicación territorial y personal de la República Argentina (art. 75 inc. 1º2 de la CN), lo que supone la atribución de determinar jurídicamente no sólo los delitos penales, sino, además, cuáles son sus consecuencias jurídicas.

Al respecto, resulta pertinente traer aquí a colación un reciente pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cuanto menciona que “[n]uestra Constitución Nacional trata, en primer lugar, entre los poderes del Estado que conforman el gobierno federal, del Poder Legislativo. Una razonable justificación de la ubicación del Legislativo se encuentra en su carácter de más directo representante de la voluntad popular, toda vez que es el Congreso el órgano representativo por naturaleza, quien refleja más fielmente a la sociedad política y el ámbito de elaboración de la "voluntad general" que se expresa en la Ley como el acto de gobierno por antonomasia en el Estado de Derecho.

El artículo 19 de la Constitución enfatiza ese criterio cuando fija, en el llamado "principio de legalidad", el límite entre lo prohibido y lo permitido". Así, “[l]a república representativa, adoptada para el gobierno de la Nación en nuestra Constitución, se funda en el respeto a la Ley como expresión de las mayorías y en el respeto a la Constitución como garantía de las minorías contra los eventuales abusos de aquellas. Por eso nada es superior a la Ley, excepto la Constitución” (CSJN 353/2020/CS1).

Esa actividad eminentemente legislativa y deliberativa se concreta y materializa mediante la creación de figuras o “tipos” penales que definen no sólo los aspectos objetivos y subjetivos de los comportamientos -acciones y omisiones – delictivos sino, además, cuáles son las consecuencias que acarrea su realización -penas- que se manifiesta mediante la ley. Cabe afirmar que, en esa relación jurídica entre la definición de delito-pena, debe necesariamente mediar una correspondencia entre ambos extremos, de manera tal que las penalidades fijadas en términos generales y abstractos sean definidas con tanta certeza como sea posible, lo que se cumple determinando legalmente la especie de pena, la escala penal y los parámetros a los que debe ajustarse la cuantificación de la sanción, o una pena fija.

En nuestro sistema jurídico constitucional desde 1853, el principio de legalidad no simplemente es «[...] del monopolio tanto de la fuerza como de la potestad normativa, del estado legislativo de derecho [...] sino el principio de constitucionalidad en virtud del cual también la ley está vinculada al derecho, según el modelo de lo que podemos llamar el estado constitucional de derecho» (FERRAJOLI, Luigi; **“Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia” Volumen 1. Teoría del derecho; Editorial Trotta; Madrid; 2011; p. 125 y 126**).

Porque mientras el «“estado legislativo de derecho”, fruto de la que podemos considerar la primera revolución jurídica moderna: la afirmación del monopolio estatal de la producción legislativa, expresado por las codificaciones, y la consiguiente legitimación formal de la eficacia de los actos preceptivos cualesquiera que sean los efectos producidos, en función (solamente) de la forma legal de las normas que los prevén. El estado de derecho en sentido estricto o fuerte se ha afirmado en cambio como “estado constitucional de derecho” gracias a la que podemos considerar la segunda revolución jurídica moderna: la sujeción de toda la producción del derecho a principios normativos, como los derechos fundamentales y el resto de principios axiológicos sancionados por constituciones rígidas, y la consiguiente legitimación sustancial de la eficacia de todos los actos de poder, incluidos los legislativos, en función (también) de los contenidos o significados que expresan».

«En otras palabras, si “derecho positivo” es todo sistema de normas «puestas» o producidas en las formas normativamente previstas, “estado (constitucional) de derecho” es un sistema en el que la producción de normas está regulada normativamente no sólo en lo referente a las formas de producción sino también en lo referente a los significados producidos» (FERRAJOLI, Luigi; ob cit; p. 462).

Es decir que «[e]l estado constitucional de derecho no es otra cosa que este “derecho sobre el derecho”: el conjunto de límites y vínculos jurídicos -formales y sustanciales- que deberían envolver cualquier ejercicio de poder, no sólo público sino también privado, no sólo ejecutivo sino también legislativo, y no sólo en el seno de los ordenamientos estatales sino también en las relaciones internacionales» (FERRAJOLI, Luigi; ob cit; p. 463).

En consecuencia, el principio de legalidad (art. 19 CN) no sólo tiene un contenido formal, esto es, de previsión del delito y la pena en la ley, como avance del poder del Estado sobre la libertad de las personas, conforme un procedimiento formalmente válido de su sanción, sino que su contenido debe ser sustancialmente válido. La legalidad sustancial de la pena tiene que ver no sólo con que ella esté perfectamente delineada en la ley, en forma previa al delito (art. 18 CN), y como resultado de un procedimiento formalmente válido de sanción, sino que también, examinada en su naturaleza, en su cantidad y calidad, no alteren los principios, garantías y derechos constitucionales reconocidos (art. 28 CN) de forma tal que debe resultar compatible con la dignidad del hombre y con sus derechos fundamentales.

La contracara puede verse formulada de modo general en el principio de reserva, donde se establece un amplio ámbito de protección de la libertad de toda posible injerencia estatal respecto de las acciones privadas de las personas, debiendo considerarse como tales no sólo las realizadas en un espacio de intimidad, sino aquellas que, siendo ejecutadas en ámbitos públicos, no provoquen interferencias intersubjetivas lesivas (art. 19 CN).

Ahora bien, insistiendo en que la determinación y previsión de la proporcionalidad genérica y abstracta de la pena -como respuesta estatal frente al delito- que se individualiza en la ley es de competencia exclusiva del legislador, resulta insoslayable que ese poder del Estado se encuentra plenamente habilitado para decidir ya sea conminar delitos mediante penas que sean de tipo divisibles o indivisibles. Es decir, sanciones penales cuya fijación temporal sea diferida al conocimiento y decisión del juez competente, quien asume cierto margen para determinar la pena aplicable al caso concreto, siempre dentro del límite legal definido por la escala penal respectiva; o, por otra parte, penalidades fijas que son insusceptibles, por su propia definición, de medición.

En este último supuesto, es el legislador quien decide que determinados delitos -los más graves, en el caso de nuestro Código Penal- sean amenazados con la respuesta estatal que aparece como la que concentra la mayor intensidad punitiva.

Por este motivo, entendemos que aquel cuestionamiento no puede ser utilizado exitosamente como argumento para contrarrestar la validez constitucional de la pena de prisión perpetua, en el sentido de asociar el carácter de pena única, con una alegada prescripción o cercenamiento al ejercicio de la labor jurisdiccional inherente a la determinación judicial de la pena.

Primero, porque no existe ninguna disposición constitucional que declare, o de la que se pueda inferir de alguna manera razonable e incontestable, que la previsión de penas fijas resulte inconciliable con sus postulados.

Segundo, porque como derivación o consecuencia necesaria de lo afirmado precedentemente, con nuestro ordenamiento jurídico se ha diseñado un sistema de penas dentro del cual, para aquellos delitos considerados más graves, se le ha establecido una pena única, la más grave.

Tercero, porque existen claros límites al ejercicio de esa potestad por parte de los órganos jurisdiccionales. Así, nuestro Cívero Tribunal ha entendido que “[e]l ingente papel que en la interpretación y sistematización de las normas infraconstitucionales incumbe a los jueces, no llega hasta la facultad de instituir la ley misma, siendo entonces la misión más delicada de la justicia la de saberse mantener dentro del ámbito de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que le incumben a los otros poderes. De ahí, que el principio constitucional de separación de poderes no consiente a los magistrados el poder de prescindir de lo dispuesto por la ley respecto del caso, so color de desacierto o injusticia” (**Fallos: 338:488**). Cuarto, tampoco advierto que la conminación legal de sanciones penales únicas o fijas signifique una intromisión o anulación de un poder del Estado sobre otro, es decir, del Poder Legislativo sobre el Poder Judicial.

Si bien se suele decir que la previsión legal de una única pena posible estandarizada impide una labor esencialmente jurisdiccional, por cuanto veda al juez la posibilidad de decidir en la sentencia la individualización de la pena aplicable, esto es, definir el quantum de penalidad que estima equitativo aplicar, de acuerdo a cuál haya sido el grado de culpabilidad revelado por el agente en el hecho juzgado, lo cierto es que ese argumento no encuentra correlato en el ordenamiento constitucional.

Así, vislumbrar en esta situación que con ello el legislador se arroga el conocimiento de causas pendientes, lo que supondría una transgresión a la separación republicana de los poderes y lo previsto por el artículo 116 de la Constitución Nacional, supone partir de una premisa que es errónea y resulta eminentemente inconstitucional.

Pues, de admitirse como válida, también deberíamos rechazar por inconstitucional establecer mínimos en las escales penales, el límite de hasta tres años para otorgar la condena condicional. Además, la norma sancionada rige constitucionalmente para el futuro (art. 18 CN), por tanto, nunca puede dar lugar a arrogarse el conocimiento de causa pendiente que no existe al momento de su sanción, por ser futuro el hecho.

Por otra parte, advertimos que un razonamiento semejante también adolece de un error en su configuración originaria, desde que en ella se confunden aspectos o momento diversos del proceso de determinación de la pena. Nos referimos a lo que tiene que ver con el establecimiento -legal- de la sanción penal con la imposición -y en su caso la individualización de la penalidad aplicable al caso concreto, momentos diferenciales que hacen a la labor del legislador de establecer la pena de manera abstracta, genérica y cierta para todo el elenco de comportamientos captados por la ley como disvaliosos jurídicamente, y al juez debe resolver el caso puesto a su conocimiento y decisión, aplicando la ley.

Ello, porque «[...] la ley es la ley: el derecho que es no tiene por qué coincidir con el derecho tal como nos gustaría que fuera, es decir, con nuestras creencias morales o políticas -u, obviamente, con nuestro autor favorito-, y esto no tiene por qué ser necesariamente una mala noticia, sobre todo si el derecho pretende tener autoridad antes que dar respuestas correctas [...] El derecho que a su vez estipula cuáles son nuestros derechos, no es entonces en sí mismo un instrumento de justicia, sino un sistema normativo institucional diseñado esencialmente para resolver conflictos sobre la justicia.

En efecto, los legisladores y los jueces dan con una respuesta que los súbditos del derecho consideran correcta porque corresponde al sistema normativo que es el derecho, y no al revés ... La decisión correcta, entonces, depende del sistema jurídico y no el sistema jurídico de la decisión correcta, o para decirlo de

otro modo: el derecho no existe para darnos la razón, sino que, si queremos respetar su autoridad, somos nosotros los que tenemos que darle la razón al derecho.» (ROSLE, Andrés; “La ley es la ley”; Katz Editores; 2019; p. 16/17).

Es preciso reiterar, aún a fuerza de que pueda resultar sobreabundante -lo que se supera al reparar en el valor de este argumento-, que nos encontramos ante el ejercicio de atribuciones y competencias definidas y asignadas por la Constitución Nacional.

De manera tal, y como fue señalado en los párrafos precedentes, el sistema jurídico-penal viene predeterminado por el legislador nacional, a quien le corresponde, como una de sus funciones esenciales en el diseño de la política criminal, formular positivamente las normas legales que definen comportamientos delictivos, en sus aspectos típicos, asociándolos a la sanción penal que se estime corresponder según la escala de gravedad que, en abstracto, atribuya a tal o cual especie de comportamiento punible.

Se trate de figuras básicas, agravadas o atenuadas, éstas tienen siempre indicada su consecuencia de orden punitivo, con referencia al tipo de sanción y a la extensión en que puede ser objeto de aplicación. En ese tramo de su actividad, referido exclusivamente a la tarea de establecer cada sanción penal, aquel poder del Estado, otorgado por la Constitución al Poder Legislativo, tiene a su alcance dos alternativas, a saber: puede conminar penas divisibles en razón del tiempo o de cantidad (estableciendo una escala o fijando el máximo), o sanciones únicas o fijas. Con lo cual puede resultar un sistema penal de escalas penales, o de penas fijas o combinar ambos, como en nuestro Código Penal.

Ello con independencia de la conveniencia, oportunidad o eficacia de aplicar uno de esos sistemas. Cuando la conminación genérica y abstracta de penalidad aparece realizada conforme a la primera de las opciones señaladas, la concreción de ello queda sistematizada a través de la previsión legal de marcos punitivos que permiten una oscilación en el plano de la determinación judicial de la pena.

En estos casos, es la ley la que, al establecer una escala penal, le asigna al juez la capacidad o facultad para determinar la medida concreta de la pena correspondiente, por lo que el deber del juez es aplicar la pena establecida por la ley y, sólo cuando ella lo habilita a definir tal determinación o el quantum, así debe proceder en el ejercicio de su función (art. 112 de la Constitución Nacional y arts. 148 y 149 de la Constitución de Mendoza).

Para cumplir adecuadamente con esa tarea de mensuración de la sanción penal, cuando resulte legalmente habilitado para ello, la ley le suministra al juez un conjunto de pautas previstas en la parte general del ordenamiento jurídico que le indican el modo de proceder ante supuestos de multiplicidad delictiva, tentativa, participación, etc.

Esas herramientas legales dirigidas al juzgador para decidir sobre la pena que debe imponerse en el caso concreto, a partir de las cuales pueda establecer primeramente ante qué caso legal específico se enfrenta, se ven robustecidas con las pautas de mensura de la sanción que indica el art. 41 del Código Penal, norma en la que se sugieren un conjunto de aspectos que deberán ser considerados para la regulación de la pena en un supuesto concreto.

No es posible soslayar que ese temperamento resulta a todas luces evidente de modo particular, a través de la remisión expresa «A los efectos del artículo anterior, se tendrá en cuenta:[...]» (art. 41 CP), de aquella norma con el art. 40 del Código Penal, desde donde se prevé que tanto las circunstancias atenuantes y

agravantes que sean particulares a cada caso, así como las interpretación y aplicación de aquellas pautas o parámetros abstractos de mensuración concreta de la pena -como aspectos que los tribunales deben evaluar-, resultan operativos sólo en las «[...] penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad [...]».

Mientras que, por otro lado, **ese sistema de determinación legal de penalidad**, asociado con el establecimiento de escalas penales incluidas en cada una de las diversas figuras delictivas que se hayan diseminadas a lo largo de la legislación penal, con límites máximos y mínimos que suelen encontrarse generosamente separados en cuanto a su intensidad, de manera tal ofrecer al juez una cierta elasticidad, encuentra una marcada diferencia cuando se utiliza el método de conminación de pena única. Aquí, es el Poder Legislativo quien en ejercicio de la atribución propia de la potestad punitiva limita la libertad de los individuos (art. 19 CN) diseña la política criminal, determinando que, respecto de cierta clase de delitos, los más graves, la respuesta punitiva legal no admite aquella elasticidad mencionada, sino que le prescribe precisamente una sanción fija, la más grave, por lo tanto, inflexible e impasible de graduaciones.

Sobre la base de lo expuesto, el sistema constitucional penal dispone que le corresponde de forma exclusiva al legislador nacional establecer la pena, quien se encuentra plenamente habilitado para cumplir con ese mandato a través de la determinación legal de penas.

En ejercicio de esa potestad, puede establecer de manera abstracta e indeterminada penas fijas -tal es el caso de la prisión perpetua- o penas divisibles, sea en razón del tiempo y/o del monto; ello siempre de acuerdo a la descripción y definición de los alcances de las figuras delictivas de que se trate. En nuestro país, dentro de ese sistema de penas, para los delitos considerados más graves se ha establecido una pena privativa de libertad fija y la más grave.

Del mismo modo, la Constitución Nacional establece que a la Corte, tribunales y jueces les corresponde de forma exclusiva la tarea de conocer y decidir todos los casos puestos en su conocimiento (arts. 109 y 116 CN), con la salvedad que el procedimiento y la decisión de los mismos no está sujeta a la prudencia y libre discreción de los jueces, sino que el ejercicio de su poder jurisdiccional debe ser conforme a la ley, según el principio de legalidad penal -art. 18 de la CN- y su compromiso jurídico-institucional de la forma como debe ejercer su función: «desempeñar sus obligaciones, administrando justicia bien y legalmente, y en conformidad a lo que prescribe la Constitución» (art. 112 de la Constitución Nacional). En nuestra provincia, equivalentemente se dispone que «[l]os Tribunales y Jueces deben resolver siempre según la ley y en el ejercicio de sus funciones procederán aplicando la Constitución las leyes y tratados nacionales como ley suprema en todos los casos, y la Constitución de la Provincia como ley suprema respecto de las leyes que haya sancionado o sancionare la Legislatura» (art. 148 de la Constitución de la provincia de Mendoza); como asimismo que «[l]as sentencias que pronuncien los Tribunales y Jueces Letrados se fundarán en el texto expreso de la ley [...]» (art. 149 de la Constitución de la provincia de Mendoza); y el deber jurídico nacido de su compromiso jurídico institucional de «desempeñar fielmente su cargo» (art. 157 de la Constitución de la provincia de Mendoza).

Complejo normativo desde donde se desprende que la función jurisdiccional encuentra su fundamento y límite en la Constitución, los Tratados y la ley.

En el marco de las conclusiones alcanzadas precedentemente, y establecida la frontera en la delimitación jurídica funcional entre la actividad del Poder Legislativo -establecer delito y pena- y del Poder Judicial -comprobar la comisión de un delito, la responsabilidad sobre el mismo y en consecuencia condenar e

imponer la pena-, se colige que si la judicatura, al resolver sobre un caso concreto, decidiera imponer graduaciones o distinciones en orden a la penalidad aplicable que no resultan contempladas ni autorizadas por la ley, ello representaría una actuación jurisdiccional contra legem, provocando de esta manera una grave alteración del orden constitucional por violación del principio de derecho público de separación de poderes y que bajo pena de nulidad se lo establece expresamente en el art. 12 de la Constitución de Mendoza y el sistema penal, puesto que se afectaría de este modo el sistema de penas establecido según las diversas categorías legales de conductas delictivas.

En otras palabras, cuando la ley ha previsto para los tipos delictivos más graves la pena más grave de prisión perpetua, **el juez debe cumplir con ese mandato legal**, lo que -en cuanto a lo que aquí estamos analizando- le impide transformar la pena perpetua en pena temporal, ya que decidir de ese modo implicaría una sustitución al margen de la Constitución y la ley.

En términos generales, no puede obviarse la doctrina de la Corte Suprema de justicia de la Nación que establece que “[l]a inconsecuencia o falta de previsión no se suponen en el legislador” (**Fallos:306:721; 307:518; 319:2249; 326:704**), por lo que “[l]as leyes deben interpretarse conforme el sentido propio de las palabras, computando que los términos utilizados no son superfluos sino que han sido empleados con algún propósito, sea de ampliar, limitar o corregir los preceptos” (**Fallos: 200:165; 304:1795; 315:1256; 326:2390; 331:2550**).

Por lo cual, se ha ratificado continuamente que “[l]a primera fuente de interpretación de la leyes su letra, sin que sea admisible una inteligencia que equivalga a prescindir de ella” (**Fallos: 312:2078; 321:1434; 326:4515**), pues “[l]a exégesis de la norma debe practicarse sin violencia de su texto o de su espíritu” (**Fallos: 307:928; 308:1873; 315:1256; 330:2286**).

Llevando este aspecto al ámbito concreto, obsérvese que la problemática que acarrea en el sistema legal una actuación como la descripta precedentemente, ha sido también abordada -de manera reciente- por la Corte Federal.

Causa Álvarez.

Precisamente, en la causa “**Álvarez**”, tras considerar decisivos los argumentos vertidos por el señor Procurador Fiscal ante esa instancia, el Supremo Tribunal Nacional hizo hincapié en los efectos nocivos que provoca al régimen legal cuando se transforma por decisión judicial una pena perpetua en divisible, habilitándose luego la creación discrecional de una escala penal que permita la determinación de un monto máximo de penalidad (**Fallos: 342:1376**).

Con lo cual, ningún argumento que resulte respetuoso del principio constitucional de separación de poderes, como del principio de legalidad propios de nuestro Estado Constitucional de Derecho aparece como exitoso cuando se pretenda validar una conversión no autorizada por la ley.

En conclusión, establecer -en el ejercicio de la función legislativa vinculada a la atribución de la potestad punitiva- una pena única, fija, de prisión perpetua no constituye una intromisión en la función jurisdiccional, ni limita la función judicial, sino que el Congreso ejerció sus atribuciones dentro del diseño constitucional de separación de poderes propio del tipo de frenos y contrapesos y por tanto no es inconstitucional.

b.2.- Sobre la pretendida incertidumbre de la prisión perpetua

Vinculado con lo expuesto, también se sostiene que la prisión perpetua provoca un estado de incertidumbre tal que colisiona con principios y garantías constitucionales

Ello se sustenta, para quienes asumen esa posición, en la violación al mandato de certeza **-lex prævia et certa-** propio del principio de legalidad.

Pues bien, entendemos que tal circunstancia no se configura en el ordenamiento en tanto en el caso de la prisión perpetua no existe una situación fáctica que no esté resuelta legislativamente, de manera tal de hacer surgir en el juez la necesidad de acudir a la interpretación como instrumento para garantizar el cumplimiento del mandato de certeza constitucional.

En este punto, es conveniente destacar que, aun tratándose de la pena más severa prevista en la normativa penal como respuesta punitiva frente a una determinada y precisa categoría de delitos -cuya gravedad resulta a todas luces incuestionable: homicidio calificado, matar a otro en determinadas circunstancias, situaciones o modalidades, cuando la vida es el bien jurídico individual máspreciado- surge claramente que no se trata de una sanción verdaderamente perpetua puesto que, de acuerdo a la regulación legal establecida en nuestro derecho interno, no se trata de una pena vitalicia desde que no es a perpetuidad. Ello en tanto la persona condenada a prisión perpetua siempre tiene la posibilidad de retornar al medio libre, luego de transitar un lapso cierto y legalmente determinado en prisión.

En primer lugar, del análisis sistemático de las normas que integran nuestro sistema jurídico penal se concluye que el Código Penal argentino establece un límite máximo de duración temporal para toda condena a pena de prisión: en 50 años.

Efectivamente, tenemos por una parte para los casos del concurso real de delitos en los que «la suma aritmética de las penas máximas correspondientes a los diversos hechos» cometidos por los que se condena, aunque puedan superar ampliamente cualquier expectativa de vida, incluso más de una vez, «no podrá exceder de cincuenta años» la imposición de la pena de prisión (**art. 55 CP, texto según la ley 25.928, sancionada en el año 2004**).

Mientras que, por otra, el condenado a prisión perpetua que haya cumplido 35 años -es decir un poco más de dos tercios de 50 años- puede obtener la libertad condicional (art. 13 del C.P.), en similares condiciones que quien fue condenado a 50 años -por la limitación del art. 55 CP- puede obtenerla cuando hubiere cumplido los dos tercios de ella, es decir a los 33 años y 4 meses.

En consecuencia, nuestro Código Penal establece evidentemente un límite jurídico inexorable para toda pena de privación de la libertad impuesta, como es el caso de la pena de prisión perpetua, en 50 años. En segundo lugar, no está prohibida como especie de pena por la Constitución de Nación Argentina, ni por los Tratados de DDHH con jerarquía constitucional.

Para poder tener una visión jurídica plena sobre el sistema de límites a la potestad punitiva del Estado en cuanto a qué tipo de penas se pueden establecer, es importante partir de la pena legal más grave tolerada universalmente: la pena de muerte.

Tenemos que a nivel constitucional en el artículo 18 sólo se dispone que «[q]uedan abolidas para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes», mientras que en la Convención Americana sobre Derechos Humanos si bien en el art. 4 no prohíbe definitivamente y

universalmente la pena de muerte, sí dispone: a) condiciones en su mantenimiento «2. En los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito [...]»; b) límites: b.1-) en el tipo de casos «4. En ningún caso se puede aplicar la pena de muerte por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos»; b.2-) en el ejercicio: «5. No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieren menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez, y extensión lo hace como convencional»; c) derechos: «6. Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente»; d) la prohibición de su ampliación o ensanchamiento a nuevos casos en los países que se aplica «2. ...Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente»; y e) la prohibición de regreso para los países que no la tuvieren instaurada «3. No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido» y, f) obviamente, la prohibición de instituir la pena de muerte para quienes nunca la hubieron determinado.

Art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

En similar sentido el **art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** dispone: a) condiciones en su mantenimiento: «2. En los países que no hayan abolido la pena capital sólo podrá imponerse la pena de muerte por los más graves delitos y de conformidad con leyes que estén en vigor en el momento de cometerse el delito y que no sean contrarias las disposiciones del presente Pacto ni a la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio. Esta pena sólo podrá imponerse en cumplimiento de sentencia definitiva de un tribunal competente. 3. Cuando la privación de la vida constituya delito de genocidio se tendrá entendido que nada de lo dispuesto en este artículo excusará en modo alguno a los Estados Partes del cumplimiento de ninguna de las obligaciones asumidas en virtud de las disposiciones de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio»; b) límites en el ejercicio: «5. No se impondrá la pena de muerte por delitos cometidos por personas de menos de 18 años de edad, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez»; c) derechos a los sentenciados: «4. Toda persona condenada a muerte tendrá derecho a solicitar el indulto o la conmutación de la pena. La amnistía, el indulto o la conmutación de la pena capital podrán ser concedidos en todos los casos»; y d) prohibición de uso de la tolerancia en el mantenimiento «6. Ninguna disposición de este artículo podrá ser invocada por un Estado Parte en el presente Pacto para demorar o impedir la abolición de la pena capital».

De la atenta lectura de ambas normas, resulta evidente que la mayoría de los países que suscribieron estos instrumentos internacionales no eran partidarios de la pena capital, sino que sólo toleraron a aquellos sistemas que la tenían vigente, acordando limitaciones y derechos; pero definieron una clara política criminal a futuro de disminución y abolición: con la prohibición de regreso, para evitar su reimplantación, también con la prohibición de ampliación o ensanchamiento de casos, asimismo con la prohibición de uso.

Ello, porque la tolerancia es al sistema de pena vigente en su momento, no a la potestad punitiva futura del Estado que la tuviera vigente para establecer la pena capital, lo que acredita la intención de promover un proceso gradual de reducción universal de la violencia en los sistemas penales y la necesaria abolición de la pena de muerte, como camino humanista del derecho penal hacia un derecho penal mínimo. Como ya sentenciaba Sebastián SOLER, junto a la «[...] abolición de la esclavitud, de la tortura procesal y la

tortura penal; con nuevas normas de respeto al prisionero, de garantía de proceso legal» que han sido «[...] consecuencia de la captación de ciertos valores creados por una evolución irreversible de la cultura», y como «[...] el problema de la pena de muerte es un problema estricta y exclusivamente humano.

Ninguna razón jurídica puede aceptarse como concluyente ni en un sentido ni en otro. Siendo así, la consideración del problema debe mantenerse en aquel plano [...], es en esa medida que «[l]os que pueden captar el contenido ético y humano de esa sentencia son los hombres, y la historia muestra en ellos un sentimiento creciente de rechazo que señala el curso previsible de esta institución jurídica y su gradual extinción» (**“Sobre la pena de muerte” en “Reflexiones jurídico penales”; Editorial Advocatus; Córdoba; 2006; p. 170 y 180**). E

n consecuencia, comparando ambas especies de pena tenemos que no existe jurídicamente, ni en la Constitución Nacional ni en los tratados de DDHH con jerarquía constitucional y con relación a la pena de prisión perpetua limitación alguna a la potestad punitiva de mantener, ampliarla o establecerla, ni una política criminal determinada actual, ni a futuro, aunque sí límites (para imponerla sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad -inc. a del art. 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño y el fallo de la CIDH en el caso «Mendoza y o/s. Vs. Argentina») y derechos.

Por ello, resulta evidente que toda cuestión relacionada con la potestad punitiva legislativa de mantenerla, ampliarla o establecer la pena de prisión perpetua es una decisión política en el ejercicio de esa potestad punitiva del Estado y aunque «[...] hoy la política parece atravesar un eclipse duradero, en el cual se presenta en una posición subalterna respecto de la religión, de la economía e incluso del derecho, esto se debe a que, en la misma medida en que perdía conciencia del propio rango ontológico, la política evitó la confrontación con las transformaciones que de manera progresiva desde su seno han vaciado de contenido sus categorías y conceptos» (**AGAMBEN, Giorgio; “Medios sin fin. Notas sobre la política; Adriana Hidalgo Editora; Ciudad Autónoma de Buenos Aires; 2017; p. 9**), es en ese ámbito político donde deben debatirse las diversas posturas que individual o grupalmente se tengan, para que en el ejercicio de la soberanía popular se tome democráticamente la disposición por consenso o mayoría, de su mantenimiento, ampliación, o su disminución, incluso su supresión.

En síntesis, es una problemática de conveniencia, oportunidad, mérito, acierto o eficacia del criterio que se vaya a adoptar. En tercer lugar, y más allá de lo señalado precedentemente, existe la posibilidad jurídica que la sanción a la persona condenada sea morigerada en función de los institutos constitucionales de conmutación de penas o su indulto tanto a nivel federal como en nuestra provincia.

En base a todo lo hasta aquí expuesto en el análisis del tópico en cuestión, queda demostrado de manera suficiente que, por un lado, la prisión perpetua como sanción penal no vulnera el principio constitucional de la separación de poderes porque, conforme se explicó, en nuestro sistema constitucional está claramente delimitado el ámbito de actuación del Poder Legislativo y del Poder Judicial.

Por otro lado, también ha quedado claramente demostrado que la pena de prisión perpetua quebranta el principio de legalidad contenido en el art. 18 de la Constitución Nacional, derivado del principio nullum crimen, nulla poena sine praevia lege en tanto cuando el Congreso Nacional define la política criminal a través de la sanción de normas penales que -previamente al hecho- describen las conductas que se pretenden criminalizar, así como las consecuencias del delito en lo atinente al tipo de pena y a su monto (art. 75, inc. 1º C.N.), el mandato de certeza legal resulta satisfactoriamente cumplido. A su vez, y como

se explicó el régimen de la prisión perpetua no implica una privación de libertad vitalicia puesto que el máximo de la pena de prisión perpetua se haya expresa y legalmente determinado en cincuenta años, lo que significa la consagración efectiva de una perspectiva cierta de liberación.

b.3.- Sobre la pretendida violación a los principios de igualdad, culpabilidad y proporcionalidad

b.3.1.- ¿Es inconstitucional una pena fija por violación del principio constitucional de igualdad?

Uno de los argumentos que también suele utilizarse para cuestionar la validez constitucional de la pena de prisión perpetua, es que la diferencia entre delitos con penas fijas y delitos con penas cuantificables importa una vulneración del principio de igualdad ante la ley.

No compartimos el razonamiento que subyace en sustento de lo señalado, ello sin perjuicio de la conveniencia, oportunidad, mérito, acierto o eficacia de establecerla. Veamos.

El art. **16 de la Constitución Nacional** establece que «La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas».

Por su parte, el **art. 7 de la Constitución de la provincia de Mendoza**, en similares términos, refiere que «Todos los habitantes de la Provincia son iguales ante la ley y ésta debe ser una misma para todos y tener una acción y fuerza uniformes». Nótese el aspecto nuclear y esencial del reconocimiento de este principio en cuestión, tanto en el texto constitucional nacional como en el local, donde la igualdad de los habitantes de la Nación debe ser entendida y examinada en su situación ante la ley, aunque en la regla provincial es un principio más específico al disponer además que la ley debe ser igual para todos y que tenga una acción y fuerza uniforme, que la CSJN sintetiza en la fórmula: la igualdad de los iguales en iguales circunstancias.

Por ello, desde la misma Constitución surgen las herramientas necesarias para mantener la igualdad, en particular, la proporcionalidad como método o técnica para tal fin, sumado la progresividad y el establecimiento de categorías que, combinadas con la proporcionalidad, permitan mantener la idea de equidad.

Según esa concepción, todos quienes pertenecen a una misma categoría establecida por el legislador deben ser tratados de la misma forma. Lo cual exige como presupuesto, a su vez, la constitucionalidad de esa categorización, no solamente la dimensión de su procedencia, sino, particularmente, que no altere el principio constitucional de igualdad (art. 28 CN), comprobado por la razonabilidad de las circunstancias que son relevantes para configurar esa determinada categoría.

De esa manera se puede comprender que no se viola el mandato de igualdad constitucional si a todos los que se encuentran en las mismas circunstancias relevantes se los trata de igual forma. Es lo que se ha dado en llamar como “igualdad jurídico-material” o principio de “no discriminación”.

Dicho en otras palabras, la igualdad consagrada constitucionalmente consiste en aplicar la ley a todos los casos concurrentes según sus diferencias constitutivas, es decir que no se trata de la igualdad absoluta o rígida por «rótulo» o «etiqueta».

Esa garantía no impide que el legislador establezca distinciones, valederas entre supuestos que estime diferentes, en tanto aquéllas no sean arbitrarias, es decir, que no obedezca a propósitos de injusta persecución o indebido privilegio de personas o grupos (Fallos: 313:1638).

Esta concepción ha sido asumida por el Alto Tribunal Nacional de manera constante, en cuanto que igualdad ante la ley debe entenderse como trato igual frente a iguales circunstancias, puesto que “[l]a garantía de la igualdad importa el derecho de todos a que no se establezcan privilegios o excepciones que excluyan a unos de lo que se le concede a otros en iguales circunstancias” (Fallos: **311:394; 312:826,1082;318:1256, 1403; 320:196; 322: 2701; 324:286; 328:2829; entre muchos otros**), reconociéndose la facultad de “ponderar la arbitrariedad y la irrazonabilidad de las decisiones de quienes ejercen el Poder Legislativo, a efectos de impugnarlas como inconstitucionales” pues, “[e]stablecida la irrazonabilidad o iniquidad manifiesta de las decisiones de quienes ejercen el Poder Legislativo, corresponde declarar su inconstitucionalidad” (Fallos: 312:826, del voto del doctor Fayt) por haberse alterado el principio de igualdad.

De manera tal que no existe ningún impedimento que, desde lo constitucional, vea la posibilidad de que sea la propia ley quien proporcione tratos distintos entre quienes frente a la ley se encuentran en situaciones o posiciones diversas, siempre que esa distinción responda a criterios razonables que la justifiquen adecuadamente.

En otras palabras, resulta abiertamente constitucional realizar clasificaciones o categorizaciones por parte de la ley, pero siempre que no se incurra en diferenciaciones arbitrarias por carecer de justificación objetiva y razonable.

Pues, son las categorías legales las que precisamente vienen a hacer efectiva la igualdad como garantía constitucional y el principal amparo contra toda forma de discriminación.

Llevados estos aspectos básicos sobre la temática en cuestión, se observa que el sistema penal se basa en el reconocimiento de “clases” o “categorías” no sólo de conductas criminales -según el o los particulares bienes jurídicos que la norma, mediante su tipificación, tiende a proteger-.

Desde allí es posible advertir la existencia de diferencias sustanciales entre las conductas criminalizadas, que responden a ciertas especialidades vinculadas, entre otros, a la gravedad del ilícito, a las circunstancias particulares de su realización, a las calidades del sujeto activo y/o pasivo del suceso criminoso, a los medios empleados para su comisión, por enumerar sólo algunos.

Pero, además de ese trato diferencial que pone el acento en la diversidad de delitos, también el sistema penal provee tipos heterogéneos de respuestas frente al acometimiento delictivo, cuya sistematización más clara aparece en el art. 5 del Código Penal, donde se prevé el establecimiento de cuatro formas de sanción: reclusión (más allá de lo señalado en “Miranda”, “Argañaráz” por la CSJN), prisión, multa e inhabilitación. Y en cada caso puede estar prevista la sanción con un tipo de pena, o penas alternativas o conjuntas.

Precisamente el resguardo al principio de igualdad en estas clasificaciones o categorizaciones entre delitos y penas viene determinada por la necesaria razonabilidad entre ambos extremos, de manera tal que -en términos genéricos- la ley dispense un trato que resulte justificado por ser equitativo y proporcional. Así, el criterio de proporcionalidad en la regulación establecida por la ley aparece como una forma de realización del principio de igualdad y por tanto es una exigencia del nuestro Estado Constitucional de Derecho, y lo hace en **dos niveles de apreciación: (a) proporcionalidad de la propia ley; (b) proporcionalidad en la relación delito-pena en el caso concreto.**

Ahora bien, más allá de los diversos criterios que puedan encontrarse al respecto, entiendo que entre ambos niveles no debe trazarse un límite divisorio que los enfrente.

Considero que se trata de dos aspectos íntimamente vinculados, de manera tal que lo que debe apreciarse es si, en términos de pre configuración abstracta y genérica, la ley dispensa un trato proporcionalmente igual o desigual entre categorías y dentro de una misma categoría legal.

Pues precisamente para ello el legislador tiene un margen de apreciación en la elaboración de las leyes y, por lo tanto, en la elección de las medidas para alcanzar los objetivos que persigue.

Esta ponderación general es de incumbencia propia y exclusiva del Congreso, quien definirá, de acuerdo con la gravedad que estime tenga el ilícito que se trate, cuál es la respuesta que juzga adecuada para lograr el resultado deseado, debiendo existir una adecuada razonabilidad entre aquella gravedad y la trascendencia de sus razones justificativas de la pena.

Por supuesto que esto no significa de ningún modo que el legislador goce de un nivel de atribuciones que le permita, en los hechos, obrar con un grado de discrecionalidad tal que, aún en el marco de la definición de la política criminal, conforme categorías legales que resulten abiertamente arbitrarias al no superar un adecuado test de razonabilidad.

Precisamente aquí a pedido de parte debe actuarse la función jurisdiccional de control para verificar si esa operación de ponderación que subyace a la categorización legal entre los delitos y las penas, en el caso concreto, violó el ordenamiento, visto en sus primeras premisas, como orden protectorio de derechos fundamentales y, por tanto, como orden de obligatoria observancia por el legislador. Ello “es la máxima adquisición y al mismo tiempo el fundamento del Estado constitucional de Derecho: la extensión del principio de legalidad también al poder de la mayoría y, por consiguiente, la rígida sujeción a la ley de todos los poderes públicos, incluido el Legislativo, y su funcionalización a la tutela de los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados” (Ferrajoli, Luigi, “Derecho y razón. Teoría del garantismo penal”, Ed. Trotta, Madrid, 1995, Prólogo, p. 11)

Sobre la base de que la proporcionalidad de la pena en la ley con carácter general, es de competencia exclusiva del legislador, sin que competa a los tribunales juzgar la conveniencia, oportunidad o eficacia de la misma, ni imponer graduaciones o distinciones que la ley no contempla, resulta evidente que la previsión normativa de una sanción única e indivisible, reservada para ser aplicada estrictamente respecto de ciertos y determinados comportamientos delictivos, no lesiona ni vulnera los principios de igualdad ni de razonabilidad.

Ciertamente, es el Poder Legislativo quien ha determinado que aquellos hechos que revelan un altísimo grado de gravedad delictiva deben ser conminados con una sanción proporcional y razonable a esa entidad de gravedad producida, por lo que no resulta un argumento eficaz sostener que existe un cercenamiento al principio constitucional de igualdad o a la razonabilidad.

A su vez no aparece afectada la relación de proporcionalidad necesaria entre el hecho delictivo y la sanción a imponerse, en consecuencia, tampoco por esta vía se altera el principio de igualdad.

Ello pues, no resulta carente de lógica ni de razonabilidad el criterio de diferenciación que hace que ciertos delitos tengan asignado tipos de penalidades de naturaleza y cuantificación diversa, mientras responda a

criterios que superen satisfactoriamente la arbitraria selección y definición de aquellas circunstancias que son relevantes para configurar tales categorías de delitos.

Diferenciar delitos y agruparlos sea por la gravedad, sea de la conducta que se le reprocha a su autor, sea por el resultado, o por el modo de comisión, o por la calidad del sujeto activo o pasivo, o por los fines - como pauta punitiva- para, desde allí, disponer discriminadamente el tipo, la extensión y el modo de imposición de una pena, así como el de su ejecución, otorga al sistema penal certeza y previsión, y garantiza la dispensa de un trato igual a quienes se encuentren en igualdad de circunstancias.

De acuerdo con ello, si bien existe un trato diferenciado entre delitos cuya amenaza de sanción penal aparece conminada a través de la individualización legal según se trate de penas divisibles o indivisibles, aquello reconoce la preexistencia de una causa justificadora que supera satisfactoriamente el test de razonabilidad, de modo tal que aquella distinción resulta legítima.

Precisamente la razón o el criterio que se reconoce para la dispensa de un trato jurídico semejante en cuanto a las consecuencias legales del quebrantamiento de la ley -gravedad para la categorización de las penas-, encuentra recepción en el propio texto legal -como por ejemplo, el caso de las lesiones que por la misma acción que produce diverso resultado pueden ser leves (art. 89), graves (art. 90) o gravísimas (arts. 91), o luego de la reforma al título XI, capítulo XIII, introducida por la ley 25.246, corresponde señalar que el legislador considera delitos especialmente graves a aquellos cuya pena mínima fuere superior a tres años de prisión (art. 277, inc. 3, apartado a)-. Mientras que, a los efectos del concurso de delitos, el art. 57 CP estipula que el orden en que se hallan enumeradas las sanciones en el art. 5 CP, establece la gravedad relativa de las penas de distinta naturaleza.

En consecuencia, que la pena de prisión perpetua importe una pena indivisible, no vulnera la igualdad como garantía constitucional, cuya vigencia resulta jurídicamente asegurada con la configuración racional de una especial categoría legal, que se caracteriza por abarcar los delitos que representan la máxima gravedad delictiva, a los que se les asigna la máxima pena fija establecida por el legislador para el sistema penal.

b.3.2.- ¿Es inconstitucional la pena fija de prisión perpetua por vulnerar el principio de culpabilidad?

Por otra parte, tampoco advertimos que la prisión perpetua vulnere el principio de culpabilidad. Al respecto debe señalarse que la culpabilidad como categoría dentro de la teoría del delito determina que éste existirá en la medida en que el autor pudo conocer la antijuridicidad de su hecho, si pudo comprenderla y si pudo comportarse de acuerdo con esa comprensión. En segundo lugar, exige que el autor haya obrado con dolo o culpa.

A su vez, la culpabilidad también opera al momento de la individualización de la pena, al determinar sus límites. La adopción de la pena de prisión perpetua, tal como se encuentra regulada en el Código Penal, reiteramos, está dentro de las atribuciones de la potestad punitiva que la Constitución Nacional reserva al Congreso. De esta manera, el Poder Legislativo Nacional ha determinado una pena fija -prisión perpetua- para ciertos comportamientos delictivos de modo tal de considerar que, ante su consumación, y dada su máxima gravedad por el medio utilizado, el modo o del sujeto pasivo o activo que se trate, no existan circunstancias que viabilicen la posibilidad de atenuación ni de agravación de la respuesta penal. Por lo que, cuando se comprueba la culpabilidad, la sanción penal ya se encuentra cuantificada y legalmente individualizada.

Y con ello no se vulnera ni cercena el principio constitucional de igualdad con relación a la situación en la que se encuentran los sujetos a quienes se les reprocha un delito conminado con penas divisibles, precisamente porque se trata de dos categorías jurídicas diversas en las que resulta válido jurídicamente que, desde el sistema jurídico-penal, se dispense un trato igualmente diverso; como tampoco se lo viola entre los distintos casos (en abstracto o concreto) que encuadran dentro de dicha categoría, porque a la máxima gravedad delictiva se determina la máxima clase de pena en forma indivisible; todo ello con independencia que se comparta o no dicha decisión de creación de ese modo del derecho por el Congreso Nacional.

Esto es así por cuanto, la reprochabilidad del autor, determinada por el “Quantum” de la culpabilidad, en el caso de la pena perpetua, viene determinada en la sanción que el tipo penal prevé a los fines de su individualización.

Resultando en consecuencia ésta última -la individualización- previsible, proporcionada y razonable en orden a la respuesta penal que el Estado prevé para estos supuestos.

Es decir, en nada se afecta el principio de culpabilidad en este caso en tanto la ley considera la relación que debe existir entre la gravedad del reproche y la gravedad de la pena que se individualiza para ese tipo de delito.

De modo que su aplicación al personalizarla no vulnera la categoría dogmática de la culpabilidad, pues como enseña el profesor BACIGALUPO, queda ajustada su gravedad a la de la culpabilidad, de modo que se respeta «la prohibición de que la gravedad de la pena que se impone por un delito supere la gravedad de la culpabilidad referida al concreto delito [...]» (BACIGALUPO, Enrique; “Principio de Culpabilidad, carácter de autor y Poena Naturalis en el derecho penal actual”; en “DERECHO PENAL Y EL ESTADO DE DERECHO”; Editorial Jurídica de Chile; Santiago-Chile; 2005; p. 145).

Claramente se advierte entonces que no se trata la pena de prisión perpetua de un supuesto que no se compatibilice con el principio constitucional de la culpabilidad, ya que no resulta alcanzada por la prohibición de determinar las penas en atención a la personalidad del autor, sino que sido por la gravedad del hecho cometido, como ya se dijo.

Ese ha sido el temperamento seguido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando, tras reconocer la potestad legislativa en la determinación legal correspondiente a delitos, sostuvo que «la sola subsunción de la imputación en el tipo penal basta para dejar sentada la gravedad del hecho sin necesidad de mayores argumentaciones, pues la pena prevista es absoluta y por lo tanto, no exige, de hecho, ningún esfuerzo argumental adicional para la determinación de la pena: prisión perpetua», agregando que «las penas absolutas, tal como la prisión perpetua, se caracterizan, justamente, por no admitir agravantes o atenuantes de ninguna naturaleza.

Esto significa, que el legislador declara, de iure, que todo descargo resulta irrelevante: son hechos tan graves que no admiten atenuación alguna. En los casos de plena culpabilidad por el hecho, este recurso legislativo resulta, en principio, admisible» (in re “Maldonado”, Fallos: 328:4343, considerandos n° 13 y 14).

b.3.3.- ¿Es inconstitucional por violar el principio de igualdad establecer categorías objetivas por tipo de delitos dentro del sistema penal?

Respecto de las categorías, podemos hacer un parangón con la situación que se produce en los casos de condena condicional (art. 26 CP), libertad condicional y reincidencia (arts. 14 en función del 50 del CP). Al respecto, resulta que el legislador ha asumido también un criterio normativo que distingue la situación entre quien luce como un delincuente primario y se le impone una pena de hasta tres años de otro que es reincidente o siendo primario se le impone una pena mayor; tanto sea al momento de imponer la pena como en la ejecución. De ningún modo puede predicarse que aquí se vulnere el principio de igualdad, pues es la pertenencia a una u otra categorización es la que habilita la dispensa de un cierto trato jurídico que resulta distinto. Debe recordarse también que la Corte Suprema de la Nación se ha expedido al respecto al señalar que «el distinto tratamiento dado por la ley a aquellas personas que, en los términos del artículo 50 del Código Penal, cometen un nuevo delito, respecto de aquéllas que no exteriorizan esa persistencia delictiva, se justifica, precisamente, por el aludido desprecio hacia la pena que les ha sido impuesta. Y si, como se vio, existe un fundamento razonable para hacer tal distinción, el legislador se encuentra facultado para establecer, dentro del amplio margen que le ofrece la política criminal, las consecuencias jurídicas que estime conveniente para cada caso» (Fallos: 311:1451). En el mismo sentido ha destacado que el autor que ha experimentado el encierro que importa la condena y, a pesar de ello, reincide, demuestra su insensibilidad ante la amenaza de un nuevo reproche de esa naturaleza, cuyo alcance ya conoce (Fallos: 308:1938 y 311:1209). En consecuencia, siendo de la esencia del sistema penal establecer según la gravedad del delito, la gradualidad, la proporcionalidad, la progresividad, las categorías, para disponer la pena, medios para concreta el principio constitucional de igualdad, la sola existencia de una categoría no la convierte en sí misma en inconstitucional, sino que debe acreditarse la arbitrariedad, la que no se advierte en el caso previsto de los hechos delictivos tenidos como los más graves para que se le imponga la pena única y fija más grave de prisión perpetua.

b.3.4 ¿Es inconstitucional la pena de prisión preventiva por violar el principio de igualdad el establecer categorías subjetivas que diferencian el trato a sujetos distintos que cometen el mismo tipo de delito?

Se invoca bajo el mismo argumento que la imposibilidad declarada jurisprudencialmente de imponer la pena de prisión perpetua para delitos cometidos por menores de edad, vulneraría el principio de igualdad con relación a los mayores condenados a prisión perpetua. Sin embargo, existen sobradas razones que justifican la aplicación de un régimen jurídico especial, sobre la base de la especificidad que resulta de la menor edad de quienes han infringido la ley, que determina un grado de vulnerabilidad y de reducción de la comprensión en la comisión de los actos que los diferencia de los autores mayores de edad.

Esta especificidad nace no solamente de la normativa legal aplicable (Ley 22.278, que establece el “Régimen Penal de Minoridad”), sino, también, en el abordaje sancionatorio que es válido dedicarles. Asimismo, nace de los tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional (inc. 2º art. 75 CN): la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 37.a y cc.), como de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos sobre la aplicación de la pena de muerte para las personas que tengan menos de 18 años al momento de cometer el delito (arts. 4.5 y 6.5 respectivamente). Este ha sido el temperamento que motivó la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Mendoza y otros vs. Argentina”, al declararse, entre otros aspectos, que la aplicación de penas de prisión perpetuas para delitos cometidos por menores de edad constituía un trato cruel e inhumano conforme a la Convención Americana de Derechos Humanos y a su

interpretación con relación a la Convención Internacional de los Derechos del Niño. En este sentido, el tribunal internacional tomó los principios de ultima ratio y de máxima brevedad posible en la aplicación de las penas, siguiendo las directivas impartidas por el art. 37 inciso “b” de la Convención sobre los Derechos del Niños, Niñas y Adolescentes, en tanto “la detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño (...) se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda”. La constitucionalidad y convencionalidad del criterio de diferenciación, por ser razonable la distinción, valida que se dispense un trato disímil entre quienes integran ambas categorías de sujetos activos de comportamientos delictivos. En cuanto a la temática en cuestión, esa diferenciación conlleva la abstención de la condena a penas perpetuas a quienes han cometido delitos siendo menores de edad. En definitiva, el principio de igualdad sólo se ve vulnerado en situaciones que un derecho, obligación, facultad o carga es reconocido a determinada persona o grupo de personas y no es otorgado arbitrariamente, sin causa justificatoria razonable, a otra persona o grupo de personas. Por lo tanto, no todo trato diferente viola el principio constitucional de igualdad si está justificada objetivamente y en forma razonable, como es el caso del art. 10 del C.P. que prevé que podrá disponer el juez la detención domiciliaria para ciertas situaciones o categorías de personas. Y ha de considerarse si existe una conexión proporcional fundada en diferencias que la norma realiza las cuales son razonables, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos o despóticos. En conclusión, no es inconstitucional por violación del principio de igualdad la diferencia de trato (estableciendo categorías distintas) entre quienes al momento de cometer el delito previsto con una pena de prisión perpetua son menores de edad de los que son mayores.

b.4.- Consideraciones acerca de la violación del mandato resocializador de las penas privativas de libertad

Para abordar adecuadamente el cuestionamiento según el cual la prisión perpetua vulneraría el mandato resocializador considero importante distinguir las eventuales finalidades que se pueden asignar a la pena en sí misma, de los fines que se persiguen mediante el sistema de ejecución de la sanción penal. Ello pues una cosa es mirar las penas en su formulación abstracta, dirigida a un colectivo indeterminado, plano desde el cual pueden identificarse su función antes del delito, incluso sin la necesidad de que persona alguna cometa una infracción penal.

Distinta es cuando apreciamos la pena en su imposición o en su aplicación, esto es, luego de la comisión de un comportamiento criminoso, puesto que aquí las penas se relacionan tanto con el infractor como con su transgresión. También aquí podemos advertir que según se defina el delito, se estructure su dañosidad para considerarlo tal, se podrá asignar o no a las penas determinadas justificaciones, funciones y finalidades. Sin necesidad de ahondar aquí sobre las diversas y variadas posiciones doctrinarias, dogmáticas e, incluso, filosóficas desde donde se erigen múltiples corrientes teóricas sobre los fines de la pena, en las que se observan a grandes rasgos el continuo enfrentamiento entre las teorías retribucionistas contra las prevencionistas, es posible advertir que el sistema jurídico penal carece, en lo sustancial, de la falta de referencia normativa expresa a la finalidad de la pena. Ello así por cuanto, más allá de la conminación genérica del elenco de respuestas penales previstas en el art. 5, y de los parámetros indicados para su individualización en el art. 41, el Código Penal no contiene ninguna norma en la que se defina ni individualice cuál es el fin o función que se le atribuye a las penas privativas de libertad, sean estas establecidas de modo divisible o indivisible. En cuanto de la ejecución -cumplimiento- de las penas, entendemos que tanto el art. 18 de la Constitución Nacional, como en ciertos tratados internacionales que han sido jerarquizados con ella, además de las leyes 24.660 y 8.465, brindan algunas pautas en relación con la finalidad que debe orientar esa etapa. La lectura de la última parte del art. 18 de la

Constitución Nacional permite visualizar una referencia al tema en análisis, cuando prevé que “Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas”. La referencia al sustantivo cárceles precisa, sin lugar a dudas, que se trata del lugar de cumplimiento de la pena impuesta, es decir de su ejecución. Con lo cual, se refiere indiscutiblemente al régimen penitenciario, es decir, no habla de penas, sino de cárceles, y en ellas se ejecutan (cumplen) las penas.

La interpretación sistemática de la Constitución a la luz de esta norma, permite interpretar que la reacción penal no puede sino ir orientada a retribuir la culpa demostrada al delinquir, y no a refrenar impulsos delictivos demostrados en ese acto, es decir, no puede proyectarse hacia aspectos que trascienden notoriamente al hecho sancionado, por lo menos en lo que concierne a la base de legitimidad de la imposición de la **pena (cfr. FLEMING, Abel y LÓPEZ VIÑALS, Pablo, “Las Penas”, Santa Fe, Argentina, Ed. Rubinzal-Culzoni, 1ª Edición, 2009, pág. 84).**

Por otra parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su art. 10.3 establece específicamente que «[e]l régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y readaptación social de los penados”; mientras que el art. 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que “[l]as penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados». A partir de tales enunciaciones, se hace emerger el comúnmente denominado «mandato resocializador» como fin de las penas privativas de libertad, en el sentido de que éstas deben propender a la reforma y readaptación social de los condenados. Ahora bien, la determinación del sentido y alcance de esas disposiciones ofrece un punto relevante para examinar adecuadamente su significado jurídico.

Es que, aún cuando ambas normas utilicen una terminología que puede lucir similar, la comparación del lenguaje de ambos textos pone en evidencia que sus términos no son idénticos pues mientras en uno de ellos se refiere al régimen penitenciario, es decir, indiscutiblemente a la ejecución de la pena, que consiste en un “tratamiento” con finalidad esencial de reforma y readaptación social (art. 10.3 PIDCP), en el otro se menciona a la pena, sin distinguir entre el establecimiento de la misma, su individualización o la ejecución, pero la interpretación sistemática desde una concepción democrática del derecho (legitimidad de origen, como la constitucionalidad, convencionalidad y legalidad de ejercicio) y los principios del derecho penal liberal, según las normas del art. 29 del tratado, sólo pueden dar por resultado que se impone igual conclusión que aquella finalidad está orientada a la ejecución de la pena (art. 5.6 CADH). Ello, por cuanto en el inc. 1º de ese mismo artículo se dispone que “[t]oda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”, aceptar como fin resocializador, además, en el momento de establecer las penas o individualizarla, significaría violentar ese derecho de respeto por cuanto se otorga una peligrosa herramienta de disciplinamiento y control social, que de por sí es antidemocrático y contrario al derecho penal liberal de acto y la sanción por la culpabilidad.

Asimismo, afecta el derecho a la autodeterminación y suprime la elección voluntaria del propio proyecto de vida. Por el contrario, es sólo la previa reforma, o readaptación o resocialización voluntaria del enjuiciado constatada la que permite tenerse en cuenta al momento de individualizar la pena (cuando existe margen dentro de la escala penal, como es el caso del arrepentimiento ineficaz), o la del condenado para poder gozar de los beneficios, o en su caso el examen posterior de la pena (indulto o conmutación); y no es al revés, de establecer, imponer o ejecutar la pena para resocializar.

De todos modos, lo que es determinante es que ninguna pena privativa de libertad será compatible con las disposiciones constitucionales y convencionales que se examinan si el Estado no pone a disposición de los condenados -según las circunstancias históricas, económicas y sociales de que se trate y transita- los instrumentos necesarios que les permita su voluntaria resocialización y que con ello se los habilite a solicitar y lograr incorporarse -según su particular caso- a la vida social libre, por la viabilización de alguno de los institutos jurídicos previstos y antes de cumplir con la pena. Entonces, es claro que debemos distinguir entre la finalidad resocializadora de la pena (CADH) o del régimen penitenciario (PIDCyP) y la efectiva resocialización lograda por el condenado. La primera es la política penitenciaria que determina cómo debe actuar el Estado en su accionar efectivo durante la ejecución de la pena. Mientras que en el segundo caso, cuando el condenado se ha reformado o readaptado puede influir en la imposición de la pena cuando existe una escala penal o en la obtención de los beneficios/derechos del régimen progresivo de la pena, o en su caso para solicitar la conmutación de la pena o su indulto. A partir de allí pueden formularse dos observaciones. En primer lugar, que la pena de prisión perpetua, regulada por los arts. 5, 9 y concordantes del Código Penal, ha sido concebida, en general -y como lo señalara anteriormente- de un modo que, como ya se dijo, desde un punto de vista jurídico, no son en rigor “a perpetuidad”. De modo que, al menos desde su configuración jurídica, no puede racionalmente predicarse que esas penas persiguen la exclusión social de modo definitivo, y por ende que la misma sea contraria a los arts. 10.3 PIDCP y 5.6 CADH. Dado tal nivel jurídico de aplicación de la pena, allí se comprende que “[l]a ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de respetar y comprender la ley, así como también la gravedad de sus actos y de la sanción impuesta, procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad, que será parte de la rehabilitación mediante el control directo e indirecto. El régimen penitenciario a través del sistema penitenciario, deberá utilizar, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, todos los medios de tratamiento interdisciplinario que resulten apropiados para la finalidad enunciada” (**art. 1 de la ley n° 24.660, según texto ley n° 27.375**).

Lo mismo cabe mencionar respecto de que «[l]a ejecución de la pena privativa de la libertad, en todas sus modalidades se encuentra dirigida al fortalecimiento de la dignidad humana y el estímulo de actitudes solidarias, a partir de la satisfacción de sus necesidades y del desarrollo de sus potencialidades individuales y tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley, como así también comprenda la gravedad de sus actos y de la sanción impuesta, procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad, que será parte de la rehabilitación mediante el control directo e indirecto.

El sistema de reinserción se desarrollará primando las labores en todas sus formas, en la capacitación, en la educación, en la introyección en el rol de las víctimas y en la retribución hacia las mismas. Deberá inculcarse la voluntad de vivir conforme a la ley y crear actitud para hacerlo, además de fomentar el respeto por sí mismo y el sentido de responsabilidad, dado que la condena responde a un hecho delictivo cometido por el autor [...]» (**art. 2 de la ley n° 8.465**).

Debe aclararse al respecto que la finalidad resocializadora no puede ser fundamento de la pena en sí misma por diversos motivos. En primer lugar, porque el Estado no está legitimado para imponer su sistema de creencias a los ciudadanos y habitantes. En segundo lugar, porque los programas resocializadores que se han implementado en diversos lugares han fracasado. En tercer lugar, porque un seguimiento estricto del principio resocializador daría lugar a la tan cuestionada “sentencia

indeterminada” incompatible con un derecho penal de culpabilidad por el acto. Así lo expresa Roxin cuando señala que «una ‘socialización forzosa’ [no] tendría perspectivas de éxito [...] Por tanto, si el condenado rehúsa su colaboración para la resocialización, sin duda debe despertarse su disposición para ello en cuanto sea posible, pero no puede ser forzado. Naturalmente, también en este caso debe ejecutarse la pena; para su justificación es suficiente, sin embargo, la necesidad de prevención general [...] [C]uando el condenado, por iniciativa propia, colabora en el desarrollo de la ejecución, ello no contribuye a la violación de su personalidad, sino precisamente al desarrollo de la misma [...] Lo prohibido es únicamente la educación forzada de adultos; no obstante el condenado tiene derecho a que el Estado le ayude en la reinserción social a la que él mismo aspira» (**Roxin, Claus, “Derecho penal, parte general”, ed. Thomson Civitas, 2007, Tomo 1, pág. 96**).

La resocialización impuesta al autor de manera forzosa es propia de los sistemas autoritarios de tipo religioso o político. Conforme a estas ideas entiendo que en los casos en que se admite el examen posterior de la pena y su reducción (conmutación), ello es porque, y principalmente, el autor se ha resocializado y no para resocializarse -como muchas veces se sostiene-. No está demás decir de nuevo que cuando se suele cuestionar que existen ciertas normas legales que, en el régimen de ejecución de penas vigente, restringen -para cuando se trata de condenados por determinados delitos- el acceso a determinados beneficios inherentes al régimen de ejecución penitenciaria, vinculados con el ingreso progresivo de los condenados a instituciones abiertas, semiabiertas o a secciones separadas regidas por el principio de autodisciplina, así como también la posibilidad de obtener salidas transitorias del establecimiento carcelario, la incorporación al régimen de semilibertad o, por último, la liberación condicional, ello requiere necesariamente analizar en forma separada e independientemente la constitucionalidad de tales disposiciones, de lo contrario estaríamos no sólo analizando anticipadamente, en abstracto y de oficio, sino que estaríamos yendo más allá de la pregunta formulada al disponer el plenario que limita jurídicamente nuestra intervención y con la cual se convocó al debate en la audiencia pública. Ello implica que nuestro *thema decidendum*, la constitucionalidad de establecer o imponer la pena de prisión perpetua, no depende del régimen de ejecución de ese tipo de pena por cuanto no sólo que éste es un subsistema penal sino que es consecuencia jurídica de aquel y no su causa, además porque, en el caso la forma de ejecución establecida no es una inexorable derivación única de la pena de prisión perpetua, ya que ese tipo de pena admite diversas formas de reglamentar su ejecución, por tanto su conveniencia, oportunidad, eficacia de la dispuesta es un tratamiento jurídico autónomo.

Sólo si la ejecución de la pena de prisión perpetua naciera per se de ella exclusivamente y no estando reglamentada en normas específicas -como lo está- y existiera una sola y necesaria forma posible de ejecución -lo que tampoco es así- sería jurídicamente indivisible la cuestión a tratar y debería hacerse lo en forma conjunta en esta oportunidad.

Por ello, los jueces en los casos concretos no pueden en el juicio o la revisión del mismo, bajo el argumento de analizar las consecuencias de la ejecución de la pena de prisión perpetua anticipar la competencia del juez de ejecución e introducirse indebida e inconstitucionalmente al tratamiento de su constitucionalidad o so pretexto de interpretarla y declarar por su forma de ejecución la inconstitucionalidad de la prisión perpetua o directamente declarar la inconstitucionalidad del art. 14 del CP. En conclusión, la pena de prisión perpetua no viola per se la finalidad esencial de resocialización de los condenados, en consecuencia, no es inconstitucional su establecimiento e imposición.

b.5.- La vigencia de la prisión perpetua en el ámbito internacional de los derechos humanos.

Sobre el cuestionamiento vinculado a la violación de la prohibición de penas crueles, inhumanas y degradantes De acuerdo con lo analizado en el acápite precedente, y sumando aquí el contenido derivado de diversas fuentes, consideramos que la pena de prisión perpetua no vulnera disposiciones de los tratados internacionales con jerarquía constitucional, en cuanto establecen la prohibición de penas crueles, inhumanas y degradantes. Esencialmente tal prohibición implica que el poder penal debe ser ejercido conforme los límites racionales que emanan del deber de respeto a la dignidad humana. En línea con ello y con lo dispuesto por el citado art. 18 de la Constitución Nacional, que prohíbe toda especie de tormento y azotes y establece simultáneamente el principio constitucional de no regresividad al establecer que quedan abolidos para siempre, la Argentina también tomó el compromiso de adoptar las medidas legislativas, administrativas, judiciales o de cualquier otra índole, que resulten eficaces para impedir actos de tortura en su territorio, a través de la suscripción y ratificación posterior de diversos instrumentos internacionales a los cuales, bajo las condiciones de su vigencia, se les reconoce jerarquía constitucional. El abordaje más preciso sobre estas penas prohibidas lo encontramos a través de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, que fuera aprobada mediante la ley 23.338. Texto que se complementa con su Protocolo Facultativo, el que también fue aprobado por ley 25.932. Luego de ratificar en su preámbulo que «[...] de conformidad con los principios proclamados en la Carta de las Naciones Unidas, el reconocimiento de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana es la base de la libertad, la justicia y la paz en el mundo» y de reconocer que «[e]stos derechos emanan de la dignidad inherente de la persona humana», define el significado y los alcances que, a los efectos de esa Convención, corresponde asignarle al término «tortura», entendiendo por tal a «[...] todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia», aclarando con precisión jurídica que «[n]o se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas» (art. 1.1). En consecuencia, la pena de prisión perpetua legítima y constitucionalmente establecida e impuesta no puede considerarse tortura. En función de ello, establece los deberes a los que se comprometen los Estados parte al suscribir esta Convención. En particular, a mantener “[...] sistemáticamente en examen las normas e instrucciones, métodos y prácticas de interrogatorio, así como las disposiciones para la custodia y el tratamiento de las personas sometidas a cualquier forma de arresto, detención o prisión en cualquier territorio que esté bajo su jurisdicción, a fin de evitar todo caso de tortura” (art. 11), y, además, a prohibir “[...] en cualquier territorio bajo su jurisdicción otros actos que constituyan tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y que no lleguen a ser tortura tal como se define en el artículo 1, cuando esos actos sean cometidos por un funcionario público u otra persona que actúe en el ejercicio de funciones oficiales, o por instigación o con el consentimiento o la aquiescencia de tal funcionario o persona. Se aplicarán, en particular, las obligaciones enunciadas en los artículos 10, 11, 12 y 13, sustituyendo las referencias a la tortura por referencias a otras formas de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes” (art. 16.1). En el mismo sentido, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, establece que “[n]adie estará sometido a torturas ni a

penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes” (art.5); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos determina que “[n]adie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”(art. 7), y que “[t]oda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano” (art. 10.1); la Convención Americana sobre Derechos Humanos refiere que “[n]adie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano” (5.2); la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece que “[t]oda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le imponga penas crueles, infamantes o inusitadas” (art. 26); y, por último, la Convención sobre los Derechos del Niño manda a los Estados partes a velar porque “[n]ingún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad” (art. 37.1). Asimismo, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura -aprobada mediante ley 23.652- considera como «tortura» “todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica. No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo” (art. 2). El propio Comité contra la Tortura -órgano que supervisa la aplicación de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (art. 17)- en el ámbito del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ha considerado que su art. 7° -que también prohíbe la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes- se refiere a los castigos corporales, incluidos los castigos excesivos impuestos por la comisión de un delito o como medida educativa o disciplinaria (Observación General n° 20, 44° período de sesiones -1992- punto 5, publicada en “Recopilación de las Observaciones Generales y Recomendaciones Generales adoptadas por Órganos creados en virtud de Tratados de Derechos Humanos). Ello permite apreciar que no es posible inferir per se que la pena de prisión perpetua pueda estar comprendida en ese concepto, desde que el propio Pacto tolera limitadamente la imposición de una sanción de suma gravedad, como es la pena de muerte (art. 6°). De ello se infiere que la inteligencia de ese criterio debe coincidir con la del art. 1 de la Convención contra la Tortura, supra citada. En línea con esos postulados, en el ámbito local encontramos que el Código Penal viene a cumplir con el mandato establecido en la Convención cuando tipifica las conductas mencionadas en aquel instrumento a través de los arts. 144 bis a 144 quinto. Mientas que, además, el art. 9 de la ley 24.660 dispone que “[...] la ejecución de la pena estará exenta de tratos crueles, inhumanos y degradantes”. En igual sentido el art. 10 de la ley 8.465 -Código de ejecución de la pena privativa de la libertad de la provincia de Mendoza- establece que “[l]a ejecución de la pena estará exenta de tratos crueles, inhumanos o degradantes. Quien ordene, realice o tolere tales excesos se hará pasible de las sanciones previstas en el Código Penal, sin perjuicio de otras que le pudieren corresponder”. Al respecto debe destacarse que también en la provincia de Mendoza mediante ley 8.284, se crea la Comisión Provincial de Prevención de la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Por otra

parte, la doctrina se ha encargado de ofrecer parámetros interpretativos que permitan observar y delinear el campo propio que hace a las prohibiciones constitucionales y convencionales referidas. Así, se ha sostenido que el principio de humanidad en la ejecución de las penas contenido en el art. 18 de la CN ha quedado reforzado con los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional. En ese sentido, se afirma que las garantías referidas a que la pena no puede consistir en un dolor corporal causado por azotes u otros medios de coerción física, así como respecto a la proscripción de toda medida de crueldad o excesivo rigor contra los presos «[...] ahora lo integra, ampliándolo, la proscripción de los tratos y penas crueles, inhumanas y degradantes. Esta prohibición modifica el marco anterior a 1994 en el sentido que, desde que se proscriben no solo los tratos sino también las penas crueles, inhumanas y degradantes, el principio de humanidad de las penas ya no sólo excluye toda medida de crueldad o de excesivo rigor en lo que atañe a la ejecución de la pena (C.N. 18: "las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas.."), sino también a su consistencia, excluyéndose así las penas corporales, pero también, actualmente, aquellas cuya inhumanidad o crueldad no reside sólo en que el mal impuesto por la pena importa un sufrimiento físico, como los tormentos y los azotes (C.N., 18)» (cfr. Núñez, Ricardo, "Manual de Derecho Penal. Parte General", Córdoba, Argentina, Marcos Lerner Editora Córdoba, 4ª Edición Actualizada por Roberto Spinka y Félix González, 1999, pág. 281). Asimismo, en cuanto a los alcances conceptuales de los términos utilizados por el PIDCyP para individualizar las penas prohibidas, y luego de señalar que «[...] en el Estado democrático de derecho la comisión de un delito no determina la pérdida de la dignidad de la persona y, por lo tanto, la reacción del derecho penal debe partir de este axioma», BACIGALUPO expresa que «[p]or estas razones, las penas tampoco pueden ser inhumanas ni degradantes. Básicamente son inhumanas las penas que no guardan proporcionalidad con la gravedad del hecho cometido y con la responsabilidad del autor», mientras que «[l]as penas del derecho penal son degradantes cuando por su contenido o por su forma de ejecución implican alguna forma de lesión de la dignidad de la persona. Fundamentalmente se convertirá en degradante la pena privativa de libertad ejecutada en condiciones que impidan la autorreflexión y el recogimiento en un mínimo de intimidad» (cfr. Bacigalupo, Enrique, "Manual de Derecho Penal. Parte General", Santa Fe de Bogotá – Colombia, Ed. Temis S.A., 3ª Reimpresión, 1996, pág 30). A su vez, se sostiene que el carácter de pena cruel lo ostentaría la sanción penal que «[i]mpone un sufrimiento que no tiene ninguna relación con el hecho o le da una intensidad a ese sufrimiento que implica una autorización inadmisibles, planteando un problema similar al de la pena de muerte. Es infamante una pena que impone una deshonra que, al igual que la crueldad, no tiene relación con el hecho que ha provocado la reacción estatal y busca otra finalidad. Las penas crueles e infamantes buscan destruir a la persona como si se tratara de la muerte y, por ende [...] son formas de destrucción humana» (cfr. Binder, Alberto, "Introducción al Derecho Penal", Buenos Aires, Ed. Ad Hoc, primera edición, 2004, p. 301-302). El repaso de lo hasta aquí señalado permite descartar que la pena de prisión perpetua en nuestro país pueda ser encuadrada en alguno de los conceptos anteriormente señalados y, por tanto, que se trate de una pena prohibida en los términos mencionados. La normativa anteriormente referida, especialmente la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes, así como la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, excluye expresamente del concepto de torturas a los padecimientos inherentes a la ejecución de penas legalmente impuestas. Desde allí, no pueden considerarse tratos crueles, inhumanos o degradantes a los padecimientos inherentes a la pena, en tanto no se lleven a cabo los métodos que esos instrumentos prohíben que signifique la imposición de sufrimientos que no tengan ninguna relación con la circunstancia de la privación legítima de la libertad, o

le den una intensidad a ese sufrimiento que implique una autorización inadmisibles. En forma concurrente se ha pronunciado la jurisprudencia nacional al afirmar que «[...] la pena de prisión perpetua en nuestro país, pese a su severidad, no puede ser encuadrada en la definición citada, ya que la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad (ley n° 24.660), consagra normas que aseguran al interno asistencia espiritual y médica integral, derecho a comunicarse con su familia y allegados, así como también normas que garanticen el ejercicio del derecho a aprender; estableciendo en su artículo 9 expresamente que “la ejecución de la pena estará exenta de tratos crueles inhumanos y degradantes” y previendo, además, para quien ordene, realice o tolere tales excesos, las sanciones establecidas en el Código Penal» (Cámara Federal de Casación Penal, Sala I, sentencia del 5 de agosto de 2014, “Harguindeguy, Albano Eduardo s/ recurso de casación”).

Con este criterio que ha sido también aceptado por esta Suprema Corte de Justicia en los precedentes “Araya Rivas” y “Ortiz Morel”.

b.6.- ¿La pena de prisión perpetua viola el principio de no regresividad y por ello es inconstitucional?

“En la era d. D. (después de Dworkin), nos hemos acostumbrado a creer que el razonamiento jurídico no es ni más ni menos que el razonamiento moral (o político) por otros medios; un conjunto de derechos y principios que se supone que nadie puede razonablemente negar a pesar de que no figuran en ninguna norma jurídica, y es precisamente por eso que deben ser identificados por los jueces mediante “interpretación”. Hoy en día los jueces ya no parecen tener el mandato de rastrear en derecho exclusivamente hasta su fuente -Constitución, Congreso, su ruta-, sino que básicamente se espera que tomen la decisión que ellos en cuanto coautores del derecho consideran moral o políticamente apropiada, como si hoy en día la independencia del Poder Judicial exigiera que los jueces se arrogaran el poder legislativo” (ROSLER, Andrés; “La ley es la ley”; Katz Editores; 2019; p. 13).

Pero el modelo argentino establece una determinada forma de sistema jurídico: normativista (principio normativo constitucional -arts. 1, 27 y 28 CN-; principio normativo convencional -art. 31 Convención de Viena-; y principio normativo legal -art. 19 CN y arts. 34, 148 y 149 CdeM-) que no resulta compatible con aquella concepción y que no puede ser introducida ni válida, ni legítimamente a nuestro ordenamiento. Por tanto, el principio de no regresividad en materia jurídica inexorablemente debe nacer de las normas: si se trata de la Constitución Nacional estamos ante un principio constitucional de no regresividad, como por ejemplo cuando el artículo 18 de la CN establece “Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes”, es decir, desde 1853 no sólo se otorgó la potestad punitiva al Congreso de la Nación sino que se la dispuso restringida, no pudiendo establecer la pena de muerte por razones políticas, sino que además dispuso un expreso principio constitucional de no regresividad penal (queda abolida para siempre) establecer la pena de muerte por razones políticas y simultáneamente se dispuso no sólo la prohibición de los tormentos y azotes, tanto como medio de investigación (procesal) y como medio de castigo (ejecución penal), sino que estableció el principio constitucional de no regresividad a la utilización de los tormentos y azotes; o en su caso de un tratado internacional suscripto e incorporado a nuestro sistema jurídico con o sin jerarquía constitucional, que haya sido tramitado según el proceso formal (inc. 1° del art. 99 e inc. 2° del art. 75) y sustancial (la cláusula argentina, art. 28) previsto en la Constitución Nacional, como es el caso del principio convencional de no regresividad (inc. 3 del art. 4 CADH e inc. 2° del art. 6 PIDCyP) para restablecer la pena de muerte en ningún supuesto; o también puede nacer de la ley es decir un principio legal de no regresividad. En los demás supuestos, se trata de opiniones individuales o colectivas, que por muy loables y/o compartidas

que sean, se trata sólo de aspiraciones o declaraciones civiles, políticas, académicas o en su caso ideológicas (como conjunto de ideas para la acción) organizadas para lograr su supresión y que se establezca su no regresividad, por quien la potestad de hacerlo: el pueblo; directamente (por consulta popular art. 40 CN-) o a través de sus representantes (sea mediante una reforma constitucional, la firma de un tratado o la sanción d una ley que lo disponga), pero no es un principio: ni constitucional, ni convencional, ni legal. En consecuencia, no estando establecido en ninguna norma constitucional, convencional o legal, no se puede invocar jurídica y válidamente la supuesta existencia de un principio de no regresividad (sea constitucional, convencional, o legal) para cuestionar la potestad legislativa de establecer o mantener la pena de prisión perpetua o invocar la necesidad de cambiar su reglamentación como pena o que sólo queda la posibilidad de supresión de la prisión perpetua. En conclusión, no estando establecido un principio constitucional o convencional de no regresividad de la pena de prisión perpetua o de su reglamentación en nuestro sistema constitucional penal, su imposición por los jueces no viola ningún inexistente principio de no regresividad de la pena de prisión perpetua.

b.7.- ¿Las disposiciones del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional condicionan la legislación penal argentina y por tanto es inconstitucional la prisión perpetua establecida?

Punto aparte merece el tratamiento de la compatibilidad de la pena de prisión perpetua con el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, que fuera aprobado por la República Argentina mediante la Ley 25.390, que ha sido incorporado en las condiciones de la cláusula argentina dispuesta en el art. 27 de la CN. Desde su creación, la Corte Penal Internacional tuvo asignada una jurisdicción complementaria de las jurisdicciones penales nacionales (art. 1), lo que determina una relación de subsidiariedad y no un ordenamiento jurídico penal internacional, supranacional, condicionante de los sistemas jurídicos nacionales vigentes y eficaces; instrumento internacional que simultáneamente recuerda que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales (Preámbulo) y siendo deber de los jueces nacionales ejercer su jurisdicción por los crímenes internacionales perpetrados en su territorio o por sus nacionales, de no hacerlo, recién se activaría la jurisdicción de la Corte Internacional. Se trata, además, de un tribunal de carácter permanente e independiente pero complementario y en el ámbito del Derecho Penal Internacional. En razón de la materia, la competencia de la Corte aparece limitada, de conformidad con lo previsto en el propio Estatuto, a los siguientes delitos: a) el crimen de genocidio; b) los crímenes de lesa humanidad; c) los crímenes de guerra; d) el crimen de agresión (art. 5). Asimismo, es el propio instrumento constitutivo el que regula las penas que serán aplicables por ese tribunal internacional. Así, se establece que podrá imponer a un condenado por uno de los crímenes anteriormente mencionados, a) La reclusión por un número determinado de años que no exceda de 30 años; o b) La reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado. A lo que agrega que, además de la pena de reclusión, se podrá imponer: a) una multa con arreglo a los criterios enunciados en las Reglas de Procedimiento y Prueba; b) el decomiso del producto, los bienes y los haberes procedentes directa o indirectamente de dicho crimen, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe (art. 77). De acuerdo a ello se advierte que el sistema establecido por el Estatuto de Roma, pese a no estipular “penas determinadas” para cada delito, puesto que por un lado establece los tipos penales (arts. 6, 7, 8 y 10) y , por otro, las penas aplicables en general para tales conductas prohibidas (art. 77), dejándose al juzgador la tarea de determinar la pena para el delito en particular en el caso concreto, lo cierto es que no resulta sustancialmente diferente al régimen de penas previsto en el Código Penal argentino en cuanto a que, en

ambos, se prevé la privación de libertad en forma perpetua como especie de pena. Asimismo, específicamente en cuanto tiene que ver con la determinación de la pena, tampoco el sistema internacional aparece demasiado diferente al local, dado que el Estatuto prevé diversos criterios de medición o graduación de la pena, tales como “gravedad del crimen” y las “circunstancias personales del condenado” (art. 78). Actividad de mensuración que se integra con la remisión hecha a las Reglas de Procedimiento y Prueba. En particular, prevé todos los factores que la Corte deberá tener en cuenta al momento de imponer la pena, entre ellos, la magnitud del daño causado, en particular a las víctimas y sus familiares, la índole de la conducta ilícita y los medios empleados para perpetrar el crimen, el grado de participación del condenado, el grado de intencionalidad, las circunstancias de modo, tiempo y lugar, y la edad, instrucción y condición social y económica del condenado (Regla 145, ap. 1.c). Incluso estipula que también se deberán tener en cuenta otras circunstancias, denominadas “atenuantes” y “agravantes” (Regla 145, ap. 2°). De este modo, y para concluir, en la medida que en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional prevé 1) la complementariedad del sistema internacional al sistema penal local; 2) recordando el deber de ejercer la jurisdicción local y por tanto la irrenunciable función; y 3) prevé como sanción aplicable la reclusión a perpetuidad, cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado, tenemos en conclusión que aun cuando no condiciona la legislación penal argentina, es evidente que no existe colisión del Derecho penal argentino con el internacional penal. Estimamos que, por el contrario, existe una armonía jurídica absoluta y correspondencia por la complementariedad, por lo que no es inconstitucional la pena prisión perpetua.

b.8.- ¿Es inconstitucional la pena de prisión perpetua por la imposibilidad de examen posterior de la pena?

Suele cuestionarse la inexistencia en el derecho argentino de un mecanismo que abra la posibilidad de examinar la pena de privación de la libertad una vez que ha transcurrido un determinado período de tiempo de detención como lo habilita el **Estatuto de Roma** para que la Corte (cumplido dos terceras partes de la pena o 25 años de prisión en caso de cadena perpetua) examine y pueda decidir la reducción de la pena después de escuchar al recluso (art. 110), debemos aclarar que, se han instaurado en la Constitución Nacional desde 1853 dos institutos que permiten el examen posterior de la pena: 1) la conmutación de pena, que permite la sustitución de una pena impuesta por una menor; y 2) del indulto por el que se extingue la pena y sus efectos.

Esto constituye en nuestro sistema normativo de gobierno no solo la forma de examen de la pena impuesta y su posible reducción (prevista en el Estatuto de Roma) sino, incluso, su extinción (no previsto en el Estatuto de Roma).

Pero, en lugar de ser la misma Corte que impuso la pena quien realice el examen como prevé el Estatuto de Roma, como ya hemos expuesto, en nuestro sistema de gobierno tanto a nivel federal la Constitución Nacional ha dispuesto estos institutos como atribución del Poder Ejecutivo con intervención necesaria del Poder Judicial. Más precisamente con «previo informe del tribunal correspondiente» (inc. 5 del art. 99 de la CN).

Mientras que en nuestra provincia está regulado con similares características, es también atribución del Poder Ejecutivo, con la intervención necesaria del Poder Judicial -con la característica particular de la intervención de la Suprema Corte- y del Poder Legislativo -sancionando la ley reglamentaria-: «El Gobernador [...] podrá indultar o conmutar las penas impuestas por delitos sujetos a la jurisdicción provincial previo informe motivado de la Suprema Corte sobre la oportunidad y conveniencia del indulto

o conmutación y con arreglo a ley que determinará los casos y la forma en que pueda solicitarse» (inc. 5 del art. 128 reglamentaria de la Constitución de Mendoza).

Con ello se da la plena posibilidad de examen de la pena impuesta en nuestro sistema constitucional, por parte del Poder Ejecutivo quien lo ejercerá con colaboración del Poder Judicial y la reglamentación por el Poder Legislativo, Es decir, con las características propias del modelo que se adoptó de la separación de poderes del tipo de «frenos y contrapesos» («checks and balances»), que requiere la intervención de los tres poderes del Estado.

En su dinámica la sociedad en el ejercicio de la soberanía popular tendrá posibilidad del control directo de cómo actúan los poderes esta atribución, tanto sea expresándose como opinión pública y/o en el ejercicio del derecho de voto en la siguiente elección a la decisión adoptada. En cuanto a la ley reglamentaria sería conveniente que como lo viene haciendo la H. Legislatura en las distintas reformas procesales penales, se le dé intervención a la víctima y en los casos de la pena más grave se dé la oportunidad de expresarse al pueblo.

Incluso más específicamente, el derecho de “peticionar individual o colectivamente, ante todas y cada una de las autoridades, sea para solicitar gracia o justicia” (art. 10 de la CdeM). En este sentido, debemos recordar lo señalado por Joaquín V. GONZÁLEZ cuando afirma que «[h]emos dicho que los tres poderes son coordinados. Esta coordinación se establece por la armonía y conciliación constante que existe entre sus actos,...” “Uno de los caracteres más distintivos del sistema de gobierno que ha adoptado la Constitución, es, como lo reconocen y exponen los autores más modernos, que él obedece a todo un plan de recíprocas restricciones, y de contrapeso o equilibrio entre todos los poderes, secciones o departamentos de que se compone» (GONZALEZ, Joaquín V.; “Manual de la Constitución Argentina”; Editorial Estrada; Buenos Aires; 1983, p.312 /313). Pero, esta atribución de examen de la pena y conmutación o indulto de ella, «¿Es una facultad de índole jurisdiccional, o una atribución de “prerrogativa inherente a la alta política del Estado”?» (SAGÜES, Néstor Pedro; “Manual de Derecho Constitucional”; Editorial Astrea; 2a Edición actualizada y ampliada 3a reimpresión; Buenos Aires; 2017; p. 463). Según Humberto QUIROGA LAVIÉ, «significa una indiscutible atribución judicial» (“Derecho Constitucional”; Editorial Depalma; Buenos Aires; 1984; p. 835).

Por su parte Horacio ROSATTI, la encuadra como función jurisdiccional del Poder Ejecutivo, aclarando que «[t]ampoco sería incorrecto encuadrar al indulto y la conmutación de penas dentro de la “función política” o “de gobierno” del Ejecutivo, en la medida en que los motivos que propician su aplicación de ese orden[...]» (ROSATTI, Horacio, “Tratado de Derecho Constitucional”, Tomo II; Rubinzal-Culzoni Editores; Santa Fe; 2011; p 378), mientras que el Doctor Carlos Fayt -en opinión que compartimos- en la causa “Daleo” dijo que se trata de una «potestad de carácter público ... que expresa una determinación de la autoridad final en beneficio de la comunidad».

En definitiva, se trata de institutos atribuidos en su ejercicio a funcionarios públicos, elegidos por el voto directo de los ciudadanos, con mandatos limitados y el control de la sociedad, que tiene restricciones en cuanto al alcance y modo de ejercerlos, por haber entendido los constituyentes que separando la conmutación de pena e indulto de la amnistía y atribuirlo a distintos departamentos de gobierno, la facultad que conferían al Poder Ejecutivo no era la prerrogativa de perdonar y amnistiar que ejercieron los monarcas en el viejo régimen absolutista que hacía desaparecer hasta el último vestigio de la infracción, sino una facultad con el alcance y significado del derecho público contemporáneo (del voto en

minoría en el caso «Ibáñez», de los doctores R. Méndez y D.E. Palacio citado en: GONZALEZ CALDERON, Juan A.; “Curso de Derecho Constitucional”; Editorial Depalma; 6a edición, reimpresión; Buenos Aires; 1984; p. 523), además demostraban la convicción de que «[...] es indudable la conveniencia de que un poder distinto tenga la facultad de conmutar o perdonar, como lo ha reconocido y practicado tres veces nuestra Corte Suprema, juzgando en equidad, y no en estricto derecho» (**GONZALEZ, Joaquín V.; “Manual de la Constitución Argentina”; Editorial Estrada; Buenos Aires; 1983; p.542**), que tienen por su diseño constitucional todas las características republicanas.

En cuanto a la naturaleza de dicha atribución, ella ha sido construida desde la doctrina según las causas o fines que les atribuyen a esos institutos. Así, se ha dicho que «La respuesta a esta pregunta depende de los objetivos del indulto y la conmutación, que no son solamente el perdón (según la doctrina tradicional), sino también la paz social (Ramella), la equidad (a fin de moderar el rigor de las leyes, según Joaquín V. González), la justicia (cuando un proceso ha desembocado en una solución ilegítima) y hasta el premio (cuando el condenado ha prestado servicios destacables a una comunidad, y por ello es mejor tratado mediante el indulto, según Escriche)» (SAGÜES, Néstor Pedro; ob cit; p. 463). Pero como la Constitución no define estos institutos, la elaboración de tales causas y fines es dinámica, y se justifican en su necesaria o conveniente aplicación en los casos concretos, pero resulta indispensable que esos objetivos sean el reflejo de las normas legales vigentes, como es el caso indiscutido de la reforma o readaptación del condenado (ley 24660 y ley provincial 8465), quien en su ejercicio del derecho de peticionar (art. 14 de la CN), e incluso, tiene derecho a que se les de trámite y resuelva la solicitud (haciendo o no lugar). Entendemos que erróneamente se le atribuye naturaleza jurisdiccional o judicial a la conmutación o indulto de la pena.

En primer lugar, porque no se tiene en cuenta la distinción que existe entre el examen de la pena impuesta, del examen como revisión de la sentencia que impone la pena, ello porque nunca de la interpretación sistemática de la Constitución puede resultar la posibilidad de restablecer las causas fenecidas (art. 109 CN).

En segundo lugar, porque partiendo de las causas u objetivos o fines de los institutos que han sido contruidos argumentativamente por la doctrina y no normativamente, se concluye que esa atribución es de naturaleza jurisdiccional. Es decir, que si se piensa en dar solución con estos institutos a los problemas de los errores judiciales -como lo plantean algunos-, podría decirse que indirectamente se trata de una función jurisdiccional ejercida por el Poder Ejecutivo, porque si bien no modifica la sentencia, la causa que motiva la conmutación o indulto como su finalidad da lugar a pensar en ello; pero si se lo hace normativamente, y en función de la posibilidad del reconocimiento por los importantes servicios posteriores prestados por el condenado a la sociedad o por la finalidad esencial de reforma o readaptación o resocialización de la ejecución penal, que una vez lograda se vea reflejada en la real posibilidad de incorporarse a la vida social, es incuestionable que se trata de una función política o de gobierno.

Por otra parte, como hemos visto estos institutos constitucionales no resultan extraños al sistema de los Tratados de Derechos Humanos, por el contrario están expresamente previstos como derechos de los condenados en los casos tolerados de pena de muerte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el inc. 6 del art. 4 al disponer «[t]oda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos» y en el inc. 4 del art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, «[t]oda persona condena a

muerte tendrá derecho a solicitar el indulto o la conmutación de la pena. La amnistía, el indulto o la conmutación de la pena capital podrán ser concedidos en todos los casos».

Entonces la atribución de conmutar o indultar no es función jurisdiccional, ni es propia de un poder o un órgano determinado según una única forma universal de entenderlo, sino que cada país regula quien la ejerce y el modo en que lo debe hacer, según el derecho a la libre determinación de los pueblos reconocido por el art. 1 del PIDCyP. En consecuencia, estando establecido constitucionalmente los institutos de conmutación e indulto de la pena, como única forma de examen de la pena impuesta, en cabeza del Poder Ejecutivo, con la intervención necesaria del Poder Judicial, más específicamente por intermedio de la Suprema Corte de Justicia, ningún juez en la provincia de Mendoza puede desconocer su existencia, ni atribuirse dicha facultad de examen de la pena ya impuesta, como tampoco pueden anticipar su examen mediante mecanismos argumentativos hipotéticos sobre sus consecuencias al momento de imponer la pena violando el principio constitucional de separación de poderes, prevista bajo pena de nulidad (art. 12 de la CdeM), además de la responsabilidad que puede acarrear por desconocerlo, ya que “[d]ecir que estamos “interpretando” el derecho cuando en realidad lo estamos desobedeciendo o haciendo una excepción sólo nos lleva a confusiones que no son meramente conceptuales sino que además pueden llegar a ser políticamente muy peligrosas.” (ROSLE, Andrés; “La ley es la ley”; Katz Editores; 2019; p. 185).

Ello sin perjuicio que, en el caso concreto, como puede ser en el de aplicación de la prisión perpetua, se estime conveniente, oportuno o justo la aplicación de dicho examen y reducción, recomendarlo fundadamente.

Como lo ha hecho oportunamente la CSJN: «La penalidad impuesta por la ley puede no hallarse en proporción con la gravedad del delito ... casos en los que esta Corte, al confirmar las sentencias que las aplicaban, ha invitado al poder ejecutivo a hacer uso de la facultad de indultar con que lo ha investido la ley fundamental (t. 3, p 7; t. 29, p. 330)» (GONZALEZ CALDERON, Juan A.; “Curso de Derecho Constitucional”; Editorial Depalma; 6a edición, reimpresión; Buenos Aires; 1984; p. 520). Pero lo que resulta inexplicable es el ruidoso silencio negacionista de los derechos constitucionales reconocidos a los condenados de petitionar la aplicación de los institutos de la conmutación de su pena o el indulto de la misma, como a su trámite y resolución, ya que en nuestra provincia el último decreto disponiendo la conmutación de pena es el N° 2674 del 1 de octubre de 2008, reduciéndose significativamente la cantidad de solicitudes que requirieron el informe de la Suprema Corte a partir de dicha fecha hasta prácticamente desaparecer. Así Sala Tercera de este Tribunal ha realizado informes requeridos aconsejando o no conmutaciones de pena e indultos a través de la Oficina de Asuntos Carcelarios de este Poder Judicial que en la década del 80/90 eran de 500 solicitudes al año; en el 2005, 500; 2006, 411; 2007, 477; 2011, 213; 2012, 168; 2013, 33; 2015, 1; 2016 1; 2019

5. En síntesis, existiendo los institutos previstos en la Constitución Nacional y Constitución de la Provincia de Mendoza de examen de la pena impuesta por vía de la conmutación o el indulto de la pena por el Poder Ejecutivo previo informe fundado de la Suprema Corte, no se puede cuestionar jurídica y válidamente la constitucionalidad de la pena de prisión perpetua con el argumento que no existe posibilidad de examen de la pena impuesta o que el mismo no esté previsto que lo haga el tribunal que dicto la pena u otro órgano del Poder Judicial o que no tienen incentivo para resocializarse al momento de imponer la pena; sino que, por el contrario, debe darse voz al silencio de quienes tienen derechos constitucionales

otorgados y viabilizar ordenadamente la posibilidad de ejercer ese derecho de petionar y que dichos institutos funcionen adecuadamente según la legislación que lo reglamente.

c. Conclusión

De acuerdo con los argumentos expuestos en el acápite precedente, consideramos que se impone, como respuesta a la convocatoria a plenario, la constitucionalidad y convencionalidad de la pena de prisión perpetua en el régimen legal vigente de nuestro país. Ello por varios motivos.

En primer lugar, porque que la declaración de inconstitucionalidad constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendar a un tribunal de justicia, ya que configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado la última ratio del orden jurídico que exige prudencia y cautela en su emisión, por lo que todo planteo de inconstitucionalidad debe reunir los extremos de admisión que exige la gravedad institucional (**“Malenky” Fallos, 264:364, “Bonfante”, Fallos, 288:325, y “Philco Argentina SA”, Fallos, 306:1597**), para poder darle trámite a la solicitud y sólo cabe declararla cuando del acabado examen del precepto legal que se debe presumir constitucional (**“Cine Callao”, Fallos, 247:121, y “Trentini”, Fallos, 220:1458**), porque en caso de duda, se debe decidir por la constitucionalidad y no por su invalidez (**“Bignone”, Fallos, 306:655**), se tenga la plena prueba, clara y precisa, de su oposición con la Constitución (**“Penisse”, Fallos, 209:200 y “Bignone”, Fallos, 306:655**), que conduzca a la convicción cierta que su aplicación conculca la Constitución, lo que no ocurre con la pena de prisión perpetua.

En segundo lugar, porque no violenta nuestro principio constitucional-republicano de separación de poderes. Ello por cuanto no existe disposición constitucional alguna que prevea que la labor de individualización de la pena es inherente al Poder Judicial. La función jurisdiccional encuentra su fundamento y límite en la Constitución y la ley (arts. 112 y 116 de la CN).

En este sentido, parecen muy oportunas las palabras de Soler en relación con las leyes cuando afirma que son «[m]ás sabias que el legislador, se suele decir; pero en realidad, es más sabia también que el jurista porque en ella existe efectivamente un sedimento de experiencias que es el resultado de un largo y complejísimo proceso histórico al cual el jurista tiene acceso, es cierto, pero con muchos trabajos y fatigas. Verdad es también que ese estudio es ampliamente retributivo y satisfactorio. La ley es más sabia que el jurista, porque ella es precisamente quien le enseña Derecho» (**SOLER, Sebastián, “Las palabras de la ley”, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1969, pág. 190**).

Y por otra parte la razonabilidad de la pena, en función de la gravedad de los hechos para los que se impone, es de competencia constitucional exclusiva del legislador, sin que exista intromisión ni que se vulnere el ámbito propio de actuación del Poder Judicial. Así, a los jueces no les corresponde establecer graduaciones que la ley no prevé. En tercer lugar, porque no vulnera el principio de legalidad y el mandato de determinación.

Esto en razón que la consecuencia legal prevista para los graves hechos conminados con ella sí tiene un límite temporal en cuanto a su cumplimiento. Tal límite está determinado por el art. 55 del CP y la interpretación sistemática del ordenamiento jurídico, que jurídica y estrictamente da por resultado que no se trata de un encierro a perpetuidad, sino que como para toda pena privativa de libertad en el sistema penal argentino tiene el límite de 50 años.

En cuarto lugar, porque no contraría el principio constitucional de igualdad ni los principios de culpabilidad y de proporcionalidad. La razón de tal afirmación se encuentra en que no existen razones de peso para

sostener qué disposición constitucional estaría vulnerando con el establecimiento de una pena fija como la prisión perpetua, y si ella reúne las características que debe tener tal declaración según desarrollamos en la primera conclusión. Lo mismo puede señalarse con relación a la ausencia de argumentos válidos que demuestren que la pena de prisión perpetua resulta desproporcionada o irrazonable en relación con la gravedad de los hechos para los que se encuentra prevista.

Ello confluente en que tampoco existe violación al principio constitucional de igualdad pues existe una base objetiva y razonable de distinción en el sistema de penas -fija, por un lado, y de medición, por el otro- sustentado en la gravedad de los hechos para los que se encuentra prevista. En quinto lugar, porque no incumple el mandato de resocialización.

En tanto este último se encuentra previsto para la etapa de ejecución de las penas y no puede ser fundamento ni fin de ellas, y en función de lo explicado en relación con el principio de legalidad y al mandato de determinación, es que no existen razones que lleven a sustentar válidamente que la prisión perpetua vulnera aquel mandato. La reforma, readaptación, resocialización del régimen penitenciario, depende de la voluntaria decisión del condenado y de la política penitenciaria debida (**art. 18 CN, inc. 6 del art. 5 de la CADH y el inc. 3 del art. 10 del PIDCyP y leyes de ejecución penal**) que establece la obligación del Estado de implementar el sistema con las herramientas necesarias y posibles dadas las circunstancias históricas en cada momento la sociedad y puestas a disposición del penado, para que éste pueda lograr tal fin.

Como corresponde a diversos momentos fenoménicos y jurídicos, donde cada uno es habilitado por el anterior, tenemos: el establecimiento de la pena, su imposición y la ejecución de la misma; por lo que la prohibición prevista en el **art. 14 del CP a la libertad condicional** invocada como que impide o no incentiva la resocialización, es una cuestión referida a la ejecución de la pena, y si bien esta es una derivación jurídica de la condena, es independiente normativamente, y no estamos ante un caso de la posibilidad de una interpretación previsor o consecuencialista de la norma que establece la pena de prisión perpetua, sino de la interpretación de otras normas jurídicas que regulan la ejecución penal y que no puede ser motivo de análisis dicha norma, ni ninguna referida a la ejecución penal, por el juez del juicio en el caso concreto y al momento de imponer la pena. Porque la ejecución penal no es causa sino consecuencia y no existe una sola forma legislativa de regular la ejecución de esa clase de pena, porque sería anticipar el planteo extralimitando su competencia constitucional, ya que corresponde hacerlo al juez de ejecución o con competencia en ejecución ("**Bonfante**", Fallos, 288:325; "**Freito García**", Fallos, 299:45; "**Vega**", Fallos, 311:1565; y "**AFIP**", Fallos, 324:3345).

En sexto lugar, porque no se trata de una pena cruel, inhumana ni degradante prohibida por nuestra legislación. Esto por cuanto no pueden considerarse que tiene aquellas características las sanciones que implican padecimientos inherentes a su ejecución cuando fueron legalmente impuestas. Ello porque la prisión perpetua no debilita la vigencia del principio de intangibilidad de la persona humana, humanidad e intrascendencia de la pena, en la medida que el propio artículo primero, de la **Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, inhumanos o Degradantes**, que se esgrime como argumento para objetar constitucionalmente su legalidad, es categórico al aseverar que: «No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas».

De ello se deriva la imposibilidad legal de asimilar a la categoría de tormento psíquico, a un padecimiento derivado de una sanción legítima y constitucional, siendo obvio por otra parte que la extensión en el tiempo de esos padecimientos, no cambian la naturaleza de la aflicción psíquica, común a toda detención.

La norma que se pretende cuestionar, dictada, como hemos visto, por el órgano constitucional competente y que materializa una política criminal que se encuentra en el ámbito de sus facultades ha superado la distinción pena y medida de la pena, con lo cual ha liberado al Poder Judicial de los problemas inherentes a su individualización y las consecuencias legales de las mismas.

En séptimo lugar, porque la pena de prisión perpetua no está prohibida por el derecho internacional de los derechos humanos. En efecto, no hay prohibición expresa de esta pena en ninguno de los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional.

Incluso la CADH dispone en su art. 4 y el PIDCyP en el art 6 establecen las condiciones, restricciones y prohibiciones (de expansión, de regreso y de utilización), con la que tolera la continuidad de la pena de muerte en los Estados que al momento de adherir a dichos tratados la tengan instaurada.

En cuanto a la Convención de los Derechos del Niño establece una categoría que está prevista en el art. 37.a. la prohibición de imponerle pena capital, como la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por los delitos cometidos siendo menores de 18 años, ello sin perjuicio de la interpretación en los precedentes de la **CSJN “Maldonado” y de la Corte IDH “Mendoza y otros vs. Argentina”**, de allí se infiere sin lugar a dudas que, normativamente no se encuentra expresamente prohibida para mayores de edad por norma convencional alguna.

Así, si las convenciones citadas toleran la pena de muerte para los delitos más graves, definiendo una clara política criminal de gradual reducción de la misma y a favor de su abolición, por lo que no pueda sostenerse que no es convencional la pena de prisión perpetua de la que no se menciona en específico ninguna regla que establezca la prohibición o que exista una política criminal convencional de reducción, prohibición de ampliación o de regreso o de explícita abolición futura.

En octavo lugar, porque la política criminal definida por el Congreso de la Nación, en representación del pueblo argentino en ejercicio de la soberanía delegada y limitada a las atribuciones, potestades y competencias conferidas en el Contrato Social, evidencia el fenómeno expansivo del derecho penal de los últimos años que no acompaña la postura que considera inconstitucional la pena de prisión perpetua.

Más allá que, como se describió, en los últimos veinte años el derecho penal a través de diversas leyes ha tendido a expandirse y ser de más rigurosidad, lo cierto es que en ninguna de esas oportunidades el Poder Legislativo se planteó la posibilidad de derogar o sustituir la pena de prisión perpetua o establecer una escala desde un mínimo hasta la prisión perpetua como máximo, o reducir la cantidad de años de prisión como máximo.

Por el contrario, hechos delictivos que se consideraron de notable gravedad fueron incluidos entre el elenco de comportamientos reprimidos por el art. 80 del CP, como el femicidio entre otros, incluso se estableció un máximo mayor para la pena de prisión y prisión perpetua, llevándola a 50 años. Lo que desautoriza cualquier planteo de inconstitucionalidad que sin sustento normativo Constitucional o convencional se lo pretenda argumentar en opinión o preferencias de sectores de la sociedad, por loables o compartidas que sean sus posturas.

En noveno lugar, porque no contraría el Estatuto de Roma, sino que son sistemas jurídicos totalmente compatibles. Esto por cuanto en ese instrumento se prevé la pena de prisión perpetua (cadena perpetua) como sanción para los hechos más graves que tipifica; mientras que con relación a la posibilidad del examen de esa pena a los 25 años de cumplida que allí se prevé, está satisfecha en nuestro caso con la posibilidad de solicitar la persona condenada y darse trámite de los institutos constitucionales de conmutación de pena, incluso el no previsto por el instrumento internacional, del indulto de la misma. Es decir, que nuestro sistema, no sólo es compatible, sino más amplio.

En décimo lugar, porque -tal como fue desarrollado, particularmente en relación a los institutos del indulto y la conmutación de penas, así como al límite establecido por el art. 55 del CP- la prisión perpetua no vulnera el principio de progresividad en tanto su cuestionamiento en abstracto carece de sustento.

Ello en razón de que al ser aquél propio de la etapa de ejecución de la pena, sólo puede ser analizado cuando a una persona condenada se le niegue algún instituto del régimen de progresividad. En otras palabras, no hay violación al principio de progresividad si no se constata el interés actual en el reclamo. Más allá de ello, en tanto la progresividad del régimen penitenciario consiste en «un proceso gradual que posibilite al interno, por su propio esfuerzo, avanzar paulatinamente hacia la recuperación de su libertad, sin otros condicionamientos predeterminados que los legal y reglamentariamente establecidos» (art. 8, 2º párrafo, de la ley 8465), y conforme al límite de cincuenta años referido en relación a la pena prisión perpetua, nada impide el efectivo cumplimiento de aquélla.

Por ello, a los fines de asegurar el ejercicio de los derechos constitucionales de los condenados y el mejor funcionamiento igualitario, ordenado y eficaz de los institutos constituciones de examen de la pena y la posibilidad de conmutación e indulto de la misma, resulta conveniente:

1) exhortar a la Honorable Legislatura que debata y sancione lo más pronto posible la ley reglamentaria prevista expresamente en el inc. 5 del art. 128 de la Constitución de la provincia de Mendoza, a fin de ordenar el procedimiento, establecer los casos, condiciones, tiempos y forma en que el derecho puede ser ejercido. Es importante tener en cuenta especialmente en otros motivos para su otorgamiento, la reforma, la readaptación social, la resocialización, los importantes servicios a la sociedad de los condenados peticionantes o la excesiva rigurosidad de la ley en el caso concreto. Asimismo, que se prevea la intervención de la víctima y en los hechos de mayor gravedad la participación del pueblo.

2) exhortar al Poder Ejecutivo a que establezca un mecanismo que resulte ágil y dinámico para la tramitación de los pedidos de conmutación e indulto de pena, y su resolución, con la asignación y afectación de los recursos humanos y materiales que resulten necesarios a tal finalidad.

3) solicitar al Congreso de la Nación que evalúe la posibilidad de sancionar una ley que reglamente el derecho de los condenados a peticionar la conmutación o indulto de las penas impuestas.

4) recomendar un accionar activo y eficaz para que funcionen estos institutos constitucionales y convencionales por parte de quienes tienen el deber de defender, individual o colectivamente los derechos de los condenados, como asimismo de quienes voluntariamente lo asumen.

En definitiva, en base a todo lo hasta aquí señalado y examinado, existen múltiples razones para concluir en que la pena de prisión perpetua como una más dentro del elenco de respuestas punitivas del Estado frente a la comisión de delitos penales (art. 5 del Código Penal), resulta compatible con el diseño constitucional, convencional y legal vigente, especialmente luego de la reforma constitucional de 1994

que otorgó jerarquía constitucional a tratados internacionales y regionales sobre derechos humanos. Ello pues, supera satisfactoriamente el test de constitucionalidad y convencionalidad efectuado precedentemente, en atención a que no vulnera per se ninguno de los principios, garantías o derechos consagrados en la Constitución Nacional (arts. 27 y 28).

Por lo tanto, en mérito a ello, considero que debe responderse negativamente al primer interrogante planteado en la convocatoria a plenario. Ello exime de pronunciamiento respecto de segundo de aquéllos. ASÍ VOTAMOS.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DOCTOR OMAR A. PALERMO DIJO:

1. Las audiencias públicas como instancia de democratización del Poder Judicial

1.1. Fundamentos de la convocatoria

El Poder Judicial presenta un “déficit original” de legitimidad democrática en relación a los otros poderes del Estado, en tanto sus integrantes no se someten al voto popular. Esto lo destaca con toda claridad Atienza al señalar que «el juez no posee una legitimidad de origen, no ha sido elegido democráticamente»

1 . Es posible que esta debilidad intrínseca sea una de las razones principales por las que una buena parte de sus decisiones son seriamente puestas en tela de juicio por la ciudadanía. Sin embargo, no es ésta la única razón por la que ello ocurre. No es solo la debilidad democrática de origen sino la falta de democratización del proceso de diálogo con la ciudadanía lo que quizás explique los cuestionamientos a la legitimidad de las decisiones judiciales.

Resulta indispensable entonces contar con un diseño institucional que restablezca el vínculo con la ciudadanía a través de la utilización de herramientas de deliberación democrática que garanticen que los diversos puntos de vistas sobre una determinada cuestión van a ser considerados. Si el procedimiento del que deriva la resolución judicial del conflicto es abierto, público, transparente, plural y contradictorio, la decisión que se tome ganará en legitimidad, pues no será resultado de una actuación secreta y unilateral, sino la consecuencia de un procedimiento plural que permite que la decisión pueda ser presentada no en nombre del juez o la jueza que resuelve, sino en nombre de toda la ciudadanía como “su” decisión.

Las audiencias públicas constituyen una de esas formas de apertura institucional. Se trata de una instancia de participación mediante la cual se pone de manifiesto la importancia de que la actividad judicial se vea fuertemente influenciada por la ciudadanía pero, a la vez, sea controlada por ella. La utilización de estos mecanismos de deliberación democrática no solo pone en cuestionamiento el prejuicio elitista de que la tarea de interpretación de las normas jurídicas es solo una cuestión de especialistas, sino que, al mismo tiempo, pone en valor las opiniones y los puntos de vista de la comunidad sobre cuestiones determinantes para la vida social, institucional y política de la provincia y el país. En definitiva, las audiencias públicas democratizan el procedimiento de elaboración de las decisiones judiciales y, de ese modo, contribuyen a que la resolución del conflicto deje de ser percibida como una imposición de un poder del Estado a sus ciudadanos para pasar a ser el resultado de un diálogo horizontal entre el Poder Judicial y la comunidad de la que forma parte.

Con esta vocación por alcanzar un modelo de justicia dialógica convocamos a una audiencia pública para escuchar opiniones respecto del tema en tratamiento.

Se realizó de manera virtual los días veintidós y veintitrés de octubre del corriente año y en su desarrollo se presentaron argumentos a favor y en contra de la constitucionalidad de la pena de prisión perpetua.

Fueron dos grandes jornadas democráticas de las que cabe destacar fundamentalmente el pluralismo de voces, el federalismo y la diversidad de géneros de las personas que tomaron parte de la audiencia. Así, ofrecieron y, a la vez, escucharon razones las organizaciones de la sociedad civil -locales y nacionales- especializadas en la temática, organismos y referentes del movimiento de Derechos Humanos, víctimas de delitos y organizaciones sociales que las nuclean, personas privadas de libertad, ciudadanos y ciudadanas interesadas de manera espontánea, abogados y abogadas del fuero especializados en Derechos Humanos y en Derecho penal, defensores públicos, funcionarios y funcionarias públicos y referentes de espacios político partidarios.

El carácter federal y la diversidad de géneros presentes en la audiencia quedaron plasmados con la participación de personas y organizaciones sociales provenientes de distintos puntos del país y, en particular, de mujeres que con convicción expusieron sus puntos de vista en uno u otro sentido.

1.2. Los principales argumentos expuestos en la audiencia

Durante las dos jornadas que demandó la audiencia pública, más de cincuenta personas hicieron uso de la palabra y expusieron sus opiniones tanto a favor como en contra de la constitucionalidad de la prisión perpetua. Y si bien cada una de las exposiciones realizadas respondió a criterios personales, institucionales o políticos propios o de la organización o el colectivo en cuya representación participaban, es posible identificar ciertos ejes argumentales que a continuación se pasan a desarrollar.

Así, las treinta y cinco exposiciones que se expresaron a favor de la constitucionalidad de la pena a prisión perpetua, argumentaron fundamentalmente sobre base de la idea de que su aplicación no implicaría un trato cruel, inhumano o degradante, ni supondría tensiones con los principios constitucionales vigentes, ni con los compromisos internacionales asumidos por el Estado en materia de debido proceso penal y privación de libertad de personas en conflicto con la ley.

Entre los fundamentos específicos sobre los que se construyó tal premisa se destacan el convencimiento de que no existe en nuestro país penas realmente perpetuas, la inexistencia de una prohibición normativa que impida su uso y la justificación de su existencia en tanto configuraría una respuesta adecuada ante ciertas demandas ciudadanas en materia de seguridad y, a la vez, un mecanismo de reparación para las víctimas de delitos graves.

Por su parte, los argumentos vertidos a favor de la inconstitucionalidad de la prisión perpetua estuvieron dirigidos principalmente a poner en crisis el marco normativo que regula la aplicación de esta pena, tanto en su configuración autónoma como en lo que respecta al régimen que regula su ejecución.

Específicamente, las veinte exposiciones alegaron problemas con principios constitucionales y convencionales de orden rector, tales como el principio de progresividad de la ejecución de las penas privativas de libertad, el principio de igualdad, el de culpabilidad por el acto, legalidad ejecutiva y certeza penal, reserva y la prohibición de penas crueles, inhumanas y degradantes; y, en el mismo sentido, se subrayaron tensiones entre su regulación y el sistema republicano de división de poderes.

Además, se formularon señalamientos respecto de las condiciones materiales en las que estas penas se ejecutan y sobre cómo ello generaría nuevas vulneraciones a mandatos convencionales obligatorios en nuestro país.

Finalmente, mediante una presentación que se realizó fuera del ámbito de la audiencia pública, pero a propósito de ella, el Arzobispo de Mendoza, Monseñor Marcelo Daniel Colombo abordó la tensión existente entre autores, víctimas y la realidad del sistema carcelario.

Respecto a la situación de las víctimas señaló que «el testimonio de tantas personas que, en calidad de víctimas de un delito, han sufrido personalmente o por la pérdida de vida de sus familiares, nos deja la dolorosa constatación que nada ni nadie ayudará a cicatrizar la herida permanente de cuanto han vivido, que se reabre una y otra vez en situaciones de violencia y muerte».

Ahora, en relación a la perpetuidad del castigo Monseñor Colombo hizo suyas las palabras del Papa Francisco en la **Encíclica «Fratelli tutti»**: «Todos los cristianos y los hombres de buena voluntad están llamados, por lo tanto, a luchar no sólo por la abolición de la pena de muerte, legal o ilegal que sea, y en todas sus formas, sino también con el fin de mejorar las condiciones carcelarias, en el respeto de la dignidad humana de las personas privadas de libertad. Y esto yo lo relaciono con la cadena perpetua. [...] La cadena perpetua es una pena de muerte oculta»

2 . Los argumentos expuestos han sido escuchados y tomados en cuenta para decidir la cuestión que constituye el objeto de este plenario. Como podrá ser advertido a lo largo de las consideraciones que se expondrán a continuación, las peticiones realizadas en uno u otro sentido han sido contestadas, en algunos casos explícitamente, en otros de forma implícita. Esto último especialmente respecto a las presentaciones de las y los representantes de sectores pertenecientes a la política partidaria, pues sus opiniones son conocidas por toda la comunidad.

Las audiencias públicas están pensadas no tanto para llevar a cabo un diálogo inter-institucional entre los diversos poderes del Estado -para eso existen otras instancias- sino como un espacio para aquellos que carecen de la posibilidad de expresarse públicamente y pretenden acercar su pensamiento y sus críticas al sistema de justicia.

Priorizar el protagonismo de la política, en este caso, implica correr el riesgo de invisibilizar aquellos sectores que carecen de voz y quizás han tenido en la audiencia pública la única oportunidad de ser escuchados.

1.3. Valoración global de la audiencia pública

La celebración de la audiencia pública deja aspectos muy positivos que la reivindican como modelo a seguir por una justicia que tenga pretensiones de ser más democrática. Uno de esos aspectos destacables es que, en tiempos de fragmentación social y de profundas divisiones políticas e ideológicas, se haya logrado un clima de tolerancia ante las diferentes opiniones y puntos de vistas expuestos, lo que pone en evidencia la importancia y la necesidad de la creación de estos espacios de diálogo institucional como un modo de canalizar pacíficamente los desacuerdos sociales existentes.

Por lo demás, que en esta oportunidad la Suprema Corte de Justicia haya logrado reunir a la totalidad de sus integrantes para escuchar las distintas voces con las que se expresó la ciudadanía supone, además de una obligación, un gesto que contribuye a la generación de ese clima de respeto que imperó en la audiencia. Ello pone de manifiesto que una corte con pluralidad de miradas puede transformarse en un espacio institucional en el que se canalicen los desacuerdos de las y los potenciales afectados directa o indirectamente por la decisión judicial.

El valor de la tolerancia puesta de manifiesto en la audiencia se incrementa si tiene en cuenta especialmente la pluralidad de opiniones que fueron escuchadas. Así, por ejemplo, las víctimas de delitos que participaron de la audiencia lo hicieron expresando pensamientos diversos. Por un lado, Carla Pagliaricci y Andrés Villouta, entre otros, argumentaron a favor de la constitucionalidad de la pena de prisión perpetua con un relato desgarrador a través del cual reclamaron justicia por la muerte de sus hijos e hija.

Por otro lado, expuso Silvia Ontivero, quien fue víctima de la última dictadura cívico-militar, al ser privada ilegalmente de su libertad y abusada sexualmente por sus secuestradores, quien además, muchos años después debió enfrentar el homicidio de su hijo, cuyo autor resultó condenado.

Pese a ello, se mostró contraria a un encierro a perpetuidad y pidió un trato humanitario tanto respecto a sus victimarios como con relación al homicida de su hijo.

Además de las víctimas de delitos, no puede dejar de destacarse, como muestra del pluralismo que caracterizó a la audiencia, la participación de Adriana Geroli, una mujer condenada a la pena de prisión perpetua, quien relató de manera dramática las dificultades que trae consigo el encierro definitivo para poder llevar adelante una vida sin esperanzas en las condiciones en que actualmente se cumple la pena privativa de libertad. Se debe reconocer especialmente la participación no solo de las víctimas sino también de las mujeres en la audiencia.

Cada mujer que tomó parte dejó la impronta de quienes ponen el cuerpo, la emoción, la intelectualidad y/o la militancia en un tema trascendental como el que nos convoca. Sus intervenciones sin dudas enriquecieron el debate, demostrando -una vez más- la imperiosa necesidad de habilitar, en condiciones de igualdad, espacios de participación a los colectivos en histórica desigualdad. Es indudable que el Estado tiene el deber de abrir canales de participación y escuchar a los colectivos más desaventajados y que la sociedad ha dejado en sus márgenes.

En particular el Poder Judicial tiene la obligación de generar toda acción positiva en favor de garantizar la accesibilidad de las mujeres cuya voz ha sido tantas veces negada y silenciada.

Por último, cabe formular algunas consideraciones respecto a la participación de las víctimas y la necesidad de dar respuesta a sus requerimientos.

Por un lado, es oportuno recordar que la legislación vigente le otorga al ofendido por el delito la posibilidad de actuar como querellante particular en el proceso penal desde el inicio mismo de la investigación, hasta su finalización.

A su vez, la jurisprudencia le concede a la víctima cada vez mayores facultades, a tal punto que la sola acusación privada puede fundamentar la imposición de una condena pese a que en el caso concreto pueda faltar la acusación pública del Ministerio Público Fiscal.

Asimismo, la víctima tiene derecho a recurrir la sentencia absolutoria y, en caso de condena, tiene derecho a participar en el proceso de ejecución de la pena.

Todo ello sin perjuicio del derecho de la víctima a reclamar la indemnización del daño ocasionado por el delito

3 . Dicho brevemente, el ordenamiento jurídico reconoce a la víctima plenas facultades procesales durante la sustanciación de la causa hasta su finalización e incluso hasta el cumplimiento mismo de la condena. Fuera de lo estrictamente procesal, desde lo institucional hemos desarrollado políticas de atención a víctimas que han sido impulsadas desde la Dirección de Derechos Humanos y Acceso a la Justicia.

Precisamente con esta finalidad se creó el Servicio de Asistencia a Víctimas y Testigos de Delitos, cuya función radica en el asesoramiento y facilitación de información a toda persona víctima o testigo sobre sus derechos, estado procesal de causas de su interés y acciones posibles en el marco del proceso penal, así como también en el acompañamiento y seguimiento de casos en los que toma intervención o en la derivación responsable a otros sectores institucionales para motivar las intervenciones que resultaren pertinentes.

En otras palabras, las víctimas forman parte de nuestra preocupación tanto en cuanto a sus derechos en el proceso penal como en relación a la necesidad de atención en términos institucionales.

Más allá de estas consideraciones, si bien es cierto que es nuestro deber garantizar a las víctimas el acceso a la justicia y el derecho a una tutela judicial efectiva, no es menos cierto que el sistema de justicia no puede reparar lo irreparable que significa el dolor ocasionado por el delito. Podemos garantizar los derechos que como víctimas tienen, Carla, Silvia y Andrés, solo por dar algunos nombres. Sin embargo, lo que no podemos es restituirles el bien jurídico máspreciado, a saber, la vida de sus hijos. Por ello no sería ético pretender adueñarnos de ese dolor que es propiedad exclusiva de las víctimas, de sus familiares y de sus seres queridos. Y de nadie más. Para decirlo drásticamente, tenemos la responsabilidad institucional y el imperativo moral de no hacer demagogia con el dolor de las víctimas.

2. La influencia de las teorías sobre la justificación del castigo en la discusión sobre la legitimidad de la pena de prisión perpetua

2.1. Consideraciones sobre el abolicionismo y el Derecho penal mínimo

La prisión perpetua supone la más drástica y violenta reacción del poder punitivo del Estado. Por ello, la determinación de su validez constitucional requiere de algunas precisiones previas respecto a los presupuestos de legitimidad del castigo estatal.

Es decir, antes de analizar la cuestión de si es constitucionalmente admisible que el Estado encierre a perpetuidad a personas que han cometido graves delitos que el Código penal reprime con esta especie de pena, entiendo necesario realizar un breve esbozo de los conceptos fundamentales que, desde mi punto de vista, justifican, en general, la pena privativa de libertad.

Pues bien, sobre la base de las conclusiones que se alcancen en este punto, me referiré luego a la cuestión de si la pena de prisión perpetua puede sortear el test de legitimidad por el que debe pasar toda teoría de la pena. Antes de presentar este esbozo entiendo que resulta conveniente dejar explicitado los lineamientos generales de mis puntos de partida metodológicos. Por ello, en primer lugar, debo señalar que no comparto las bases fundamentales de las posiciones abolicionistas que sostienen que debe rechazarse de plano la legitimidad del Derecho penal y proponer su sustitución por otras formas no punitivas de resolución de los conflictos.⁴ Este distanciamiento, sin embargo, de ningún modo supone negar los aportes del abolicionismo que interpelan directamente al sistema penal y cuestionan su autoritarismo y su deshumanización.

En efecto, el abolicionismo, de la mano de la criminología crítica que le da su sustento teórico, ha puesto en evidencia la flagrante selectividad con la que operan las agencias policiales y judiciales, además de criticar -con buenas razones- los abusos a los que conduce la idea de resocialización, entre otras relevantes observaciones. No puede negarse la importancia de la denuncia abolicionista que puso en crisis la legitimidad misma de todo el sistema de justicia penal.

Ahora, de la circunstancia de que el Derecho penal sea selectivo y deshumanizador y que por éstas y otras razones se encuentre en crisis, no se deriva necesariamente su ilegitimidad, de modo que no cabe propiciar, sin más, su sustitución. Es que la idea de abolir el Derecho penal, como lo ha dicho algún sector de la doctrina, no solo es utópica sino, fundamentalmente, regresiva⁵. Es evidente que el resarcimiento civil y los modelos de arbitraje propuestos por esta corriente de pensamiento, como alternativas a la pena de prisión, lucen incapaces de resolver los conflictos que generan, por ejemplo, los delitos graves o extremadamente violentos. Por ello, son irrefutables las críticas que recibe el abolicionismo en cuanto a su incapacidad de dar respuesta a la criminalidad organizada o económica, quedando su alcance limitado a la correcta solución de los problemas que presentan los delitos de bagatela.

No parece entonces que el abolicionismo sea capaz de terminar con la selectividad del sistema, en la medida que ella deriva de las desigualdades sociales realmente existentes. Son estas desigualdades las que deben ser abolidas en una sociedad democrática. Un Derecho penal más igualitario necesita de una sociedad más igualitaria. Por el contrario, mientras la desigualdad persista, el sistema penal la reflejará en mayor o menor medida.

Por ello, la responsabilidad de un sistema de justicia que tenga pretensiones de ser socialmente igualador, es la de llevar a cabo todos los esfuerzos posibles por reducir esa selectividad. Se trata no solo de una responsabilidad moral, sino de una obligación constitucional.

Sin embargo, más allá de las razones expuestas, el motivo determinante de mi alejamiento del abolicionismo es que este movimiento le niega toda legitimidad a la intervención punitiva del Estado. Por el contrario, desde mi punto de vista considero que pese a los efectos claramente nocivos que genera el Derecho penal en la práctica, la pena cumple una función que la legitima⁶. Por esta razón, considero que una comunidad organizada no podría subsistir demasiado tiempo sin Derecho penal. En este sentido, todavía parece acertado pronosticar con **Enrique Gimbernat** que “hay Derecho penal para rato”⁷. Es que, como señala el propio Ferrajoli, es el Derecho penal el que “constituye histórica y axiológicamente, una alternativa progresista”⁸. En definitiva, no soy, pues, abolicionista.

En segundo lugar, también creo oportuno señalar mis coincidencias pero también mis desacuerdos con quienes sostienen la existencia de un Derecho penal mínimo en el que la pena constituye “una amarga necesidad”, cuyo único valor reside en su utilidad para evitar otros males.

Así, dentro de esta línea de pensamiento puede ubicarse al propio Ferrajoli, quien afirma que “un sistema penal -puede decirse- está justificado únicamente si la suma de las violencias –delitos, venganzas, y punitivas arbitrarias- que él puede prevenir, es superior a la de las violencias constituidas por los delitos no prevenidos y por las penas por ellos conminadas”

⁹. Debo señalar que comparto la idea fundamental de esta corriente de pensamiento en cuanto el Derecho penal debe evitar más violencia que la generada por la propia aplicación del poder punitivo estatal. Creo también que en la medida en que el ejercicio de esa potestad sea más racional, mayor será

su legitimidad. Sin embargo, la existencia de un Derecho penal mínimo no puede eludir la pregunta sobre la justificación del castigo allí donde la pena debe ser irremediamente impuesta.

Dicho con otras palabras, el minimalismo penal explica correctamente los límites del poder punitivo del Estado, pero no ofrece buenas razones para fundamentar la imposición de la pena estatal una vez determinado el ámbito en el que sus partidarios consideran justificada esa intervención mínima. En definitiva, lo que me aleja de esta forma de ver las cosas es que comparte con el abolicionismo su argumento central, a saber, que la pena constituye un mal al que debemos recurrir para evitar males mayores¹⁰. Y es en este punto en el que me separo de estas posiciones, pues considero que es posible encontrar en la pena una función que la legitime más allá de su evidente caracterización como “mal”¹¹.

2.2. La pena como retribución comunicativa

Ahora, ¿en qué consiste esa “función” de la pena?¹² Según creo, la respuesta a este interrogante debe hallarse desde una doble perspectiva. Por un lado, la pena debe cumplir un “función” respecto a la comunidad organizada en la que aquella se aplica¹³, lo que presupone en algún sentido que no es posible prescindir de la función intrínseca que caracteriza a toda formulación de un reproche punitivo. Por otro lado, el Estado que impone una pena no solo debe poder explicar su valor a la comunidad, sino también al condenado que está obligado a soportarla. Es decir, el Estado debe ofrecer buenas razones que permitan al acusado entender como legítima su condena.

En otros términos, la pena no solo debe cumplir una función respecto a la comunidad que la impone, sino que también debe cumplir una función “respecto al acusado” que tiene el deber de tolerar el castigo estatal ¹⁴. La función que el castigo cumple en la comunidad organizada radica en que mediante la pena se contribuye al mantenimiento de la identidad del orden social ¹⁵. Lo dicho se puede explicar de la siguiente forma: las normas expresan la manera de ser de la sociedad, esto es, constituyen una muestra, más o menos parcial, de su identidad. Ese modo de ser que expresan las normas es puesto en tela de juicio por el autor, quien a través de su comportamiento delictivo se aferra a la afirmación de que para él la norma no constituye la pauta a seguir.

Mediante esta negación de la vigencia de la norma se cuestiona la identidad normativa de la sociedad. Así, la pena aparece como respuesta comunicativa que contradice la afirmación del autor. A través de ella, la comunidad confirma la vigencia de la norma previamente infringida y, con ello, confirma el Derecho en tanto orden efectivamente practicado ¹⁶. Es posible que la pena genere otras consecuencias beneficiosas desde la psicología social o individual. A modo de ejemplo, puede que la pena logre la utópica resocialización del autor y cumpla así una función de prevención especial. También puede ocurrir que la pena contribuya a fortalecer la confianza que otros ciudadanos depositan en la vigencia del ordenamiento jurídico, esto es, que cumpla una función de prevención general positiva.

Asimismo, la pena puede ser una forma de “coacción” dirigida a los “futuros delincuentes o la comunidad” para que no delinca, de modo que cumpliría así una función de prevención general negativa. Sin embargo, lo que debe quedar claro aquí es que, más allá de que la imposición de una pena puede contribuir a la prevención de futuros delitos, su función radica en la autocomprobación de que la sociedad ratifica el ordenamiento jurídico como expresión de su propia identidad ¹⁷. A la inversa, aunque la pena no prevenga delitos, es decir, aunque después de su imposición se cometa nuevamente un hecho delictivo, la sola circunstancia de que el siguiente hecho siga siendo caracterizado como un “hecho delictivo” demuestra que la pena ya cumplió su función: la confirmación del ordenamiento jurídico en

tanto expresión normativa de un Estado democrático de Derecho, que es el modo en que nuestra sociedad se concibe a sí misma. En ello radica la “función social” del castigo 18 . En cuanto a la “función” de la pena respecto al acusado consiste en que mediante su imposición se reconoce su personalidad, es decir, se reconoce al autor del hecho como igual a los demás, en el sentido de que se lo toma en serio como persona responsable. Con ello se quiere señalar que el Estado no puede cosificar al acusado, degradándolo como si se tratara de un objeto peligroso. Expresado en terminología hegeliana, mediante la pena no puede tratarse a la persona como un animal salvaje al que se le amenaza con un palo. Por el contrario, el castigo debe expresar el respeto a la persona como parte integrante de la sociedad, según las reglas que ésta se ha dado a sí misma. Pues bien, la imputación de culpabilidad lleva ínsito ese reconocimiento a la personalidad del acusado 19. Y ello es así porque la pena supone el reconocimiento a la libertad del condenado de auto-configurar su ámbito de organización, a la vez que se lo hace responsable por las consecuencias lesivas que derivan de esa configuración contraria a Derecho 20 .

Sin embargo, cabe mencionar algunos supuestos en los que esta relación de reconocimiento aparece al menos parcialmente debilitada por no poder demostrarse, por distintas razones, la perfección del **sinalagma auto-organización/responsabilidad por las consecuencias**. Me refiero, por un lado, a los casos de responsabilidad de adolescentes que se encuentran en conflicto con la ley penal. En tales supuestos, no puede acreditarse la completitud del sinalagma porque las personas menores de edad carecen de una plena libertad de organización. En efecto, los adolescentes menores dieciséis años no tienen derecho al voto, en general carecen de capacidad negocial, de modo que no pueden trabajar, no pueden celebrar contratos, no tienen el deber positivo de pagar impuestos, etc 21.

Es decir, gran parte de los derechos de las personas menores de edad no son autoadministrados por éstas sino hetero-administrados por sus representantes legales. Pues bien, esta restricción a la libre organización debe impactar necesariamente en el grado de responsabilidad penal de los y las adolescentes, a tal punto que no son punibles hasta los dieciséis años y que, en caso de resultar punibles, el legislador establece una reducción de pena que, en mi opinión, y de acuerdo con las razones que he expuesto en otro lugar, constituye un imperativo legal para el juez o jueza que debe aplicarla 22 .

Por otro lado, cabe señalar que el reconocimiento de un ámbito de libre administración al acusado presupone la existencia de un Estado que garantiza a sus ciudadanos un mínimo protección no solo en lo formal sino también en lo material 23.

Es que como señala Silva Sánchez, el Estado tiene un deber de garante de protección tanto negativa como positiva, en el sentido de que debe ofrecer protección a todas las personas que se encuentren en su territorio, a la vez que debe asegurar las condiciones sociales mínimas de respeto a la dignidad humana²⁴. Por el contrario, en una sociedad en la que el Estado lesiona de manera sistemática la justicia distributiva, la relación de reconocimiento se debilita a tal punto que la pena se parece más a un puro ejercicio de poder que tiene su origen en el sistema policial, que lo administra selectivamente con la escasa resistencia del sistema judicial, que a un reconocimiento de la calidad de ciudadano²⁵.

Por esta razón, los déficits de socialización que no son imputables al autor sino a la injusticia distributiva generada por el propio Estado, deben tener un lugar al menos en la determinación de la pena²⁶ .

Más allá de estos supuestos en los que el vínculo de ciudadanía se debilita al menos en parte, es posible concluir en que el respeto a la libre elección del acusado sobre la base del principio de auto-administración

constituye el fundamento del reconocimiento de su personalidad. De este modo, el autor del hecho no es excluido, sino reconocido como persona 27.

En dicho reconocimiento se explica la “función” de la pena frente al autor del hecho delictivo²⁸.

La teoría expuesta coincide en lo esencial con un modelo retribucionista expresivo o simbólico de la pena, que tiene por función el restablecimiento del ordenamiento jurídico lesionado por el delito mediante la refutación del significado del hecho, a costa de su autor responsable. Se trata de una teoría que en parte es absoluta y en parte es relativa. Es absoluta en tanto tiene una mirada retrospectiva respecto al hecho: la pena consiste en una respuesta reactiva que, como tal, solo puede imponerse frente al previo discurso que supone el hecho delictivo (*qui peccatur est*), y no para evitar que se cometan delitos en el futuro (*ne peccetur*). A la vez, se trata de una teoría relativa, en tanto la pena no constituye un fin en sí mismo, sino que tiene una función temporal y no trascendente, consistente en «el mantenimiento de las condiciones fundamentales de la coexistencia social»²⁹.

Este modelo tiene importantes consecuencias para el análisis del tema que constituye el objeto de este plenario. En primer lugar, presenta una ventaja que es inherente a toda teoría retributiva y que está vinculada con la vigencia del principio de culpabilidad como fundamento de la pena. El enfoque aquí propuesto centra su mirada en la perturbación social generada por el quebrantamiento de la norma y no en el sujeto perturbador que lo ha generado. Expresado en terminología clásica, la teoría expuesta conduce a un Derecho penal del hecho en lugar de un Derecho penal de autor, lo que quiere decir que ninguna razón de prevención general o de prevención especial justifica que el quantum de la pena pueda superar la medida de la culpabilidad por el hecho cometido. En otras palabras, mediante la pena se refuta solo el hecho perturbador. No menos, pero tampoco más ³⁰. En segundo lugar, toda teoría de la pena debe ser respetuosa de la dignidad humana porque, como señala Kant, la persona «no es una cosa, y por tanto no es algo que pueda ser usado como un mero instrumento, sino que tiene que ser tenido en todas sus acciones como un fin en sí mismo». De lo que se trata es de garantizar el imperativo práctico kantiano que reza: «actúa de tal manera que nunca utilices la humanidad como instrumento ni en tu persona ni en la persona de los demás, sino siempre como fin». Pues bien, en la medida en que la imputación de culpabilidad se fundamenta en el sinalagma libertad de organización/responsabilidad por las consecuencias, la teoría de la retribución aquí sostenida aparece como absolutamente respetuosa de la dignidad humana, porque el autor es definido como persona en sentido material, esto es, con plena capacidad autónoma de organización. Dicho de otra manera, mediante la pena no se pretende cambiar al sujeto modificando su auto-configuración a través de una resocialización obligatoria, sino que se lo respeta en su libertad de auto-administración, a la vez que se lo hace responsable de ella.

No hay nada más respetuoso con la dignidad de la persona que garantizar plenamente el derecho del acusado a la libertad de auto-organización. Ahora ¿por qué no es posible obligar al condenado a modificar su auto-conformación mediante la resocialización? La doctrina ha dejado bien en claro que la prevención especial positiva instrumentaliza al autor del hecho y lo “mezcla entre los objetos del Derecho de cosas”, pues obligar de manera coactiva a una persona adulta a la resocialización es degradarlo como persona libre con el fin amoldarlo al sistema dominante de valores. Ello supone una injerencia inadmisibles en la esfera íntima de la persona, en razón de que el Estado carece de legitimidad para ordenar el tratamiento de personas auto-responsables contra su voluntad: «¿Qué legítima a la mayoría de la población a que una minoría se tenga que amoldar coactivamente a las formas de vida que prefiera esa mayoría?»³¹.

Como puede advertirse, la existencia de un «deber de resocializarse» supone el sometimiento del condenado a un inadmisibles proceso de control estatal que lo sustrae de su propia responsabilidad. Dicho brevemente, el autor, en lugar de ser respetado por su capacidad de auto-administración, pasa a ser hetero-administrado por el Estado. Lo expuesto hasta aquí sobre la posible existencia de un «deber de resocialización» conduce, además, a una paradoja irresoluble por la que la teoría de la prevención especial no puede fundamentar la legitimidad de la pena 32.

La paradoja consiste en que al autor se le imputa culpabilidad porque se lo considera responsable de su elección. En ello radica la justificación del castigo frente al acusado.

Sin embargo, al mismo tiempo, si se pretende obligar al autor a que se resocialice, dicha elección en realidad no es respetada, en tanto se pretende modificar su personalidad a través del tratamiento penitenciario. Pues bien, la paradoja radica en que solo si se respeta la auto-configuración del autor ésta puede serle reprochada. Sin embargo, si se pretende modificar esa auto-configuración mediante la resocialización obligada del autor, se extingue el presupuesto del reproche de culpabilidad.

En conclusión, más allá de su estrepitoso fracaso empírico, la resocialización puede cumplir una función latente en la discusión sobre la justificación de la pena castigo, pero de ningún modo puede constituirse en el argumento que la legitime. Si de acuerdo con lo dicho hasta aquí la teoría de la prevención especial positiva no puede constituirse en el fundamento legítimo del castigo ¿qué queda en pie de la idea resocialización? Está claro que el Estado no puede renunciar a la resocialización aunque las cárceles no resocialicen a nadie.

En efecto, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, “Convención Americana” o “CADH”) en su artículo 5.6. establece que «las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados».

Es decir, existe para el Estado argentino un mandato de resocialización. Sin embargo, con ello no quiere decirse que el penado tenga algo así como un «deber de resocializarse», sino que es el Estado quien tiene el deber moral y político de ofrecerle al condenado condiciones de resocialización, sin vulnerar sus derechos individuales. Dicho brevemente, la idea de resocialización no puede ser más que una oferta que el Estado debe hacerle al condenado y que éste último puede tomar libremente, pero que de ninguna manera está obligado a aceptar.

En resumen, la pena significa la auto-comprobación de que la sociedad se mantiene firme en la vigencia de sus normas, es decir, significa la auto-confirmación de su identidad social. Sin embargo, la pena no se impone para ratificar el orden social sino que ella misma constituye ya esa ratificación. Se trata de una teoría retributiva de la pena que reconoce como límite el principio de culpabilidad por el hecho, en la medida en que refuta solo la perturbación social generada por el delito.

La pena así concebida no instrumentaliza al autor, sino que lo respeta como persona libre y a la vez responsable de su elección. Este reconocimiento de la dignidad humana del autor se completa con la imposibilidad de someter al condenado al tratamiento penitenciario en contra de su voluntad. Por ello, el mandato de resocialización que impone el Pacto Interamericano de Derechos Humanos con jerarquía constitucional consiste en el especial deber del Estado de garantizar las condiciones de socialización del penado, pero que requieren de la colaboración voluntaria de este último.

2.3. Las consecuencias del modelo retribucionista en la determinación de la legitimidad de la pena de prisión perpetua.

Su compatibilidad con el mandato de resocialización Si se vinculan estas consideraciones con el objeto del plenario que nos ocupa, cabe adelantar que existen buenas razones para sostener que la pena de prisión perpetua puede sortear con éxito el test de legitimidad esbozado en las páginas anteriores. En primer lugar, no parece que, pese a su drasticidad, sobrepase el límite del principio de culpabilidad por el hecho. En efecto, la dureza de la prisión perpetua se puede explicar perfectamente en términos retributivos, porque mediante ella se refutan hechos de extrema gravedad que ponen en tela de juicio normas que constituyen el núcleo duro de la identidad social de las y los argentinos.

Es decir, la pena de prisión perpetua está prevista para sancionar hechos que cuestionan la vigencia de normas constitutivas del orden social sin las cuales ninguna sociedad podría subsistir.

Por ello, el peso social de la respuesta del Estado frente a estos casos se encuentra en consonancia con la medida valorativa de la negación de normas centrales para la vida en sociedad. Relacionado con lo anterior, y solo por mencionar algunos ejemplos, la pena de prisión perpetua cumple en la actualidad la función de refutar los hechos más violentos y repudiables de nuestra historia institucional, como son los delitos de lesa humanidad cometidos por el terrorismo de Estado, durante la más larga y oscura noche de nuestra última dictadura cívico-militar.

En este proceso histórico de memoria, verdad y justicia, la imposición de la pena de prisión perpetua a los responsables de este genocidio significa que la sociedad argentina ha confirmado, ante sí y ante la comunidad internacional, que se mantiene firme en sus convicciones democráticas, contradiciendo los hechos que negaron la vigencia misma de nuestro Estado de Derecho.

En el mismo sentido, esta modalidad de castigo permite negar la contradicción de las normas que protegen el derecho a la vida de las mujeres y personas que integran colectivos de diversidad; y de aquellas que protegen a la sociedad en su conjunto del obrar ilegítimo de las fuerzas de seguridad cuando éste atenta contra la vida de quienes la integran. Así, estas formas extremas de ejercicio de violencia patriarcal o institucional, respectivamente, receptadas en los **incisos 4, 9, 11 y 12 del art. 80 del Código penal -conforme modificatorias dispuestas por leyes 25.816 y 26.791-** son reprimidas con prisión perpetua. En efecto, el que matare “por placer, codicia, odio racial, religioso, de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión”, o a “una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediare violencia de género”, o “con el propósito de causar sufrimiento a una persona con la que se mantiene o ha mantenido una relación”; o cuando el autor “abusando de su función o cargo [...] fuere miembro integrante de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario” merecerá la pena cuya constitucionalidad estamos discutiendo.

Y ello es así porque en la reconfiguración de los consensos nucleares de nuestra identidad colectiva, la violencia por razones de género contra mujeres y personas con identidad género- sexual diversa y sus formas más extremas de expresión -los femicidios, los femicidios vinculados y los crímenes de odio- son absolutamente inaceptables.

En la misma línea argumental, el que matare a otro “abusando de su función o cargo, cuando fuere miembro integrante de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario” es merecedor también de la pena antes aludida.

Pues bien, la inclusión de este tipo agravado en nuestra legislación luego de casi un siglo de vigencia del Código penal -**mediante ley 25.816 de 2003**- explica cómo aquel pacto democrático de defensa del Estado de Derecho al que hice referencia, se extiende desde los crímenes denunciados en el Nunca Más hasta las formas contemporáneas de ejercicio de las violencias institucionales cometidas por las fuerzas represivas; y expresa la vigencia de un diseño institucional anclado al enfoque de derechos humanos como limitante del ejercicio de la violencia legítima reservada a aquellas.

En definitiva, la pena de prisión perpetua expresa el significado de negar la vulneración de normas centrales cuya vigencia resulta indispensable para el desarrollo de nuestro orden de libertades, de modo que no puede afirmarse, sin más, que mediante este tipo de penas se vulnere el principio de culpabilidad por el hecho.

La magnitud del valor de la negación de estas normas no depende de constantes antropológicas, sino del grado de configuración en el que se encuentra el orden social en el que la pena tiene lugar.

Dicho en términos hegelianos, un mismo Código penal no puede tener vigencia para todos los tiempos, sino que «pertenece por eso esencialmente a su época y a la situación que ocupa en ella la sociedad civil [...] Las penas duras no son pues en y para sí injustas, sino que están en relación con la situación de cada época»³³. Pues bien, no puede negarse que, pese a su creciente desprestigio, la pena de prisión perpetua forma parte de nuestro estadio de desarrollo como sociedad.

Ello quizás explique, por un lado, por qué nuestro legislador nacional no la ha derogado como especie de pena o, por otro lado, por qué tanto los tratados internacionales de Derechos Humanos como la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “Corte IDH”) o del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, “TEDH”), no han declarado el carácter en sí mismo inconveniente de la pena de prisión perpetua.

Sin embargo, nuestro “espíritu del tiempo” no solo viene determinado por el Código penal vigente, sino también por nuestra Constitución nacional y los pactos internacionales de Derechos Humanos a ella incorporados, que constituyen un “límite infranqueable” al poder punitivo del Estado.

Es que más allá de que son tiempos de respuestas estatales adecuadas a la gravedad de los hechos que niegan la convivencia pacífica entre las personas, no puede dejar de tenerse en cuenta que también son tiempos de protección de los Derechos Humanos, con la finalidad de evitar, si fuere posible, sus graves violaciones o de sancionarlas una vez perpetradas.

Con ello se pone de manifiesto que la teoría retributiva no está condicionada a que la pena suponga el encierro hasta la muerte del condenado. Por el contrario, ninguna pena puede ser realmente perpetua ni indeterminada.

En relación a la perpetuidad del encierro cabe señalar que, si bien es cierto que la retribución está vinculada al principio del hecho, no es menos cierto que ese hecho es la expresión comunicativa de una persona, que, en definitiva, es el verdadero destinatario del reproche: mediante la pena retributiva se refuta el significado del hecho, pero se castiga a seres humanos.

Para la teoría de la retribución, la persona sigue siendo la medida de todas las cosas. Expresado a modo de tesis, no hay delito tan grave que pueda justificar la despersonalización del condenado mediante la imposición de una pena que suponga su encierro de por vida.

En el mismo sentido, la teoría de la retribución es contraria a un sistema de penas temporalmente indeterminadas.

La formulación de un reproche mediante la restricción de derechos no puede ser compatible con la indeterminación del tiempo por el cual se restringen esos derechos. El reproche debe ser formulado con claridad para que la pena cumpla su función de restablecimiento y eso exige que sea temporalmente determinada.

Lo expuesto nos obliga a compatibilizar el régimen legal de la prisión perpetua con los estándares internacionales de Derechos Humanos que rigen en la actualidad la ejecución de las penas. Con ello se quiere decir que la prisión perpetua no puede convertirse en un modo de exclusión de la persona del condenado mediante su segregación definitiva de la sociedad, pues ello la convertiría en una forma de trato cruel, inhumano y degradante, que no solo sería contraria a la proscripción del art. 5.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino que la tornaría incompatible con el mandato de resocialización que surge del art. 5.6. de la citada Convención, pues la rehabilitación social del condenado “es incompatible con la existencia de penas privativas de libertad que se autodefinan como eternas”³⁴.

Una “pena eterna” no supera el test de legitimidad del castigo, pues podrá ser el medio a través del cual la sociedad refuta hechos gravísimos, pero a la vez puede convertirse inadmisiblemente en una forma de exclusión del condenado, lo que supone la negación de su personalidad.

Y la pena, como se dijo, es un modo de reconocimiento de la personalidad, no una manera de negarla. Con el objeto de evitar estas consecuencias lesivas cabe formularse el siguiente interrogante: ¿cómo es posible compatibilizar el régimen de la prisión perpetua, de modo que pueda seguir cumpliendo su función de refutación de los hechos que más gravemente afectan a nuestro orden social, con el “mandato de resocialización”, a través del cual se pretende evitar que la perpetuidad del castigo suponga una especie de destierro hasta la muerte del condenado?

La respuesta no puede sino estar en consonancia con lo que la jurisprudencia internacional de los Derechos Humanos ya ha expuesto sobre la cuestión traída a plenario: para que la prisión perpetua no se transforme en un trato cruel, inhumano y degradante y, por ello, en inconvencional, el Estado debe garantizar a la persona condenada, en el momento mismo del inicio de la ejecución de la condena, la expectativa real de recuperación de la libertad ³⁵, debiendo poner a su disposición las herramientas necesarias de acceso a mecanismos de rehabilitación social.

2.4. Los estándares de la jurisprudencia del Sistema Internacional de protección de los Derechos Humanos como límites al régimen de ejecución de la pena de prisión perpetua

Lo dicho hasta aquí confirma que la prisión perpetua es compatible con la teoría retributiva expuesta, en tanto a través de su imposición la sociedad expresa su rechazo a la vulneración de normas constitutivas de nuestro ordenamiento jurídico, político y social. Sin embargo, una sociedad que ha sido víctima de las más aberrantes violaciones de los Derechos Humanos no puede prescindir de los estándares de protección que ofrece tanto el Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos como el Europeo, que han encontrado en el mandato de resocialización y en la prohibición absoluta de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes un factor crítico para el análisis sobre la convencionalidad de la pena en cuestión. Veamos entonces el estado de la jurisprudencia internacional sobre el tema que nos ocupa. No puede dejar de subrayarse que la jurisprudencia del Tribunal Interamericano ha puesto en evidencia la tensión existente entre la prohibición de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos

y degradantes y la aplicación de penas privativas de libertad a perpetuidad, que se expresa e impacta tanto en los modos de imposición del castigo, como en la observancia del principio de proporcionalidad que deben ostentar las penas aplicadas por las agencias estatales.

En este sentido, la Corte IDH ha sido clara al señalar que «las penas consideradas radicalmente desproporcionadas, así como aquellas que pueden calificarse de atroces en sí mismas, se encuentran bajo el ámbito de aplicación de las cláusulas que contienen la prohibición de la tortura y los tratos crueles, inhumanos y degradantes» (**Corte IDH, Caso «Mendoza y otros vs. Argentina», 14/05/13, párr. 174**).

Pues bien, de acuerdo a la jurisprudencia internacional, este análisis de convencionalidad -que siempre encuentra anclaje en la lesividad que la pena perpetua importa o no en materia de derecho a la integridad personal y prohibición de la tortura y otros tratos crueles- responderá a diferentes parámetros de valoración según la persona condenada sea o no mayor de edad.

Como se sabe, en caso de que sean personas menores de edad las destinatarias de una condena a prisión perpetua, el estándar convencional que deberá guiar el accionar estatal surge del leading case de la Corte IDH «Mendoza y otros vs. Argentina», que indica que la pena a prisión perpetua para adolescentes es, en sí misma, inconvencional. Los argumentos que cimientan esta posición de la Corte IDH pueden sintetizarse del modo siguiente.

En primer lugar, la prisión perpetua a niños, niñas o adolescentes es inconvencional porque no satisface los estándares de ultima ratio, no implica la privación de la libertad por el menor tiempo posible ni por un plazo determinado desde el momento de su imposición, ni permite la revisión periódica de la necesidad de la privación de la libertad de los niños (párrs. 161 a 164).

En segundo lugar aparece el problema de proporcionalidad: se entiende que la prisión perpetua de adolescentes no cumple con la finalidad convencional de lograr «la reforma y la readaptación social del condenado» leída a la luz del interés superior del niño -principio interpretativo dirigido a garantizar la máxima satisfacción de sus derechos- «sino que esa pena opera en un sentido meramente retributivo que no resulta proporcional con la finalidad de la sanción penal a niños» (párrs. 165 a 167).

Y en tercer lugar, la prisión perpetua resulta lesiva del derecho a la integridad personal de los niños: se consideran inconvencionales las derivaciones que en materia de prohibición de la tortura y otros tratos o penas, crueles inhumanos y degradantes emergen de la aplicación de una pena perpetua desproporcionada, que «impide el análisis de las circunstancias particulares de cada niño y su progreso que, eventualmente, le permita obtener la libertad anticipada en cualquier momento»; y que «no permite una revisión periódica constante de la necesidad de mantener a la persona privada de la libertad» (párrs. 172 a 183).

Ahora, este análisis sufre modificaciones cuando la pena de prisión perpetua se impone a personas plenamente capaces de culpabilidad. En estos casos, los estándares a considerar han sido delineados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH). Aquí el criterio central es diferente al establecido respecto de jóvenes, por cuanto se establece que la imposición de penas de prisión perpetua a un adulto no es incompatible con el art. 3 del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos (equivalente al art. 5.2 de la CADH en lo que refiere a la prohibición de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes) siempre que no sea sumamente desproporcionada y que exista, a partir de la fecha de imposición de la misma, una posibilidad real de revisión de condena y una perspectiva de puesta

en libertad (cfr. TEDH, «Murray Vs. Países Bajos», 2016; «TP y AT Vs. Hungría», 2016; «Viola Vs. Italia», 2019; entre otros).

Como puede advertirse, se trata de un criterio complejo del que surgen múltiples derivaciones. Ello, tal vez, debido a que el mismo se consolidó a través de un proceso evolutivo que implicó múltiples intervenciones de la Gran Sala del TEDH y que ha tenido aplicación en diversas decisiones de Salas - incluidas algunas emitidas recientemente-. Por estas razones, y en tanto a las aristas que se han tratado en tal desarrollo resultan pertinentes respecto a la cuestión que nos ocupa, considero necesario detenerme con algo de profundidad en el análisis de ese devenir jurisprudencial.

No obstante el hecho de que la imposición de una pena perpetua a una persona adulta no está en sí misma prohibida o no es incompatible con el art. 3 o con cualquier otro artículo del Convenio, en el año 2008 el TEDH reconoció la existencia de una posible tensión entre el derecho a la integridad personal y la imposición de una pena privativa de libertad perpetua **irredimible (TEDH, Gran Sala, «Kafkarys Vs. Chipre», 12/02/08)**.

Y si bien fue contundente al admitir la procedencia del margen de apreciación de los Estados en materia de elección de los sistemas penales concretos reconoció como potencial eje problemático la posibilidad de que la pena fuere o no reducible de iure o de facto. Sobre la base de ese reconocimiento avanzó la Gran Sala en el año 2013, mediante su pronunciamiento en el caso «Vinter y otros vs. Reino Unido» (TEDH, Gran Sala, 09/07/13). En este caso, el TEDH sostuvo con mayor claridad que una pena manifiestamente desproporcionada es contraria al art. 3 del Convenio y, fundamentalmente, aportó consideraciones nucleares respecto de las características convencionales que debe reunir la oferta del Derecho nacional en materia de revisión de penas a prisión perpetua y posibilidad de liberación. Agregó que la decisión sobre la duración de las penas de prisión es facultad de los Estados parte. Reiteró, además, que la elección del sistema penal concreto de un Estado -incluidos los mecanismos de revisión de las penas y las condiciones para la puesta en libertad- se encuentra fuera del ámbito de supervisión del sistema internacional, e insistió en que ello encuentra su límite en posibles contravenciones a los principios establecidos en el Tratado.

En particular, el TEDH advirtió sobre el derecho de la persona condenada a perpetuidad a tener una expectativa de recupero de libertad y de posibilidad de revisión de la condena. Aclaró que la manera en que tal prerrogativa debe concretarse es a través de la implementación de mecanismos de revisión que permitan a las autoridades evaluar la importancia de los progresos que hubiere logrado el condenado en torno a su rehabilitación.

Además, explicó la inconventionalidad que supone el hecho de exponer al condenado a esperar un número de años indeterminado de condena antes de que pueda alegar que la misma vulnera esa prohibición, por ser ello incompatible con los estándares emergentes de la prohibición de penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Así, concluyó que tal vulneración a la norma convencional se produce en el mismo momento en el que se impone la pena a prisión perpetua. Este razonamiento continuó delineándose años después, particularmente con el pronunciamiento de la Gran Sala para el caso «Murray vs. Países Bajos» (TEDH, Gran Sala, 26/04/2016). En dicha oportunidad, se profundizó en la definición de las garantías a ser observadas en los mecanismos que las autoridades nacionales deben diseñar para advertir si se han registrado progresos en la rehabilitación de la persona condenada, debiendo basarse en criterios objetivos y preestablecidos.

Pero, además, aportó criterios muy precisos respecto de las condiciones de facto que deben ser garantizadas por el Estado para que la persona condenada a prisión perpetua pueda, de hecho, contar con los recursos necesarios para avanzar en los procesos de readaptación que se entienden necesarios para fundar sus pedidos de recupero de libertad. En tal sentido, señaló que la imposibilidad de acceder a mecanismos de rehabilitación que otorguen a las personas condenadas de por vida las herramientas necesarias para acceder a la libertad condicional -u otra forma de liberación- importa tornar la pena como irredimible de facto. Y, consecuentemente, advirtió sobre la obligación positiva estatal de garantizar regímenes penitenciarios que sean compatibles con objetivos de rehabilitación y permitir a los condenados la posibilidad de progresar hacia su rehabilitación. En suma, el estado actual de la jurisprudencia del TEDH considera que la prisión perpetua, en sí misma, no es incompatible con ninguna norma convencional. Sin embargo, el tribunal considera que sí se vulneran deberes derivados de la prohibición de la tortura y otros tratos crueles e inhumanos cuando la condena no cuente con una perspectiva de liberación de hecho y de derecho al momento de recibir la condena. Este estándar europeo, además, debe completarse con el mandato específico que tiene nuestra Convención Americana -ya mencionado- respecto de la finalidad resocializadora de la pena privativa de libertad, que resulta en perfecta armonía y congruencia con la postura del TEDH.

3. El discurso de la exclusión: la prisión perpetua en el contra-modelo del Derecho penal del enemigo

3.1. ¿El fin preventivo general como fundamento legitimador del castigo estatal?

Si para **la teoría retributiva** aquí defendida la función de la pena se encuentra en la confirmación de norma quebrantada por el delito mediante la refutación del significado del hecho a costa de su autor responsable, para las teorías de la prevención general su función tiene una explicación más claramente consecuencialista: mediante la pena se intenta influir en la comunidad para que en el futuro no se cometan delitos. Esta influencia en la comunidad se intenta lograr a través de la coacción psicológica (prevención general negativa) o mediante el reforzamiento de la confianza en el orden jurídico (prevención general positiva). Es decir, así como la teoría de la retribución tiene una mirada retrospectiva, en tanto la pena se impone porque se ha delinuido (qui peccatur est), en las teorías preventivas la mirada es prospectiva, pues la pena se impone para evitar la comisión de futuros delitos (punitur ne peccetur).

En contra de esta teoría hay que decir, en primer lugar que, para ser coherente con su modelo utilitarista de justificación del castigo, debería al menos poder demostrar empíricamente los resultados que acrediten sus reales efectos preventivos.

En efecto, si la pena se impone porque previene delitos, debería poder comprobarse efectivamente este extremo fáctico, pues para un consecuencialista no hay nada más relevante que “las consecuencias” que pretende alcanzar. Pues bien, la mayor parte de los partidarios de las teorías preventivas no recurren a argumentos que demuestren realmente el efecto preventivo de la pena, de modo que quedan atrapados por la paradójal situación de incurrir en un “preventivismo sin prevención” o, en lo que algunos denominan, “consecuencialismo sin consecuencias” 36 .

En segundo lugar, tanto a la teoría de la prevención general negativa como a la positiva se les presenta la dificultad de que la acción delictiva que se ha llevado a cabo demuestra que el autor no tuvo en cuenta la amenaza de pena y que tampoco lo inspiró el posible reforzamiento de la confianza en el orden jurídico. Si algo acredita la comisión del hecho delictivo es que la función de evitación, que justifica el castigo para las teorías preventivas, fracasó, de modo que no puede hablarse de «prevención de delitos».

Ahora, si la pena debe imponerse pese a que no pudo prevenir el delito cometido ¿qué queda del argumento preventivo en estas teorías? Está claro que la ejecución de la amenaza penal prevista en la ley, o la idea de que mediante la pena se refuerza la confianza en la norma, solo puede tener por objeto, no el delito que finalmente no pudo prevenirse, sino la evitación de otros delitos que se cometerán en el futuro.

Dicho brevemente, mediante la pena no se intimida al autor del hecho, pues respecto a él la intimidación fracasó, sino a otros futuros autores. En definitiva, la pena en las teorías preventivas se impone, no para intimidar o motivar al autor del hecho, sino para intimidar o motivar al resto de la comunidad, con el fin de que no se cometan nuevos delitos. Ello pone de manifiesto que mediante la imposición de la pena el autor es utilizado como un medio para el logro de las finalidades preventivas. De este modo, estas teorías no pueden evitar caer en la instrumentalización del condenado, quien aparece así “mezclado entre los objetos del Derechos de cosas”.

La persona deja de ser considerada un fin en sí mismo para pasar a ser un medio para el logro de otros fines, a saber, los fines preventivas de la pena. En tercer lugar, las teorías de la prevención general negativa y positiva no se encuentran en condiciones de orientar la pena al principio de culpabilidad por el hecho, pues la medida de la pena viene determinada no por la magnitud del delito cometido sino por todo lo que resulte necesario para intimidar a los demás o para el reforzar la confianza en la norma por parte de la comunidad.

En este esquema, el principio del hecho como límite para la imposición del castigo se desdibuja: «Esto podría dar lugar, por ejemplo, a que, por un lado en delitos de bagatela o de poca importancia, pero muy frecuentes, y por otro lado en delitos de gran importancia pero con “peligro de contagio” relativamente reducido, se originen en ciertas ocasiones grandes desproporciones entre el daño y el quantum de la pena»³⁷.

En suma, las teorías preventivas no proporcionan un baremo confiable para establecer la medida de la pena. Ahora ¿qué trascendencia tienen estas consideraciones en el ámbito de la prisión perpetua? Si la pena de prisión perpetua se impone por razones de prevención general, su función deja de ser la refutación retrospectiva del hecho y pasa a ser la necesidad prospectiva de la neutralización de los peligros que amenazan la seguridad de la sociedad.

Ello conduce a que el autor, en lugar de ser reconocido como persona, sea utilizado como un instrumento para el logro de finalidades preventivas de la perpetuidad de la pena.

Está claro que esta instrumentalización del autor no puede tener incidencia en la medida de la pena, en tanto la pena de prisión perpetua es una pena fija cuya magnitud, en consecuencia, no puede ser rebasada.

Sin embargo, es posible que la mirada preventiva tenga consecuencias en el régimen legal de ejecución de la pena de la prisión perpetua que, como puede verse, es el ámbito donde precisamente el Sistema Interamericano y Europeo de protección de los Derechos Humanos han fijado su atención.

En efecto, la mirada policial del conflicto, propio de las teorías preventivas, puede constituirse en el argumento que fundamente graves limitaciones al régimen de progresividad de la pena, cuya convencionalidad puede estar seriamente puesta en tela de juicio. Sobre ello se volverá luego.

3.2. La pena como combate ante peligros y la inocuización del autor

A idéntica conclusión que la alcanzada en el punto anterior debe llegarse si la prisión perpetua se fundamenta en la idea de prevención especial negativa, que considera que el fin de la pena privativa de la libertad es el aseguramiento de la sociedad frente al autor, mediante su encierro. El defensor más significativo de la prevención especial negativa fue Franz v. Liszt, quien en su programa de Marburgo de 1882 sostenía que la pena debía actuar mediante la intimidación del autor que no requiere corrección, o a través de la corrección del autor capaz de corregirse y necesitado de corrección y, finalmente, mediante inocuización del autor habitual, en tanto no cabe esperar de él que mejore o desista de cometer hechos delictivos.

Este pensamiento, que conduce a la exclusión del autor, fue expresado por von Liszt incluso para el encierro a perpetuidad de las personas condenadas: «la pena puede tener también como misión suprimir, perpetua o temporalmente, al criminal que ha llegado a ser inútil a la comunidad, la posibilidad física de cometer nuevos crímenes, separándole de la sociedad (selección artificial). Aquí se trata de la inocuización» 38 .

En este modelo la pena no cumple ninguna función expresiva, pues el trato con el condenado es puramente instrumental: mediante ella se pretende corregirlo o inocuizarlo. El encierro cumple así una función de protección ante peligros más cercana a las medidas de seguridad que a la pena 39.

Una teoría con estas características no puede ser sostenida en la actualidad, en tanto vulnera las más elementales garantías previstas en la Constitución Nacional y en los tratados de Derechos Humanos a ella incorporados.

En el mismo sentido, la prisión perpetua, en tanto pena privativa de la libertad, no puede seguir la lógica de las medidas de seguridad, tal como lo propician estas teorías de la prevención especial. Quizás la versión actual más acabada de este cuestionable modelo de exclusión que propicia la teoría de la prevención especial negativa, sea la que ofrece el denominado, de acuerdo a la terminología acuñada por Jakobs, Derecho penal del enemigo.

Según este autor, el enemigo es aquel individuo que ha abandonado el derecho no ya de manera incidental, sino de forma duradera, a tal punto que no ofrece la garantía cognitiva mínima de respeto al orden jurídico. Por esta razón, el Derecho penal del enemigo sigue reglas distintas al Derecho penal del ciudadano. En efecto, aquél se caracteriza por producir adelantos de punibilidad de los hechos a fases anteriores al comienzo de la tentativa, con penas desproporcionadas a tales adelantamientos, limitando, además, el alcance de las garantías procesales, entre otras graves medidas punitivas.

Así, «con este lenguaje –adelantando la punibilidad, combatiendo con penas más elevadas, limitando las garantías procesales- el Estado no habla con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos»40 .

Estas polémicas aportaciones de Jakobs culminaron en una modificación –en mi opinión, desafortunada– de su teoría de la pena 41. Según su última versión, la pena debe marginalizar no sólo el significado del hecho sino también la perturbación a la «cimentación cognitiva» de la norma, en tanto el hecho demuestra que siempre debe contarse con defraudaciones a expectativas normativas. Pues bien, el aspecto fáctico de la pena, esto es, el dolor penal, constituye, según este punto de vista, la garantía de «cimentación cognitiva» que convierte al hecho, definitivamente, «en una empresa fracasada» 42. Asimismo, sostiene este autor, no sólo la norma necesita preservar su «cimentación cognitiva», sino

también la persona debe ofrecer suficiente garantía cognitiva de lealtad al Derecho: «de quien no quepa esperar una conducta conforme a Derecho, y, en particular, incumple de modo persistente sus deberes, sólo se puede postular su condición de persona, pero sectorialmente (concretamente, en la medida en que próximamente vaya a delinquir) ya no podrá ser tratado realmente como tal: junto a la deuda del autor por el hecho sucedido aparece lo necesario para el aseguramiento frente a hechos venideros» 43 . El Derecho penal del enemigo, cuyas bases teóricas han sido esbozadas aquí, ha merecido el rechazo enérgico de la mayor parte de la doctrina 44.

Tal como fue expuesto, se ha dejado en claro que la teoría de la retribución es compatible con un Derecho penal de culpabilidad por el hecho, pues el autor responde en la medida de lo que hizo y no por la forma en la que condujo su vida. El condenado debe responder en la medida de la culpabilidad por el hecho y nada más. En cambio, el Derecho penal del enemigo constituye una forma de Derecho penal de autor, esto es, un Derecho penal de peligrosidad, en el que el sujeto responde por su forma de ser 45. Pues bien, un Derecho penal de estas características es incompatible con el principio del hecho que garantiza el art. 19 de la CN. Solo un Derecho penal de ciudadanos es compatible con un Estado de Derecho 46. Es que si la pena no refuta hechos sino que combate peligros, resulta evidente la vulneración del principio de culpabilidad, pues la medida de la pena no viene determinada por la mayor culpabilidad del autor por el injusto cometido, sino por la cantidad de dolor penal que garantice cognitivamente la inocuización del autor con el fin de que éste no cometa delitos en el futuro 47. Pues bien, la evidente instrumentalización de la persona condenada a la que conduce este planteamiento no necesita aquí de mayor fundamentación. En todo caso, del mismo modo que la prevención especial negativa, el Derecho penal del enemigo aparece como un derecho propio de medidas de seguridad, sin vinculación con la función de la pena en sentido estricto. Si estas consideraciones se vinculan con los límites de la pena privativa de la libertad, está claro que la lógica de las medidas de seguridad puede transformar la pena de prisión perpetua en un encierro de por vida, sin expectativa real alguna de recuperación de la libertad. Pues bien, si el Derecho penal de enemigos deriva en normas que tienen estas características, su inconventionalidad parece evidente.

3.3. La negación del modelo del Derecho penal del enemigo por la CSJN en el caso Gramajo

La exclusión del autor mediante su encierro definitivo con el objeto de «suprimir, perpetua o temporalmente, al criminal que ha llegado a ser inútil a la comunidad» propiciado por von Liszt, aparece de algún modo en la legislación argentina en el art. 52 del Código penal, que le impone al condenado, en caso de ser un reincidente múltiple, la reclusión accesoria por tiempo indeterminado. Se trata de una institución que persigue el aseguramiento fáctico del autor ante el posible peligro de reiteración delictiva, sin ninguna función expresiva, esto es, con la sola finalidad instrumental de inocuizar a la persona condenada.

Sin embargo, el art. 53 del Código penal, le “tiende” al autor una especie de “último puente” con la sociedad, estableciendo un límite al encierro una vez transcurridos cinco años del cumplimiento de la reclusión accesoria.

En tal supuesto, el tribunal que hubiera dictado la última condena o impuesto la pena única, podrá otorgarle a la persona condenada la libertad condicional, siempre y cuando se den los presupuestos legales para su concesión. El fin de la historia jurídica de este instituto es conocido: la CSJN lo declaró

inconstitucional en **el caso Gramajo 48**, pese a la mencionada posibilidad legal del condenado de obtener la libertad condicional.

En efecto, en este histórico precedente se señaló que el encierro definitivo propiciado por el art. 52 del Código penal resultaba violatorio de las garantías constitucionales consagradas -de manera expresa o por derivación- en los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional.

Así, aparecían vulnerados el principio de culpabilidad, el principio de proporcionalidad de la pena, el principio de reserva, el principio de legalidad, el principio de prohibición de persecución penal múltiple (*ne bis in idem*).

Asimismo, la CSJN también declaró en Gramajo la inconveniencia de la reclusión por tiempo indeterminado, por ser contraria a lo establecido por diversos instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 9), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 7) y la Convención contra la Tortura y otros tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes. La fortaleza de Gramajo radica, según creo, en que nuestro Alto Tribunal se aferra a la defensa del viejo y buen Derecho penal liberal, que en la actualidad se ve amenazado por una legislación penal de enemigos que tiende «ilegítimamente, a estabilizarse y a crecer» 49.

Así, subraya la importancia de garantizar un Derecho penal de culpabilidad por el hecho, por oposición a un Derecho penal de autor, cuya base es un pronóstico de peligrosidad apoyado en la forma en que el condenado ha conducido su vida. Del mismo modo, cuestiona el encierro definitivo, por considerarlo más vinculado con la pena de muerte que con el mandato de resocialización que imponen los tratados internacionales. Veamos.

En cuanto al denominado Derecho penal de autor la Corte no ahorró críticas, al señalar que el art. 52 del Código penal es una «clara manifestación de derecho penal de autor» porque «no se está retribuyendo la lesión a un bien jurídico ajeno causada por un acto, sino [...] debido a la forma en que conduce su vida, que el estado decide considerar culpable o peligrosa».

De manera coherente con esta línea de pensamiento, se mostró explícitamente contraria a un Derecho penal de culpabilidad por la conducción de la vida, subrayando los problemas que plantea vincular la pena con la personalidad del autor: «en un estado, que se proclama de derecho y tiene como premisa el principio republicano de gobierno, la constitución no puede admitir que el propio estado se arrogue la potestad -sobrehumana- de juzgar la existencia misma de la persona, su proyecto de vida y la realización del mismo, sin que importe a través de qué mecanismo pretenda hacerlo, sea por la vía del reproche de la culpabilidad o de la neutralización de la peligrosidad o, si se prefiere, mediante la pena o a través de una medida de seguridad».

En consonancia con lo anterior, la Corte pronunció en contra de la constitucionalidad del discurso de la exclusión a través de un Derecho penal de enemigos: «porque la pretendida presunción de peligrosidad confirma que en el fondo se trata de una declaración de enemistad que excluye a la persona de su condición de tal y de las garantías consiguientes».

Por lo demás, Gramajo va en línea con los postulados que ofrece el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, pues la Corte sostuvo la inconveniencia de la reclusión accesoria por tiempo indeterminado sobre la base de los estándares establecidos por la Corte IDH en el *leading case* “**Fermín Ramírez Vs.**

Guatemala". Allí se sostuvo una mirada crítica de las normas penales que se fundamentan en las características personales del agente y no en el hecho cometido.

Por ello, se cuestiona el desplazamiento del Derecho Penal de acto o de hecho -al que define como propio de un sistema penal de una sociedad democrática- por el Derecho Penal de autor que, a su entender, abre la puerta al autoritarismo en una materia en la que se encuentran en juego los bienes jurídicos de mayor jerarquía: «la introducción en el texto penal de la peligrosidad del agente como criterio para la calificación típica de los hechos y la aplicación de ciertas sanciones, es incompatible con el principio de legalidad criminal y, por ende, contrario a la Convención» 50. En suma, la Corte IDH concluye que es «absolutamente inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos» la sanción de una persona no en función de lo haya hecho sino en razón de lo que ella es. En definitiva, se puede concluir en que Gramajo, pese al transcurso del tiempo, sigue siendo una jurisprudencia iluminadora, que aporta los estándares de Derecho penal y de Derechos humanos que deben servir como ejes rectores para la resolución del objeto de este plenario. Nada de lo que aquí se diga sobre la definitividad del encierro puede prescindir de los conceptos fundamentales que expresó la CSJN en este fallo.

En particular, cabe recordar las históricas palabras que expresó en este fallo el juez Petracchi, quien vinculando el mandato de resocialización del autor con la prohibición de la pena de muerte llegó a esta conclusión arrolladora: «el Estado no puede "eliminar" a ninguna persona en forma definitiva de la sociedad, sea que lo haga a título de pena o de "medida". En este sentido, cabe recordar que el "encierro perpetuo" aparece como un sucedáneo de la pena de muerte, y que los argumentos que se esgrimen en su favor son prácticamente idénticos a los que se invocan, aún hoy, en favor de la pena de muerte: ambos buscan una "solución final", por medio de la exclusión absoluta del delincuente».

4. Conclusiones provisionales:

bases para interpretación convencional del régimen de ejecución de la pena de prisión perpetua. La revisión crítica llevada a cabo hasta aquí de los dos modelos antagónicos de justificación del castigo estatal ha permitido sentar las bases teóricas sobre las que, según creo, resulta posible determinar las condiciones de legitimidad de la pena de prisión perpetua y su régimen de ejecución.

Así, de la teoría de la **retribución comunicativa** aquí sostenida pueden extraerse, a modo de resumen, las siguientes conclusiones:

a) La pena de prisión perpetua es compatible con el modelo de la teoría de la retribución, en tanto no se advierte que a través de su imposición se vulnere el principio de culpabilidad o que, mediante ella, se instrumentalice a la persona del condenado para el logro de otras finalidades que no sea la refutación del significado del hecho.

b) Se refutan hechos pero se condena a seres humanos. La persona sigue siendo la medida de todas las cosas. Por ello para una teoría retributiva no hay delito tan grave que pueda justificar la despersonalización del condenado mediante la imposición de una pena que suponga su encierro de por vida.

c) Si es verdad que, en principio, la pena de prisión perpetua no vulnera derechos fundamentales de la persona, la decisión político-criminal de su mantenimiento o su derogación forma parte -con las limitantes convencionales que le son propias- del margen de apreciación reservado al Estado nacional. Esta

atribución, de acuerdo con las pautas constitucionales de organización federal y teniendo en cuenta su naturaleza de Derecho de fondo, es exclusiva y excluyente del Congreso de la Nación.

d) Sin embargo, con el fin de evitar actos generadores de responsabilidad internacional, no puede dejar de advertirse que el Estado argentino tiene el deber constitucional y convencional de cumplir con las obligaciones que surgen del Derecho Internacional de protección de los Derechos humanos para el régimen de ejecución de la pena de prisión perpetua.

e) El Estado tiene el deber jurídico, moral y político de cumplir con el mandato de resocialización que impone la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por esta razón, es garante de ofrecer un proceso de ejecución de la pena que posibilite la rehabilitación de la persona condenada, siempre que se cuente con la colaboración voluntaria de esta última.

f) La prisión perpetua no puede constituirse en una forma de trato o pena cruel, inhumano y degradante. Por ello, el Estado argentino debe garantizar, desde el comienzo del cumplimiento de la condena, no solo las herramientas necesarias para que la persona condenada tenga acceso a mecanismos de rehabilitación social, sino que, además, debe ofrecerle una expectativa real de recuperación de la libertad.

g) El Poder Judicial, en tanto intérprete de la Constitución Nacional y de los Pactos de Derechos Humanos a ella incorporados, tiene la responsabilidad de desempeñar un rol determinante que garantice la plena vigencia del Estado de Derecho y sus garantías fundamentales, tanto durante el proceso penal del que deriva con la imposición de la condena a perpetuidad, como durante todo el régimen de ejecución.

En cuanto al contra-modelo preventivista y sus consecuencias sistemáticas, de lo hasta aquí expuesto se pueden formular las siguientes conclusiones:

a) Existen dificultades para poder fundamentar la prisión perpetua en motivos de prevención general y ello por tres razones. La primera es que la teoría de la prevención general no ha podido demostrar en el plano empírico sus reales efectos preventivos, de modo que incurre en un paradójico “preventivismo sin prevención”. La segunda es que estas teorías no pueden evitar caer en la instrumentalización de la persona condenada, la que deja de ser considerada un fin en sí mismo y pasa ser un medio para el logro de las finalidades preventivas de la pena. La tercera razón es que el fin preventivo puede convertirse fácilmente en el argumento a través del cual se impongan graves e inconvencionales limitaciones al régimen de progresividad de la pena.

b) La prisión perpetua tampoco puede inspirarse en la teoría de la prevención especial negativa, en tanto conduce a un modelo de exclusión mediante la inocuidad del autor. Así, la función del encierro no es la refutación del hecho sino la protección ante peligros. En consecuencia, el encierro se parece más a una medida de seguridad que a una pena. De este modo, los límites del régimen de libertad condicional de la prisión perpetua quedan desdibujados.

c) El Derecho penal del enemigo se fundamenta en la idea según la cual el autor que persiste en el incumplimiento de sus deberes jurídico-penales no ofrece seguridad cognitiva alguna de lealtad al Derecho. En tales supuestos, el Estado mediante la pena no habla con sus ciudadanos sino que amenaza a sus enemigos. Pues bien, el Derecho penal del enemigo es un Derecho penal de autor con base en un pronóstico de peligrosidad propio de las medidas de seguridad. Una tesis de estas características conduce a que la prisión perpetua aparezca como una forma de encierro definitivo. Solo un Derecho penal de ciudadanos es respetuoso del Estado de Derecho.

d) La reclusión accesoria por tiempo indeterminado, que conduce al encierro definitivo del reincidente múltiple, constituye una forma de legislación penal de enemigos que la CSJN declaró inconstitucional e inconvencional.

La Corte vinculó el art. 52 del Código penal con un Derecho penal de autor y con un Derecho penal de culpabilidad por conducción de la vida.

Asimismo, de la correlación de reglas entre el mandato de resocialización y la prohibición de la pena de muerte, concluyó que el encierro definitivo «aparece como un sucedáneo de la pena de muerte».

En suma, desde la óptica de una teoría de la retribución comunicativa de la pena, la prisión perpetua no es en sí misma inconstitucional y tampoco inconvencional. No obstante, debe analizarse si la legislación actual del régimen de ejecución de esta especie de pena responde a los estándares internacionales antes reseñados.

La cuestión a determinar es si la legislación vigente se vincula con un modelo de pena retributiva que respete el Derecho Internacional de los Derechos Humanos o, por el contrario, se relaciona con un modelo peligrosista propio del Derecho de enemigos, en cuyo caso dicha legislación debe seguir la misma suerte que la reclusión accesoria por tiempo indeterminado en el caso Gramajo.

5. Sobre la constitucionalidad y la convencionalidad del régimen de ejecución de la pena de prisión perpetua

5.1. Consideraciones generales

Si el Estado tiene el deber jurídico y la responsabilidad moral, política e institucional de cumplir con las obligaciones que surgen del Derecho Internacional de protección de los Derechos humanos, el régimen de ejecución de la pena no debe transformar a la prisión perpetua en una forma de trato cruel, inhumano y degradante. Para evitar convencionalmente esta transformación se debe ofrecer respuesta a por lo menos dos interrogantes.

El primero es el siguiente: ¿se le garantiza a la persona condenada a perpetuidad una expectativa jurídica y fáctica de recuperación de la libertad? El segundo está relacionado con la posibilidad de compatibilizar el mandato de resocialización con el cumplimiento de la pena perpetua. Aquí la pregunta es: ¿se le garantiza a la persona condenada el acceso formal y material a mecanismos de rehabilitación social? En todo caso, tanto los interrogantes planteados como sus posibles respuestas demuestran el carácter inescindible de la prisión perpetua con su régimen de ejecución.

En efecto, el cumplimiento de los mandatos convencionales vigentes requiere no solo del análisis aislado de la constitucionalidad o convencionalidad de la perpetuidad de la pena, sino que dicho examen debe comprender a los institutos que surgen del Código penal y de las leyes especiales que resultan de aplicación en materia de ejecución de esta especie de pena.

Y ello es así porque el carácter efectivo del encierro perpetuo viene necesariamente definido por su régimen legal de ejecución y porque, además, el acceso del condenado a instancias reales de libertad depende no solo de las condiciones que formalmente se ofrezcan sino de las condiciones materiales en las que se cumple el encierro.

Ello explica que de la regulación sobre la ejecución de la pena dependa que la persona condenada tenga la posibilidad real de ser resocializada. Dicho de otro modo, no puede ofrecerse una respuesta completa

a la pregunta de este plenario sobre la constitucionalidad y convencionalidad de la prisión perpetua sin contrastar su régimen de ejecución con los estándares internacionales que rigen la materia. Sobre la base de lo expuesto corresponde analizar la convencionalidad del tema que nos ocupa.

Cabe aclarar que dado que la normativa ha sufrido modificaciones sustanciales respecto a la posibilidad de que las personas condenadas puedan acceder a instancias de libertad, es necesario realizar un breve recuento de los elementos trascendentales que caracterizaron cada una de las etapas hasta llegar al régimen actual.

Asimismo, para evitar llegar a una conclusión que quede anclada en lo puramente formal, se debe hacer referencia a las condiciones materiales en las que se cumple la pena de prisión perpetua en nuestras cárceles, que no son ni tan sanas, ni tan limpias, como para poder cumplir realmente con el fin resocializador que inspira constitucionalmente el régimen progresivo de la pena.

5.2. Acerca de la racionalidad de la evolución legislativa. Análisis crítico

5.2.1. El carácter regresivo de la legislación actual

La evolución del régimen legal de la ejecución de la pena en nuestro país se caracteriza por la existencia de tres etapas claramente diferenciables.

La primera se inicia a partir de decisiones adoptadas en diferentes momentos históricos y reflejadas en cuerpos normativos independientes, como el Código Penal y la ley de Ejecución de la pena privativa de la libertad 24.660.

Este primer régimen de ejecución derivó en un sistema que bien podría calificarse de armónico, razonable e integral. La segunda etapa, que comenzó a partir de la sanción de la ley 25.892, se caracteriza por el acotamiento de las posibilidades de avance en el régimen progresivo en la ejecución de la pena de ciertos delitos, ya sea por la imposibilidad absoluta de llegar a su última etapa o por el endurecimiento de los requisitos normativos para lograrlo.

La tercera etapa es configurativa del régimen actual de ejecución de penas y fue instaurada a partir de las reformas dispuestas por la ley 27.375, en la que se profundizaron las medidas implementadas en la etapa anterior. La primera etapa comienza con la sanción del Código Penal según ley 11.179 y se complementa con la Ley de Ejecución sancionada en el año 1996.

El resultante de la integración de las normas pertinentes de esos dos cuerpos normativos fue la consagración de un sistema netamente progresivo, en el que la recuperación de la libertad personal se realiza por etapas claramente identificadas, anclando el punto de partida en un encierro total que se va flexibilizando a media que avanza el régimen hacia instancias vigiladas de recupero parcial y total de la libertad -como las salidas transitorias o la libertad condicional- hasta llegar finalmente a la fecha de cumplimiento de la pena.

Para transitar gradualmente este camino, la ley es clara respecto de las condiciones y requisitos que deben ser satisfechos por la persona condenada, del carácter judicial de las decisiones que implican las salidas extra muros y de la naturaleza provisoria de las instancias alcanzadas, disponiendo razones que podrían motivar incluso su retroceso.

En este régimen las personas condenadas a la pena de prisión perpetua podían acceder a la libertad condicional una vez cumplidos veinte años de prisión (art. 13 del Código penal redacción original), previo

cumplimiento de los requisitos legales. Luego de cinco años de condicionalidad bajo ciertas reglas de conducta, la pena se consideraba extinta (art. 16 del Código penal redacción original). Solamente se encontraban excluidas de este instituto las personas declaradas reincidentes (art. 14 del Código penal redacción original).

Para ellos, la ley de ejecución ofrecía instancias parciales de recupero de la libertad o bien, en caso de tratarse de personas reincidentes con penas temporales en curso sin la accesoria del art. 52 del Código penal, habilitaba como último peldaño en el camino de la progresividad, la posibilidad de acceder a la libertad asistida (art. 54, ley 24.660 según redacción original).

Como se advierte, la normativa integrada por la ley de ejecución y el Código Penal regulaba la posibilidad de que la persona condenada a perpetuidad pudiese requerir ante la autoridad judicial competente el acceso a instancias de libertad. El único caso en que no se conocía ningún tipo de acceso a instancias de libertad era el de los reincidentes, en el periodo comprendido entre la sanción del Código Penal de 1921 y la sanción de la ley 24.660 en el año 1996. Se trataba de un vestigio de las penas de prisión por tiempo indeterminado previsto para casos excepcionales, que cristalizaba una forma de prevención especial negativa: a partir del etiquetado de una persona como «peligrosa» se la neutralizaba mediante su apartamiento definitivo de la comunidad. Fuera de estos supuestos, la posibilidad de obtener la libertad quedaba supeditada al cumplimiento de los plazos y demás requisitos, lo que implicaba la posibilidad de acceder a una libertad condicional y avanzar hacia una posible última etapa de cumplimiento de la pena. Algunas personas que participaron de la audiencia pública identificaron esta etapa como el estadio normativo todavía vigente en materia de ejecución de penas a prisión perpetua, pues sostuvieron que en nuestro país la perpetuidad del castigo “no configura un encierro definitivo”. Sin embargo, este régimen ha sido sustancialmente modificado, a tal punto que estos cambios han impactado directamente en la posibilidad de discutir el acceso a instancias de libertad en el ámbito de ejecución de las penas a prisión perpetua. Por esta razón, la afirmación según la cual “nuestro ordenamiento jurídico no conoce de un encierro a perpetuidad” ya no puede tenerse por cierta. La segunda etapa normativa se inicia a partir de la sanción de las **denominadas «leyes Blumberg»**.

En esta etapa la ley 25.892 (2004) introdujo modificaciones en el régimen de ejecución de la pena de prisión perpetua en dos velocidades. Por una parte, extendió la prohibición de acceso a la libertad condicional a, entre otros, los delitos de homicidio criminis causa (art. 80, inc. 7 del Código penal), abuso sexual previsto en los arts. 119 y 120 del Código penal cuando resultare la muerte de la víctima (art. 124 del Código penal), privación ilegal de la libertad coactiva cuando se causare intencionalmente la muerte a la víctima (art. 142 bis del Código penal) y secuestro extorsivo cuando se causare intencionalmente la muerte de la víctima (art. 170 del Código penal), todos ellos merecedores de la pena perpetua. De manera complementaria, la ley 25.948 privó a las personas condenadas por esos mismos delitos de la posibilidad de acceder a salidas del régimen de progresivo de ejecución de la pena (art. 56 bis de la ley 24.660, según redacción ley 25.948). Es decir, estas modificaciones transformaron el régimen de ejecución de la pena de prisión perpetua en un catálogo de delitos en los que el encierro es definitivo en términos absolutos. Por otra parte, la ley 25.892 estableció nuevas condiciones de acceso a la libertad condicional para las personas condenadas a prisión perpetua por delitos que no estuvieren incluidos en los supuestos prohibidos: se incrementó de veinte a treinta y cinco la cantidad de años exigidos para solicitar la libertad condicional para condenas a prisión perpetua y se agregó como requisito un “informe de peritos que pronostique en forma individualizada y favorable su reinserción social”.

Además se duplicó el plazo de duración de la condicionalidad de la libertad, que pasó de cinco a diez años (art. 13 del Código penal según ley 25.892 vigente). De esta manera se estableció un sistema en el que las características del régimen de ejecución de las penas privativas de libertad se determina por la clase de delito cometido y en el que, consecuentemente, en algunos supuestos, las personas condenadas que no pueden solicitar la libertad condicional no cumplirán nunca la pena ni podrán jamás recuperar la libertad. En otras palabras, si bien a modo de excepción en algunos casos de condenas a prisión perpetua el recupero de la libertad aparece como una alternativa al menos formalmente posible -requiere sobrevivir treinta y cinco años al encierro carcelario- la regla se da con los demás supuestos en los que el condenado resulta directamente inocuizado a través de penas que constituyen una forma de encierro definitivo. La inocuización de las personas condenadas por estos delitos fue una de las motivaciones perseguidas por la reforma lo que fue explicitado en las exposiciones de motivos de los proyectos de ley que dieron origen a la ley 25.892. Se trató de iniciativas que pretendían neutralizar la peligrosidad de personas consideradas riesgosas, aludiendo a «un abuso del concepto de marginalidad» para justificar que «esos criterios de peligrosidad tienen que estar incluidos tanto en normas penales de fondo como en los códigos de procedimiento, pues de lo contrario, la actividad legislativa nunca receptorá la realidad imperante y será sólo un reflejo de una situación ideal del legislador» (exposición de motivos del proyecto de ley S-793/04); y que se postulaban cual oferentes de «mecanismos de defensa [contra los delitos que atentan contra la integridad sexual], que permitan en un aspecto adoptar actitudes preventivas de protección y en otro, frente al hecho consumado, tratar de limitar las posibilidades que se repitan [...] una actitud de tipo terapéutica, que permita recuperar en lo posible a los individuos de su patología, [...] limitando las posibilidades, de que por las especiales características psicológicas de quienes incurrir en este tipo de delito, puedan acceder al instituto de la libertad condicional, en la inteligencia de que y con ello recuperen su libertad anticipadamente» (exposición de motivos del proyecto de ley S-40/04).

Este sistema legislativo, cuyos lineamientos fundamentales han sido presentados aquí, tiene aspectos muy problemáticos en relación a la convencionalidad del régimen de ejecución de la pena de la prisión perpetua. Y ello en razón de que su diseño institucional incumple con la finalidad convencional del castigo, que consiste en la readaptación social de las personas condenadas. El Estado argentino no garantiza el cumplimiento de este mandato convencional en razón de que el modelo instaurado a partir de esta reforma y luego profundizado en la etapa siguiente, le niega a la persona condenada a prisión perpetua la posibilidad de completar el régimen progresivo de ejecución de la pena.

Dicho brevemente, en el sistema de ejecución legamente vigente las personas condenadas a perpetuidad han dejado de contar con la expectativa real de liberación a la que tenían derecho en el régimen derogado. Esta imposibilidad de ejercicio del derecho convencional a la resocialización en razón de la pertenencia a determinada categoría de personas supone, además, tensiones manifiestas con el principio de igualdad, por cuanto se configuran situaciones de trato diferenciado carentes de la justificación objetiva y razonable exigida por los estándares interamericanos para no ser consideradas contrarios al mismo⁵¹. Se trata, por ello, de normas a cuyo respecto resultan pertinentes las consideraciones y conclusiones dispuestas, precisamente en tal sentido, por la Corte Federal y su par Interamericano al declarar la inconstitucionalidad y/o la inconvencionalidad de disposiciones normativas nacionales que, si bien pretenden garantizar derechos convencionales, expresamente excluían de sus efectos a personas imputadas por un tipo específico de delitos⁵².

La evolución del proceso reformista se completó con una tercera etapa que profundizó su carácter regresivo. En efecto, el régimen legal vigente, consagrado con la sanción de la ley 27.375 (2017), amplió aún más la “categoría” de delitos excluidos de la libertad condicional y las instancias de libertad previstas en el régimen de ejecución. Particularmente incorporó los homicidios agravados (art. 80 del Código penal) y la tortura seguida de muerte (art. 144 ter, inciso 2 del Código penal) a las previsiones del art. 14 del Código penal

Además, les aplicó también el alcance de las previsiones del artículo 56 bis de la ley 24660, que los exceptúa de los beneficios del período de prueba y de otros institutos. En el plano local, esta reforma vino a completar el camino de restricciones y limitaciones en el avance del régimen progresivo de ejecución de la pena iniciado en nuestra provincia a través de la aprobación de la ley 8465, del año 2012. En definitiva, en el régimen actual la mayor parte de las personas condenadas a prisión perpetua no pueden acceder a la libertad condicional durante la ejecución de la pena, ni existe un momento jurídico de cumplimiento o de revisión de la condena⁵³. La situación se agrava por el carácter regresivo de esta evolución en tanto lo que el codificador original estableció como una regla -posibilidad de acceso a libertad condicional luego de largo período de encierro; posibilidad de cumplir la pena en algún momento de la historia de vida del condenado- hoy reviste el carácter de excepción. Todo indica que lo se busca en realidad con un encierro tan prolongado es la “solución final” con la que se pretende sino la eliminación al menos “la exclusión absoluta del delincuente”⁵⁴. En cuanto a los últimos supuestos en los que se habilita excepcionalmente instancias de libertad no se puede dejar de advertir que presentan una particularidad casi paradójica. Pueden acceder al régimen progresivo de la pena quienes hubieran sido condenados por los delitos de genocidio agravado por muerte (art. 8 de la ley 26.200), crímenes lesa humanidad agravados por muerte (art. 9 de la ley 26.200), crímenes de guerra agravados por muerte (art. 10 de la ley 26.200), desaparición forzada de personas cuando resultare la muerte o la víctima sea una persona embarazada, menor de 18 años, mayor de 70 años o con discapacidad, o cuando fuere la víctima fuere una persona nacida durante la desaparición forzada de su madre (142 ter, penúltimo párrafo, del Código penal), traición (art. 214 del Código penal) y traición agravada (art. 215 del Código penal).

La paradoja radica en que, como puede advertirse, la mayor parte de estos delitos son crímenes contra la humanidad que, pese a su excepcional gravedad, cuentan con un régimen de ejecución más indulgente que permite obtener el acceso a otras instancias de libertad tales como la libertad condicional. Más allá de las particularidades del régimen de excepción lo cierto es que el sistema de ejecución penal que se establece como regla ha terminado por transformar la prisión perpetua en una “especie” de reclusión accesoria por tiempo indeterminado, similar a la prevista en el art. 52 del Código penal para los casos de multi-reincidencia.

Si bien puede argumentarse, en contra de esta afirmación, que el encierro definitivo al que conduce la prisión perpetua no es “accesorio” a la condena sino que forma parte de ella, lo cierto es que un criterio de distinción de tales características pecaría de cierto formalismo, pues las razones por las que se deniega el derecho a libertad condicional a las personas condenadas a prisión perpetua son idénticas a los criterios peligrosistas que fundamentaron la declaración de inconstitucionalidad e inconvencionalidad de la reclusión accesoria por tiempo indeterminado.

Es que del análisis realizado sobre la exposición de motivos de las leyes que constituyen la base normativa del régimen de ejecución actual de la pena a perpetuidad, queda demostrado que el legislador no tomó

en cuenta las consideraciones formuladas por la **CSJN en «Gramajo»** y por la Corte IDH en **«Fermín Ramírez»**.

En ambos precedentes se subraya la idea de que los criterios peligrosistas de la teoría prevención especial negativa conducen a un Derecho penal de autor o, más aún, a un Derecho penal de enemigos, que tiene por objeto la exclusión o la inocuización de la persona condenada, algo que, como pudo verse, resulta inadmisibles en un Estado de Derecho.

Los criterios jurisprudenciales citados no fueron tenidos en cuenta por el legislador a pesar de que la situación de las personas condenadas a prisión perpetua es más gravosa que la de quienes resultan condenados a reclusión accesoria por tiempo indeterminado. Y ello por dos razones. Por un lado, porque la reclusión accesoria por tiempo indeterminado se impone a multi-reincidentes, mientras que la prisión perpetua puede imponerse también a personas que no registran condenas anteriores.

Por otro lado, porque los condenados a reclusión accesoria por tiempo indeterminado pueden acceder a libertad condicional transcurridos cinco años de reclusión, mientras que la mayoría de las personas condenadas a prisión perpetua no pueden hacerlo en ningún caso⁵⁵.

La indeterminación del tiempo en prisión es mayor en la prisión perpetua que en la reclusión accesoria. Si la Corte Federal declaró inconstitucional e inconvencional la reclusión accesoria por tiempo indeterminado, pese a que el encierro al que conduce este instituto no tiene carácter de definitivo, con mayor razón debe declararse la inconstitucionalidad y la inconvencionalidad del régimen de ejecución de la pena de prisión perpetua en la medida en que el encierro al que conduce es fáctica y jurídicamente de por vida.

Expresado a modo de síntesis, tanto desde el punto de vista de la doctrina y jurisprudencia nacional ya analizada, como del Derecho internacional de los Derechos humanos, el estado de cosas reseñado hasta aquí resulta flagrantemente regresivo, en tanto le priva a una norma que garantizaba mandatos convencionales de la finalidad para la cual fue sancionada.

Este régimen legal de ejecución de primera velocidad resulta evidentemente inconvencional en razón de que establece como regla la transformación de la pena de prisión perpetua en un trato cruel, inhumano y degradante, debido a que no garantiza el acceso a mecanismos de rehabilitación social y no ofrece expectativas reales para la obtención de la libertad condicional.

Por ello es necesario advertir enfáticamente respecto de las posibles consecuencias que la aplicación de estas leyes puede tener en el ámbito internacional. La existencia de estos elementos puede tener efectos que, de no ser encausados en el ámbito jurisdiccional, terminarán por configurar supuestos generadores de responsabilidad internacional del Estado.

5.2.2. ¿Es convencional el plazo de treinta y cinco años de prisión para la obtención de la libertad condicional?

En los párrafos precedentes se ha dejado en claro que existe un régimen legal de ejecución de la pena de prisión perpetua de dos velocidades según si la persona condenada tiene o no acceso a instancias de libertad condicional. Se concluyó que el régimen de ejecución de primera velocidad impide esta posibilidad sometiendo al condenado a un encierro definitivo.

Se trata de un régimen crasamente inconvencional en la medida en que no determina fecha de cumplimiento y no ofrece posibilidad alguna de recuperación de la libertad.

La base legal de esta conclusión es que está fuera de toda discusión que un encierro de por vida constituye una forma de trato cruel, inhumano y degradante, inaceptable tanto constitucional como convencionalmente. Junto a este régimen de primera velocidad que convierte en regla el encierro definitivo, el Código penal prevé un régimen de segunda velocidad, según el cual quien es condenado a la pena de prisión perpetua puede acceder excepcionalmente a instancias de libertad.

En efecto, las personas condenadas por alguno de los delitos legalmente comprendidos en este régimen -la mayor parte de ellos son crímenes de lesa humanidad- pueden acceder a los institutos que integran el período de prueba o incluso a la libertad condicional, luego de haber cumplido un mínimo de treinta y cinco años de encierro efectivo.

La cuestión es si un plazo de estas características resulta convencional en el marco que ofrece el Derecho internacional de protección de los Derechos humanos vigente. Veamos. Un problema que evidencia este modelo de excepción está vinculado a falta de coherencia lógica con los propios postulados de los que parte.

Es que si la lógica del diseño legislativo es la de avanzar en un sistema de ejecución de pena diferenciado según la naturaleza del delito, debería llegarse a la conclusión de que los sistemas de ejecución menos rígidos resultarían de aplicación en el ámbito de los delitos que no tienen tanta trascendencia político-institucional. A la inversa, los sistemas de mayor rigidez deberían ser aplicados a los delitos de extraordinaria gravedad institucional.

Sin embargo, la solución que ofrece nuestra legislación es contraria a esa lógica, pues el régimen de ejecución más benigno se encuentra reservado para los delitos más graves que reconoce el ordenamiento jurídico internacional. En cambio, los graves delitos que no revisten esa característica quedan, paradójicamente, sujetos a un régimen de severidad extrema.

De esta falta de coherencia normativa se derivan importantes tensiones con el principio de igualdad ante la ley y el principio de proporcionalidad de pena en la etapa de su ejecución. Esta crítica se profundiza si se introduce en el análisis otras variables emergentes del Derecho penal internacional.

Así, el Estatuto de Roma (ley 25.390), que tipifica los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, como el genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y el crimen de agresión (art. 5), prevé para su sanción penas temporales de hasta treinta años de privación de libertad y, con criterio excepcional, penas a perpetuidad en supuestos agravados de tales delitos (art. 77).

El Estatuto regula, además, el examen de reducción de pena -equivalente a la libertad condicional- que puede tener lugar, en el caso de penas temporales cuando se han cumplido las dos terceras partes de la condena y en el caso de prisión perpetua, una vez cumplidos veinticinco años de encierro (art. 110).

Estas características del sistema internacional trae consigo cuestiones problemáticas en su comparación con el sistema nacional. Por un lado, la ejecución de una condena dispuesta por la Corte Penal Internacional, en razón de los delitos que enuncia el Estatuto de Roma, tiene un régimen de ejecución

más beneficioso que aquel al que pueden acceder las personas condenadas por esos mismos delitos - introducidos al Derecho nacional mediante ley 26.200- por nuestros tribunales.

Así, quien resulte condenado por la Corte Penal Internacional deberá cumplir veinticinco años de encierro para solicitar el examen de reducción de pena, mientras que el condenado por tribunales nacionales deberá esperar diez años más, esto es, treinta y cinco en total, para solicitar que se evalúe la posibilidad de acceso a libertad condicional.

Por otro lado, este trato diferencial se agrava en la comparación con la situación de personas condenadas por delitos muy graves pero que no forman parte del orden internacional. En tales supuestos, las personas condenadas a prisión perpetua por delitos contra la humanidad tienen a un régimen de ejecución más beneficioso, que les permite acceder a la libertad condicional después los treinta y cinco años de encierro.

Por el contrario, los condenados a perpetuidad por delitos comunes deben sufrir el encierro de forma definitiva, sin ninguna posibilidad de acceso al recupero de la libertad. En consecuencia, el régimen de ejecución de penas a perpetuidad no responde a criterios de proporcionalidad ni en su configuración interna ni en su diálogo con el Derecho penal internacional.

Lo anterior se vincula con el carácter regresivo de las reformas legales introducidas en las normas ejecutivas. Ya se dijo aquí que se considera regresiva la modificación de las normas que aseguraban el cumplimiento del mandato convencional de resocialización, para dotarlas del sentido contrario. Pues bien, del mismo modo, existe otra expresión normativa que debe ser analizada desde el mandato de la progresividad y no regresividad en materia de derechos.

La referencia es a las disposiciones que ordenaron el incremento del requisito temporal para acceder a la libertad condicional de veinte a treinta y cinco años. La racionalidad de esta evolución resulta difícil de explicar especialmente si se tiene en cuenta las condiciones materiales en las que se cumple la pena privativa de libertad en la región. En este sentido, la CIDH ha señalado que los problemas más graves y extendidos del encarcelamiento en la región son 56: (a) el hacinamiento y la sobrepoblación; (b) las deficientes condiciones de reclusión, tanto físicas, como relativas a la falta de provisión de servicios básicos; (c) los altos índices de violencia carcelaria y la falta de control efectivo de las autoridades; (d) el empleo de la tortura con fines de investigación criminal; (e) el uso excesivo de la fuerza por parte de los cuerpos de seguridad en los centros penales; (f) el uso excesivo de la detención preventiva, lo cual repercute directamente en la sobrepoblación carcelaria; (g) la ausencia de medidas efectivas para la protección de grupos vulnerables; (h) la falta de programas laborales y educativos, y la ausencia de transparencia en los mecanismos de acceso a estos programas; y (i) la corrupción y falta de transparencia en la gestión penitenciaria.

A estos problemas genéricos que denuncia la CIDH deben sumarse las dificultades particulares que genera la convivencia en lugares cerrados con iluminación y ventilación deficiente, con baños dentro o fuera de la celda en precarias condiciones, camastros insuficientes y colchones en pisos; así como el desarrollo de una vida de encierro bajo condiciones estructurales insuficientes que no alcanzan en cantidad ni calidad a todas las personas encarceladas, como el acceso a la salud, medicación, la posibilidad de tratamientos con continuidad, la educación; sumándose al cuadro general de situación la insuficiencia de personal de custodia y del resto de las áreas necesarias, cuya capacidad de trabajo y modalidad de intervención se ven condicionadas y superadas por la demanda y la cantidad de personas encarceladas. Todo ello conduce a

una institucionalización deshumanizante que tiene efectos físicos, psicológicos y sociales devastadores sobre las personas privadas de libertad. Un ejemplo de ello es la des-socialización que caracteriza al deterioro de los vínculos y relaciones de la o el condenado, en tanto los mismos son mediados por las lógicas endogámicas de la institución penitenciaria. Asimismo, otro fenómeno que se advierte es la prisionización a través de la cual la persona privada de libertad comienza a padecer la transformación resultante de su adaptación a la institución: internalización de conductas, deterioro y modificación del lenguaje y naturalización de prácticas violentas, etc.

A ello debe agregarse los efectos que se producen sobre el propio cuerpo, producto de las carencias, el encierro prolongado, la escasa exposición a la luz y ventilación natural, la falta de ejercicio físico, la cronificación de problemáticas de salud, la desatención de las mismas de manera oportuna, las autolesiones y las lesiones recibidas, entre otras problemáticas que impactan en las corporalidades de las personas institucionalizadas. Estas prácticas, como puede advertirse, nada tienen que ver con el ideal del mandato convencional de resocialización.

La realidad carcelaria ha convertido esta obligación estatal en una mera declamación abstracta, no exenta de cinismo, que la indiferencia y la complicidad omisiva de las autoridades han vuelto en ilusoria⁵⁷.

Frente a esta realidad, la exigencia de treinta y cinco años de privación de libertad para acceder al derecho a la libertad condicional torna de muy difícil cumplimiento las expectativas de recupero de libertad. Ello genera un problema similar al que se presenta con el encierro definitivo, pues si bien la persona condenada tiene en el momento de inicio de ejecución de la condena una expectativa jurídica real de obtener la libertad, las condiciones en que se cumple el encierro torna a esa expectativa de muy difícil realización⁵⁸. En este contexto, es más probable que en treinta y cinco años la persona condenada encuentre la muerte antes que la libertad condicional.

Claro que si convencionalidad del plazo de treinta y cinco años de prisión es por lo menos discutible, debería determinarse cuál es el plazo que satisfaga la expectativa convencional de acceder al recupero de la libertad sea real. Y ello trae consigo una dificultad adicional en tanto no parece que pueda ofrecerse una respuesta única y coherente a este interrogante.

En el mejor de los casos, solo es posible establecer pautas de interpretación sobre la base de lo regulado tanto por la legislación nacional como por el orden internacional, que no alcanzan a constituir suficientes razones para relevar al Congreso de la Nación, que es el único órgano institucional competente para establecer legalmente un plazo que resulte coherente con el resto del orden jurídico.

Así, una primera pauta interpretativa podría hallarse a través de la ultra-actividad del derogado régimen de ejecución del Código penal y las leyes respectivas. Ya se dijo que en aquel sistema las personas condenadas a prisión perpetua podían obtener la libertad condicional una vez cumplidos veinte años de prisión (art. 13 del Código penal redacción original). Con posterioridad, luego de cinco años de libertad condicional, podía tenerse por cumplida la pena si se cumplía con los demás requisitos legales.

Este posible criterio interpretativo tendría la ventaja de ser el que mejor satisface las exigencias del principio de la analogía in bonam partem, según el cual se puede recurrir a este método de interpretación de las normas jurídicas cuando resulte favorable a la o el condenado. Por las mismas razones, una interpretación como la que ha sido expuesta sería coherente con el principio pro personae, en tanto constituye el criterio más amplio de protección de los Derechos humanos de la persona condenada.

Allí se sostuvo que un plazo de cuarenta años excede significativamente el recomendado de veinticinco años que surge del Derecho internacional y comparado.

Pese a las ventajas que presenta esta interpretación, tiene algunos inconvenientes vinculados con el régimen de la pena total que prevé el art. 55 del Código penal que la tornan difícilmente aceptable. La cuestión es la siguiente: si se aplican las reglas del concurso real de delitos, la pena temporal máxima aplicable en el Derecho penal argentino en ningún caso puede exceder los cincuenta años de prisión o reclusión.

Si esto es así, el condenado a cincuenta años de prisión tendría derecho a la libertad condicional cuando se cumplan las dos terceras partes de esa condena, es decir, a poco más de los treinta y tres años de prisión.

Más allá de que la convencionalidad de este último plazo podría ser discutible por las mismas razones que lo es el plazo de treinta y cinco años, lo cierto es que lo expuesto muestra una incoherencia con la interpretación a la que se hizo referencia respecto a la determinación del plazo de la libertad condicional en el caso de la prisión perpetua.

De acuerdo a esta última interpretación, el condenado a perpetuidad tendría derecho a la libertad condicional a los veinte años de prisión, lo que pondría en evidencia la contradicción con el régimen de la libertad condicional previsto para las penas temporales, pues el condenado a prisión perpetua podría obtener la libertad condicional o incluso cumplir la pena antes que el condenado a una pena temporal de cincuenta años de prisión.

Esta insalvable contradicción demuestra que la eventual declaración de inconvencionalidad del plazo previsto en el vigente art. 13 del Código penal, obligaría a revisar la coherencia de todo el sistema de penas, una tarea que excede largamente la función de los tribunales de justicia. Un segundo posible criterio de interpretación pueden venir del ámbito del Derecho penal internacional, mediante la aplicación analógica del Estatuto de Roma, cuyas disposiciones sobre el tema que nos ocupa ya fueron analizadas.

Como pudo verse, el Estatuto prevé la pena de prisión perpetua para los delitos especialmente graves, admitiendo un examen de reducción de pena que, en el caso de condenas a perpetuidad, puede tener lugar una vez cumplidos veinticinco años de encierro (art. 110). Si se aplica este criterio a los casos de prisión perpetua ordenadas por nuestros tribunales nacionales, las y los condenados podrían obtener la libertad condicional a los veinticinco años.

Esta pauta interpretativa tiene la ventaja de establecer un régimen coherente con el que establece el Derecho penal internacional para los delitos más graves contra la humanidad. Se trata además de un criterio que va en línea con lo sugerido por la jurisprudencia internacional. Así, el TEDH en el caso «T.P. y A.T. vs. Hungría» (04/08/16), sostuvo que la exigencia de cuarenta años para la obtención de la libertad condicional retrasaba indebidamente el control sobre los cambios en la vida de la persona condenada y su eventual rehabilitación. Por ello consideró que dicho plazo excedía significativamente el recomendado de veinticinco años que surge del Derecho internacional y comparado. Sin embargo, tampoco esta interpretación está exenta de críticas.

Por un lado, presenta contradicciones con el régimen interno de penas, pues si bien es cierto que se trata de una pauta analógicamente más favorable para el condenado, en cuanto es más benigna que el actual plazo de treinta y cinco años, no es menos cierto que se contradice con el principio de *pro personae*, en

tanto en la legislación nacional es posible encontrar una interpretación todavía más favorable, a través de la ya explicada ultra-actividad del art. 13 del Código penal en su redacción original. Por otro lado, esta última interpretación, si bien es la más favorable al condenado, se mostraría incoherente con el régimen de penas del Derecho internacional, pues por iguales delitos el condenado por los tribunales nacionales obtendría la libertad condicional antes -a los veinte años- que un condenado por la Corte Penal Internacional, que la obtendría a los veinticinco años.

Sin embargo, no parece que las dificultades expuestas puedan ir más allá de señalar el carácter político-criminalmente inconveniente del plazo establecido en el art. 13 del Código penal.. A diferencia de lo que ocurre con el régimen de ejecución de la pena de primera velocidad, cuya inconventionalidad resulta a todas luces incuestionable, con el régimen de segunda velocidad la cuestión no es del todo evidente. De la falta de acuerdo, que aquí ha sido claramente expresada, respecto a la racionalidad de la evolución legislativa que ha derivado en un plazo de tan larga duración para la posible obtención de la libertad condicional, no es posible derivar, sin más, la conclusión de que el mismo resulta inconventional⁵⁹. Si bien el control de constitucionalidad y de convencionalidad constituye una tarea inexcusable del Poder Judicial para asegurar el principio de supremacía constitucional y convencional previsto en los arts. 31 y 75 inc. 2º de la Constitución Nacional, constituiría un exceso en términos de legitimidad democrática que una Suprema Corte de Justicia provincial, cuyos integrantes han sido nombrados por una legislatura local, deje sin efecto una ley del Congreso Nación cuya inconventionalidad si bien puede ser seriamente discutida, no alcanza a ser del todo ostensible como para justificar tan trascendente decisión política e institucional. Ante tal circunstancia es el Congreso de la Nación el órgano legitimado democráticamente para deliberar, discutir y decidir sobre los problemas que genera un plazo que se encuentra apenas mínimamente dentro de los límites del Derecho del Derecho constitucional y convencional vigente. Como argumento adicional a favor de esta conclusión debe tenerse en cuenta el hecho de que la declaración de inconventionalidad del plazo de treinta y cinco años del art. 13 del Código penal traería consigo la necesidad de establecer judicialmente, hasta tanto se pronunciase el Congreso de la Nación, cuál es el plazo aplicable a cada caso concreto.

Ello no solo colocaría al Poder Judicial en el indeseable papel de sustituir al legislador nacional hasta tanto este último se pronunciase sobre el tema en cuestión, sino que además debería hacerlo con criterios que, como pudo verse, no están libres de objeciones. Asimismo, la determinación judicial del plazo aplicable implicarían un pronunciamiento sobre la coherencia interna de todo sistema de penas, tanto temporales como perpetuas.

Pues bien, dejar sin efecto una ley del Congreso y reemplazarla por el criterio interpretativo que el Poder Judicial considera, desde su perspectiva, la mejor alternativa, es algo que excede la función que tienen los jueces y las juezas en la tarea del control de convencionalidad de las leyes. Lo expuesto se vincula con una línea débil o dialógica de ejercer el control de constitucionalidad.

Esta forma permite mantener como función judicial la tarea de control de constitucionalidad de la legislación, a la vez que evita que, al ejercerla, se reemplace al legislativo en sus prerrogativas. Por el contrario, de este modo el Poder Judicial actúa no solo resolviendo el caso concreto, sino aportando argumentos dentro de un diálogo entre poderes, como un aporte discursivo para que el Congreso revise la legislación y decida, dentro de los límites constitucionales, la alternativa más conveniente en términos políticos, estratégicos y pragmáticos. Las consideraciones aquí realizadas sobre la validez convencional

del plazo de treinta y cinco años se inscriben dentro de esa vocación de diálogo inter-institucional, pero respetando los ámbitos de competencia de cada uno de los poderes del Estado.

6. Conclusiones: el carácter constitucional y convencional de la pena de prisión perpetua y la ilegitimidad del régimen de ejecución que consagra el encierro eterno

A continuación paso a exponer un resumen de las principales conclusiones alcanzadas en el voto precedente:

a) Desde el punto de vista de la teoría de la retribución comunicativa que aquí se ha sostenido, no se advierten razones para que la pena de prisión perpetua sea declarada en sí misma inconstitucional, en tanto no aparece contraria al principio de culpabilidad por el hecho, según el cual, el autor responde por lo que hizo y no por su modo de ser. Mediante la prisión perpetua solo se debe refutar el hecho gravemente perturbador. No menos, pero tampoco más.

b) En tanto la pena de prisión perpetua se mantenga dentro de los límites de un Derecho penal de culpabilidad por el hecho, la decisión sobre su derogación o mantenimiento forma parte -con las limitantes convencionales que le son propias- del margen de apreciación reservado al Estado nacional. Esta atribución, de acuerdo con las pautas constitucionales de organización federal y teniendo en cuenta su naturaleza de Derecho de fondo, es exclusiva y excluyente del Congreso de la Nación.

c) La prisión perpetua no equivale a perpetuidad del encierro. En tanto el ser humano sigue siendo la medida de todas las cosas, en ningún caso la gravedad del delito puede justificar la despersonalización del condenado. La persona no es una cosa que pueda ser utilizada como un instrumento para el logro de otras finalidades preventivas o sacrificada para beneficio de la generalidad.

Por ello, no es admisible en un Estado de Derecho la imposición de penas indeterminadas que supongan el encierro de por vida de la persona privada de libertad.

d) La convencionalidad de la prisión perpetua resulta inescindible de la legitimidad de su régimen ejecución, pues solo allí puede determinarse la existencia de un encierro definitivamente perpetuo. Por esta razón, con el fin de evitar actos generadores de responsabilidad internacional, debe advertirse que la respuesta a la pregunta que constituye el objeto de este plenario debe incluir necesariamente la cuestión de la convencionalidad del régimen de ejecución de la pena de prisión perpetua, con el fin de determinar si el mismo cumple con las obligaciones que surgen del Derecho Internacional de protección de los Derechos Humanos.

e) La pena no puede pretender la modificación de la personalidad del condenado a través de un proceso de resocialización obligatorio. No hay nada más respetuoso de la dignidad humana que garantizar el derecho de cada uno a organizar libremente su vida, siendo responsable, a su vez, de las consecuencias lesivas que dicha elección tiene para terceras personas. La existencia de un deber de resocialización supone un inaceptable proceso de control estatal que sustrae al individuo de su propia responsabilidad, en tanto se le priva de su libertad de elección, lo que constituye la base del reproche de culpabilidad. El mandato de resocialización al que el Estado está obligado convencionalmente, debe ser entendido en el sentido de que tiene el deber de ofrecer condiciones de socialización a la persona condenada que este último puede aceptar de manera libre y voluntaria.

f) El Estado tiene la obligación jurídica, moral, política e institucional de no transformar el régimen de ejecución de la pena de prisión perpetua en una forma de trato cruel, inhumano y degradante. Para ello

debe hacer compatible esta prohibición convencional con el mandato de resocialización, de modo de garantizar a la persona condenada a perpetuidad, desde el momento del inicio de la ejecución de la condena, una expectativa real de recuperación de la libertad, mediante el acceso formal y material a mecanismos de rehabilitación social.

g) La evolución del régimen legal de ejecución de la pena de prisión perpetua ha tenido un carácter profundamente regresivo. Del sistema instaurado por el codificador original, que garantizaba la posibilidad de cumplir la pena en algún momento de la historia de vida del condenado, estableciendo reglas de acceso a libertad condicional luego de largo período de encierro, se pasó a otro claramente inspirado en un fin inocuizador, que arrojó como resultado que quienes eran condenados por alguno de los delitos previstos en un catálogo legal quedaban sometidos a un encierro definitivo en términos absolutos, salvo un grupo reducido de delitos en los que la libertad condicional podía obtenerse a los treinta y cinco años de prisión.

El sistema actual confirmó este régimen en el que la regla es el encierro definitivo pero amplió todavía más la “categoría” de delitos excluidos de la libertad condicional.

h) La evolución expuesta ha derivado en un régimen legal de ejecución de la pena de prisión perpetua de dos velocidades, según si la persona condenada tiene o no acceso a instancias de libertad condicional. En el régimen de primera velocidad las personas condenadas a prisión perpetua no pueden acceder a la libertad condicional durante el periodo de ejecución y carecen en términos absolutos de la posibilidad de cumplir la pena en algún momento de su historia. En este régimen la regla es el sometimiento del condenado a un encierro definitivo.

El régimen de segunda velocidad establece un sistema de excepción en el que las personas condenadas a prisión perpetua por alguno de los delitos legalmente comprendidos en él -la mayor parte de ellos son crímenes de lesa humanidad- pueden acceder a los institutos que integran el período de prueba o incluso a la libertad condicional, luego de haber cumplido un mínimo de treinta y cinco años de encierro efectivo.

i) El sistema de ejecución penal de primera velocidad, sobre la base criterios propios de un Derecho penal de autor o de un Derecho penal de enemigos, ha transformado a la prisión perpetua en una “especie” de reclusión accesoria por tiempo indeterminado.

Con una particularidad: la indeterminación del tiempo en prisión es incluso mayor en la prisión perpetua que en la reclusión accesoria por tiempo indeterminado, pues a quienes se le impone esta última pueden acceder a libertad condicional transcurridos cinco años de reclusión, mientras que las personas condenadas a prisión perpetua por este régimen no pueden hacerlo en ningún caso. j) Una “pena eterna” no tiene otra finalidad que la propiciada por von Liszt de «suprimir, perpetua o temporalmente, al criminal que ha llegado a ser inútil a la comunidad».

De este modo, ante el posible peligro de reiteración delictiva, el autor es excluido mediante su aseguramiento fáctico. Se persigue así la inocuización del autor. Una pena de estas características no supera el test de legitimidad porque supone la negación de la personalidad del condenado.

Y la pena es un modo de reconocimiento de la personalidad, no una manera de negarla.

k) El régimen de ejecución de primera velocidad resulta crasamente inconventional en tanto no garantiza el acceso a mecanismos de rehabilitación social, no determina fecha de cumplimiento de la pena y no

ofrece expectativas reales, ni fácticas ni jurídicas, para la obtención de la libertad condicional. El efectivo encierro a perpetuidad constituye una forma de trato cruel, inhumano y degradante, inaceptable en un Estado democrático de Derecho. La Corte Federal ya señaló en el caso «Gramajo» que lo que se busca mediante encierros tan prolongados es la “solución final” con la que se pretende sino la eliminación al menos “la exclusión absoluta del delincuente”.

l) La inconventionalidad del régimen de segunda velocidad no es del todo evidente, en tanto al menos garantiza una expectativa jurídica para la obtención de la libertad después de cumplidos treinta y cinco años de prisión. Se trata de un plazo jurídicamente determinado pero que materialmente es de muy difícil cumplimiento, especialmente en las condiciones que se cumple la pena privativa de libertad. El sistema además es contradictorio con el orden interno y con el orden internacional.

En el orden interno establece para los delitos de mayor gravedad institucional condiciones más laxas para la obtención de la libertad condicional a la vez que dicha regulación es más gravosa que la impuesta por el orden internacional a través del Estatuto de Roma. En suma, el sistema de segunda velocidad no responde a criterios de proporcionalidad, ni en su configuración interna, ni en su diálogo con el Derecho penal internacional.

m) La CIDH ha señalado con toda claridad los graves problemas que presenta el encarcelamiento en la región. A ello deben sumarse: las dificultades particulares que genera la convivencia en lugares cerrados con iluminación y ventilación deficiente, con baños dentro o fuera de la celda en precarias condiciones, camastros insuficientes y colchones en pisos; el desarrollo de una vida de encierro bajo condiciones estructurales insuficientes que no alcanzan en cantidad ni calidad a todas las personas encarceladas, como el acceso a la salud, medicación, la posibilidad de tratamientos con continuidad, la educación; el cuadro general de situación la insuficiencia de personal de custodia y del resto de las áreas necesarias, cuya capacidad de trabajo y modalidad de intervención se ven condicionadas y superadas por la demanda y la cantidad de personas encarceladas.

Todo ello conduce a una institucionalización deshumanizante que tiene efectos físicos, psicológicos y sociales devastadores sobre las personas privadas de libertad. En este contexto, es más probable que en treinta y cinco años se encuentre la muerte antes que la libertad.

n) La expuesto demuestra la inconveniencia político-criminal del plazo de treinta y cinco años de encierro como presupuesto para la obtención de la libertad condicional. Sin embargo, esta crítica no es suficiente para declarar sin más su carácter inconventional. Si bien el control de constitucionalidad y de convencionalidad constituye una tarea inexcusable del Poder Judicial, constituiría un exceso en términos de legitimidad democrática que una Suprema Corte de Justicia provincial, cuyos integrantes han sido nombrados por una legislatura local, prive de efectos una ley del Congreso de la Nación cuya inconventionalidad si bien puede ser seriamente discutida, no alcanza a ser del todo ostensible como para justificar esa decisión. Es el Congreso de la Nación el órgano legitimado democráticamente para deliberar y decidir sobre los problemas que genera un plazo que se encuentra mínimamente dentro de los límites del Derecho constitucional y convencional vigente. ASÍ VOTO.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN EL DOCTOR JULIO R. **GÓMEZ** ADHIERE, POR SUS FUNDAMENTOS, AL VOTO QUE ANTECEDE.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DOCTOR MARIO D. **ADARO**, EN VOTO AMPLIATORIO, DIJO:

Puesto a resolver la cuestión en tratamiento, adelanto que a mi juicio debe darse respuesta negativa a la pregunta planteada, por lo que corresponde confirmar la constitucionalidad de la pena de prisión perpetua prevista en nuestro ordenamiento jurídico.

Sin embargo, por su necesaria conexión con el tema de convocatoria al presente plenario, realizaré algunas observaciones sobre la actual configuración del régimen de ejecución de este tipo de penas, como así también, de las actuales condiciones de encierro, las que -según entiendo-se presentan como incompatibles con el fin resocializador de la pena previsto en diversos instrumentos internacionales.

De esta manera, en primer lugar abordaré los argumentos por los cuales entiendo que la pena de prisión perpetua per se no contradice la normativa en la materia (a); en segundo lugar, esbozaré algunas consideraciones sobre la actual configuración del régimen de ejecución para la mayoría de las penas a perpetuidad previstas en nuestro ordenamiento jurídico (b) y, por último, me referiré sobre las actuales condiciones materiales de encierro en los distintos establecimientos carcelarios que redundan, en la práctica, en un agravamiento de las penas (c).

a.- Sobre la constitucionalidad de la pena de prisión perpetua

Sobre el tópico que convoca el presente plenario, debo destacar que en el **precedente «Ortiz Morel»** tuve la oportunidad de acompañar el criterio según el cual esta Sala entendió que debía considerarse la constitucionalidad de la prisión perpetua.

En aquella oportunidad, y como argumento central, se señaló que “[...] en un sistema republicano de gobierno como el que nos rige, es el Poder Legislativo quien tiene la facultad constitucional de establecer las consecuencias jurídicas que se derivan de aquellas conductas ilícitas específicamente previstas por la ley, sin que el órgano jurisdiccional pueda desplazarla para imponer su criterio, lo que implicaría avasallar las potestades legislativas invadiendo atribuciones propias de ese Poder.

En ese orden, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que no corresponde sustituir al legislador, sino aplicar la norma tal como éste la concibió, ya que está vedado a los tribunales el juicio sobre el mero acierto o conveniencia de disposiciones adoptadas por los otros poderes en el ejercicio de sus propias facultades (Fallos 300:700; 321:92; 327:3597)”.

Dicho de otro modo, el ejercicio del poder jurisdiccional encuentra su fundamento y límite en la Constitución, los tratados internacionales sobre derechos humanos con igual jerarquía, los demás tratados internacionales y las leyes dictadas en su consecuencia.

Al respecto nuestra Constitución Nacional dispone en el **art. 116** que “[c]orresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre los puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación [...]”.

De ello se deriva que el control de legitimidad constitucional deberá ser ejercido con sobriedad y prudencia, en tanto la eventual declaración de inconstitucionalidad es un acto de suma gravedad institucional que sólo debe proceder cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable, y frente a planteos que ofrezcan la adecuada fundamentación que exigen

la jurisprudencia del Tribunal (Fallos 338:1026; 338:1504; 319:3148; 314:424;327: 5863; 314:407; 328:2056).

Conforme a lo expuesto, entiendo que la especie de pena en estudio no vulnera per se la Constitución Nacional ni los instrumentos internacionales de la misma jerarquía normativa.

Es decir, la pena a perpetuidad, bajo ciertas condiciones, no se encuentra expresamente prohibida por los principios y convenciones que conforman el bloque constitucional (art. 31 y 75 inc. 22 de la CN –CADH y PIDCyP-) y, por el contrario, está explícitamente regulada para algunos casos. Así, la Convención sobre los Derechos del Niño admite la imposición de este tipo de pena en la medida que exista la expectativa de liberación (art. 37, inc. “a”).

De ello se infiere que, sin perjuicio de las limitaciones jurisprudenciales impuestas por los precedentes «Mendoza y ots. vs. Argentina» de la Corte IDH y «Maldonado» de la CSJN- tampoco podría considerarse prohibida para las personas mayores de edad desde el ámbito de los instrumentos de derechos humanos comprendidos por la Constitución Nacional. Del mismo modo, integra nuestro sistema jurídico el Estatuto de Roma (adoptado por ley 25.390- B.O. 23/01/21, e implementada por ley 26.200-B.O. 5/01/07), en el cual se prevé este tipo de penas para delitos de extrema gravedad (art. 77 inc. 1° b).

Es que, en rigor, las penas de prisión perpetua reguladas por nuestro ordenamiento sustantivo han sido concebidas, en principio, de un modo que no sean a perpetuidad. Ello se infiere claramente de la configuración de las penas privativas de la libertad, mediante el instituto de la libertad condicional regulado en el art. 13 del CP y el principio de progresividad que rige las distintas legislaciones sobre los regímenes de ejecución de la pena, lo que permite, en definitiva, adecuar la pena impuesta a las necesidades resocializadoras o preventivo-especiales del caso concreto.

Ello no obstante las críticas que merecen las sucesivas reformas operadas en este sentido y que inciden en la etapa de ejecución de las penas a perpetuidad, aspecto al que haré referencia en el punto que sigue.

En otro orden, estimo que la perpetuidad de la pena impuesta por el legislador guarda proporcionalidad con la gravedad de los ilícitos que sanciona. Ello así, en tanto se trata de hechos de extrema gravedad, tanto desde el punto de vista de los bienes jurídicos tutelados, como de su particular modo de comisión, sus circunstancias o motivaciones.

Es decir, se da en el caso una absoluta correspondencia entre la magnitud del injusto y la culpabilidad, y la intensidad o extensión de la privación de bienes jurídicos del condenado. Así lo ha entendido también el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en oportunidad de expedirse sobre este mismo tópico. Al respecto, señaló que «los Estados Parte son libres para imponer la pena a cadena perpetua a delincuentes adultos en caso de delitos especialmente graves como por ejemplo el asesinato: la imposición de una pena de este tipo a un delincuente adulto no está en sí misma prohibida o es incompatible con el artículo 3 o con cualquier otro artículo del Convenio» (conf. «Kafkaris vs. Chipre», párr.. 97, «Vinter vs. Reino Unido», párr. 106). En virtud de las razones expuestas, entiendo que corresponde contestar de manera negativa la primera cuestión.

b.- Sobre la actual configuración del régimen de ejecución para la mayoría de las penas de prisión perpetua previstas en nuestro ordenamiento jurídico

Como adelantara, entiendo que no puede escindirse en el análisis de las penas a perpetuidad las implicancias derivadas de su imposición en el plano de la ejecución de la sanción, ello conforme a su actual configuración legislativa.

Es en este punto, en donde los nuevos argumentos esgrimidos por el Dr. Omar Palermo en el voto que me precede –y a los que adhiero en su totalidad-, me persuaden de hacer variar mi posición sostenida por adhesión al voto del Dr. José Valerio en «**Ortiz Morel**» en relación a lo sostenido sobre el instituto de la libertad condicional .

Ahora bien, entiendo que toda variación en una posición jurisprudencial requiere ser explicada.

Motiva esta modificación de criterio el hecho de que, cuando adherí al voto de mi distinguido colega de Sala Dr. José Valerio, no se aplicaban al caso las modificaciones introducidas al Código Penal por parte de la **ley 27.375, sancionada en julio de 2017**.

Si bien el fallo en cuestión data del año 2018, en virtud del principio de irretroactividad de la ley penal la ley 27.375 tal ley no se aplicaba al hecho en tratamiento por haber tenido lugar con anterioridad a la fecha de su sanción.

Como se verá, las reformas introducidas por la ley 27.375 afectan seriamente -desnaturalizan- el sistema anteriormente vigente en punto a la libertad condicional. De este modo, entiendo que la actual configuración de la ejecución de la pena de prisión perpetua para la mayoría de los delitos conminados con este tipo de sanción en nuestro ordenamiento jurídico, contradice el mandato resocializador del Estado y se traduce en la imposición de penas crueles, inhumanas y degradantes. Veamos. El tratamiento carcelario siempre ha sido objeto de preocupación legislativa, y así lo refleja el artículo 18 de la CN al establecer que «las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas».

Si bien esta manda constitucional marcó un límite al prohibir la utilización de la cárcel como «castigo», el fin resocializador de la pena adquirió jerarquía constitucional con la incorporación de los instrumentos internacionales de derechos humanos a nuestra constitución nacional (art. 75 inc. 2º).

De este modo, a partir de la reforma de la Constitución del año 1994 ha quedado definitivamente incorporado el concepto de «prevención especial positiva» o «readaptación social» como uno de los principales mandatos que tiene el Estado al hacer uso del castigo estatal.

Así, el art. 5.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos afirma que «[l]as penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y readaptación social de los condenados». Por su parte, el art. 10.3 del Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos dispone que «[e]l régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados». De ello se deriva un mandato expreso para el Estado de garantizar las condiciones para obtener, como meta, la resocialización de cada persona condenada.

Es decir, que el Estado debe proporcionarle al sujeto privado de su libertad los medios para evitar su deterioro y estigmatización, y poder con ello disminuir los niveles de vulnerabilidad que pueda presentar desde distintos órdenes.

En este sentido, cabe tener presente que la tradición jurídico-penitenciaria argentina se inclinó de manera constante y coherente por la instrumentación de un sistema de tipo progresivo como herramienta para materializar la finalidad de reinserción social.

Así, la ley 24.660, de Ejecución Penal dispone que «[l]a ejecución de la pena privativa de la libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad» (art.1).

Además, le impone al Servicio Penitenciario la obligación de «[...] utilizar, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, todos los medios de tratamiento interdisciplinario que resulten apropiados para la finalidad enunciada» (art. 1).

Por su parte, en términos similares, la ley 8.465, de ejecución de penas de la provincia de Mendoza dispone que «[l]a ejecución de la pena privativa de la libertad, en todas sus modalidades se encuentra dirigida al fortalecimiento de la dignidad humana y el estímulo de actitudes solidarias, a partir de la satisfacción de sus necesidades y del desarrollo de sus potencialidades individualidades y tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley [...]» (art. 2).

En tal sentido, el Dr. Petracchi en el precedente “Gramajo” sostuvo en relación al objetivo de reinserción social de las penas privativas de libertad que ella «[...] se limita a imponer al Estado el deber de estructurar la ejecución penitenciaria de dicha sanción de tal modo que, dentro de lo posible, colabore activamente para superar los posibles déficits de socialización del condenado y que cuando menos no provoque un efecto contrario al deseado. Realizar un esfuerzo serio en este sentido constituye, por lo demás, un imperativo tanto de la razón práctica como de la solidaridad humana con el autor del delito” (CSJN, “Gramajo, Marcelo Eduardo”, sentencia del 5/09/2006, Fallos 329:3680, considerando 36).

Dicho esto, y sin entrar en el análisis cronológico de las leyes sobre la materia o aquellas que tienen incidencia directa por contribuir en la actual configuración de la pena de prisión perpetua en su etapa de ejecución -tarea desarrollada por el voto que me precede y al cual me remito-, resulta claro que las sucesivas reformas legislativas que de forma paulatina han ido agravando las condiciones de ejecución de las penas perpetuas, parecen no cumplir con este mandato constitucional.

En este sentido, cabe meritar que la última reforma operada por la ley 27.375 (B.O. 28/07/17) modificó el art. 14 del CP ampliando, aún más, la exclusión de la procedencia del instituto de la libertad condicional a la mayoría de los delitos conminados con prisión perpetua en nuestro CP.

A ello se suma las modificaciones introducidas por la referida ley al **art. 56 bis de la ley 24.660** que prohíbe los beneficios comprendidos en el periodo de prueba para la mayoría de los delitos conminados con penas a perpetuidad, y la ley 8.465, de ejecución de penas de la provincia de Mendoza -vigente en el ámbito local desde el año 2012- que también prescribe en su art. 72 un régimen restrictivo en cuanto a la procedencia de los distintos institutos que integran el régimen progresivo de privación de libertad. En tales condiciones, este tipo de sanción penal es perpetua en el sentido más literal de la palabra, es decir, que la pena se agota con la vida de quien la cumple. Entiendo que esta falta de expectativa o de esperanza de recuperar la libertad o, de algún modo, obtener una morigeración o revisión de la pena en un plazo cierto, deshumaniza al condenado y, con ello, vacía de contenido al principio de resocialización de las

penas privativas de la libertad. Ello por cuanto la pretendida rehabilitación de la persona condenada no es posible sin una expectativa de liberación.

En este sentido, Roxin al analizar los fines de la pena -general o especial- que prevalecen en cada estadio de su aplicación (conminación penal, imposición y ejecución), señala que «[...] en la ejecución de la pena pasa totalmente a primer plano la prevención especial». Destaca también que «[...] la pena sólo puede desarrollar sus efectos preventivos especiales si éstos ya están preprogramados en las disposiciones legales» (Roxin, Claus, **Derecho Penal, Parte General, T-I, Ed. Civitas, 2da. edición, pág. 97**).

Del mismo modo, en el citado precedente “Gramajo”, la CSJN afirmó que: «La idea de un estado de derecho que imponga penas a los delitos es clara, pero la de un estado policial que elimine a las personas molestas no es compatible con nuestra Constitución Nacional.

Se trata de una genealogía que choca frontalmente con las garantías de nuestra ley fundamental, en la que resulta claro que esa no puede ser la finalidad de la pena, sino sancionar delitos y siempre de acuerdo con su gravedad» (considerandos 28 y 29). Si bien la sentencia tuvo como objeto de análisis la constitucionalidad de la accesoria del artículo 52 del Código Penal, entiendo que sus conclusiones resultan aplicables al tema bajo estudio.

A lo señalado debe sumarse, en relación a la oportunidad procesal en la que procede el cuestionamiento de la validez de las distintas normas que regulan la etapa de ejecución de este tipo de penas, que en razón de la modificación legislativa operada por parte de la ley 27.375, actualmente comparto el criterio propugnado por mi colega, el doctor Omar Palermo.

Ello por cuanto el principio de legalidad que rige la determinación de la sanción penal, resulta también comprensivo del modo en que ésta debe ser ejecutada y su duración. Dicho de otro modo, entiendo que este mandato de certeza derivado del aludido principio, implica que el condenado al momento de tomar conocimiento de la imposición de una sentencia condenatoria, debe tener certeza no sólo del monto de la pena que se le impone, sino también de su modo de cumplimiento.

A diferencia de lo que ocurría hasta julio de 2017, actualmente las personas condenadas a prisión perpetua -salvo algunos delitos, poco frecuentes y ajenos todos ellos a la competencia ordinaria- no tienen acceso a los 35 años a la posibilidad de solicitar la libertad condicional -con su consecuente posibilidad de extinción de la pena-.

Esto torna el agravio, que otrora podía ser considerado extemporáneo, absolutamente actual, por lo que su tratamiento en esta oportunidad resulta pertinente.

A mi juicio, la persona condenada debe tener desde el inicio el pleno conocimiento de los requisitos o presupuestos en base a los cuales se va a evaluar su evolución para ser beneficiaria de los distintos institutos que conforman el régimen progresivo de la pena receptado por nuestro ordenamiento jurídico.

Dicho en otras palabras, este conocimiento ab initio del proceso de ejecución de la pena, es la motivación mínima y necesaria que debe tener toda persona en condición de encierro para iniciar un posible camino de rehabilitación.

En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el precedente «Hutchinson» señaló los riesgos que la falta de certeza o claridad en la perspectiva de liberación implican para el proceso de rehabilitación de la persona condenada a este tipo de penas.

Particularmente, sostuvo que «[...] los condenados a una pena perpetua tienen derecho a saber desde el principio qué es lo que deben hacer para ser considerados para la liberación y bajo qué condiciones» (TEDH, «Hutchinson», párr. 44).

En este punto, y tal como se refiere en el voto que me precede, cabe señalar que la ley 26.200 introduce a nuestro ordenamiento sustantivo los delitos previstos en el Estatuto de Roma (genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y crimen de agresión -art. 5º Estatuto de Roma-), los que por su incuestionable mayor contenido lesivo pueden considerarse los delitos de mayor gravedad dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

Sin embargo, debe destacarse las contradicciones entre el régimen de ejecución de las penas a perpetuidad previstas para estos tipos penales, en donde se establece el régimen progresivo de la pena y, por ello, parece cumplir con los estándares establecidos en la materia, y los que son objeto de estudio, en donde las restricciones ya aludidas en esta etapa implican, para la mayoría de los casos, la definitividad del encierro.

Resulta claro, entonces, que el diferente tratamiento contraría los distintos grados de disvalor jurídico que expresan las penas, a partir de la mayor o menor gravedad del contenido del injusto considerado por nuestro ordenamiento jurídico al momento de establecer la jerarquía entre los distintos bienes jurídicos tutelados.

En definitiva, estimo que el mandato resocializador implica que el condenado en un momento determinado de cumplimiento de la pena, debe tener la posibilidad de recuperar la libertad para confirmar el ideal de la reinserción, lo que virtualmente se imposibilita con la actual configuración del régimen de ejecución penal en relación la prisión perpetua, particularmente con las previsiones sobre acceso a la libertad condicional y otros institutos propios del régimen de ejecución de la pena.

Del mismo modo, comparto el criterio según el cual la posibilidad de acceder al régimen de libertad condicional transcurridos treinta y cinco años -lo que nuestro ordenamiento jurídico prevé para muy pocos delitos conminados con pena perpetua- tampoco se ajusta a los estándares convencionales en materia de ejecución de la pena.

Al respecto, señala con razón Landa Gorostiza que «[...] es conocida en la doctrina la advertencia de que un máximo de cumplimiento efectivo superior a quince o veinte años de privación de libertad en centro cerrado podría dar lugar a un deterioro irreversible de la personalidad del interno» (**Landa Gorostiza, Jon-Mirena, «Prisión perpetua y de muy larga duración tras la LO 1/2015:¿derecho a la esperanza?», Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, pág. 2).**

Por otra parte, este es el criterio que siguen países europeos, tales como Alemania e Italia, entre otros, en donde la prisión perpetua no es absoluta. Ello en tanto prevén un régimen de progresividad en la ejecución de este tipo de penas, pudiendo -a modo de ejemplo- obtener el beneficio de la libertad condicional transcurridos quince años, en el caso del primero de los países nombrados, y de veinte años en el segundo. Es decir, tanto las penas nominalmente perpetuas como las de prolongada duración resultan incompatibles con la dignidad humana y con el mandato constitucional y convencional de reinserción social del condenado en un Estado de Derecho.

c.- Breve referencia a las actuales condiciones carcelarias

A lo analizado hasta el momento, se le suma las condiciones materiales en que se ejecuta la pena privativa de la libertad en los distintos establecimientos carcelarios provinciales, lo que redundará, en la práctica, en un agravamiento de la pena.

Una breve reseña de lo acontecido hasta el momento en materia carcelaria me permite sostener tal postura. Como es sabido, en el ámbito local intervienen, desde hace más de una década y media, los organismos que integran el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, no sólo para la protección de la vida y la integridad de las personas detenidas ante la sobrepoblación y violencia carcelaria, sino también para asegurar los derechos a la educación y al trabajo, entre los aspectos que hacen posible los fines de readaptación ya referidos. Así, tanto la Comisión como la Corte Interamericana de Derechos Humanos han dispuesto medidas de diferente carácter en ejercicio de las funciones que les competen en tanto garantes de la protección de los derechos fundamentales en la región. Entre ellas es dable destacar el Acuerdo de Solución Amistosa en el caso «Penitenciarias de Mendoza» (caso 12.532), celebrado en la ciudad de Asunción (Paraguay) el 11 de mayo de 2005. Este Acuerdo fue aprobado mediante Decreto provincial 2740 (12/10/2007), ratificado mediante ley provincial 7930 (B.O. 17/10/2008) y, finalmente, homologado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) mediante Informe 84/2011.

En paralelo, sabido es que durante 6 años rigieron respecto de nuestras cárceles provinciales medidas provisionales dictadas por la Corte Interamericana (entre el 22 de noviembre de 2004 y el 26 de noviembre de 2010), destinadas especialmente a proteger la vida y la integridad de personas privadas de libertad en los establecimientos penitenciarios de Boulogne Sur Mer y la Granja Penal Gustavo André. E incluso la misma Corte condenó a la República Argentina en sentencias emitidas en el marco de sus competencias jurisdiccionales por entender que las condiciones de detención padecidas en las cárceles mendocinas, analizadas desde el enfoque de derechos humanos, resultaban lesivas de derechos convencionales (en tal sentido, ver Corte IDH, Caso Mendoza y otros Vs. Argentina, sentencia de 14 de mayo de 2013; pag. 39 y ss.).

A su vez, la última intervención de la CIDH en materia carcelaria provincial se inició mediante el dictado de la Resolución 17/15 (14 de mayo de 2015), en la cual se ordenaron medidas cautelares sobre los Complejos Penitenciarios Almafuerte y San Felipe, gozando de plena vigencia hasta el día de la fecha. En este caso, la Comisión Interamericana estimó que se encontraba acreditada una situación de riesgo de los derechos a la vida e integridad personal de las personas privadas de la libertad en los referidos complejos penitenciarios. Preciso que la urgencia de la medida se encontraba justificada en virtud de haber existido «un ciclo constante de supuestos hechos de violencia y un agravamiento de las condiciones de detención».

En virtud de ello dispuso medidas cautelares para ambos establecimientos carcelarios, tales como exhortar al Estado a adoptar las medidas necesarias para garantizar la vida y la integridad personal para todas las personas presentes en ambos establecimientos, proveer condiciones de higiene y tratamientos médicos adecuados, tomar acciones para reducir el hacinamiento, entre otras medidas.

No obstante el mandato internacional, la CIDH realizó una visita de trabajo en la Provincia de Mendoza en junio de 2019 con el objetivo de supervisar la implementación de la medida cautelar otorgada a favor de los Complejos Penitenciarios de Almafuerte y San Felipe, como así también para dar seguimiento al

Acuerdo de Solución Amistosa sobre las Penitenciarías de Mendoza. De las constataciones realizadas en estos centros penitenciarios la CIDH concluyó que «[...] la persistencia de la sobrepoblación en las unidades penales, el cual sigue siendo uno de los principales factores generadores de problemas entre las personas privadas de la libertad que a su vez constituye en un serio obstáculo para el acceso a servicios y bienes básicos de forma adecuada y suficiente» (CIDH, Comunicado de prensa 157/19).

Por su parte, recientemente la Dirección de Derechos Humanos y Acceso a la Justicia dependiente de esta Suprema Corte de Justicia presentó ante esta instancia un informe que da cuenta de la situación actual del sistema carcelario. En el mismo señaló -entre otras falencias- la actual situación de sobrepoblación en los distintos establecimientos carcelarios (4.858 personas alojadas y 4.069 plazas -según los datos publicados por la Intranet del Servicio Penitenciario Provincial al día 14/09/20-).

En virtud de ello y en cumplimiento de las obligaciones que nos competen como órgano supremo de este Poder Judicial, se emitieron decisiones mediante las cuales se dispusieron una serie de medidas tendientes a paliar la actual situación para las personas privadas de su libertad (en tal sentido, ver Acordada Nº 29.510, Acuerdo institucional entre la Suprema Corte de Justicia, el Ministerio Público Fiscal y el Ministerio Público de la Defensa sobre la situación de las personas privadas de libertad en contexto de pandemia).

De lo brevemente reseñado resulta claro, entonces, que si bien la intervención de los organismos interamericanos implicó una serie de cambios que se vieron reflejadas en las condiciones materiales de encierro, la actual situación carcelaria evidencia que ello no fue suficiente. Por el contrario, siguen presentándose vulneraciones a los derechos humanos de las personas privadas de la libertad.

Al respecto, la Corte IDH tiene dicho que «[...] quien sea detenido tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y el Estado debe garantizarle el derecho a la vida y a la integridad personal. Frente a las personas privadas de libertad, el Estado se encuentra en una posición especial de garante, toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un fuerte control o dominio sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia» (**Corte IDH, caso «Instituto de Reeducción del Menor» vs. Paraguay». Sentencia de 2 de setiembre de 2004, párrafos 151/152).**

Por su parte, la Comisión Interamericana estableció en sus Principios y Buenas prácticas sobre la protección de los derechos de las personas privadas de su libertad en las Américas -aprobados por Resolución 1/08- que «[t]oda persona privada de libertad que esté sujeta a la jurisdicción de cualquiera de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos será tratada humanamente, con irrestricto respeto a su dignidad inherente, a sus derechos y garantías fundamentales, y con estricto apego a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos» (**CIDH, Resolución 1/08, Principios y Buenas prácticas sobre la protección de los derechos de las personas privadas de su libertad en las Américas, Principio I).**

Además, en el mismo instrumento la Comisión establece deberes de los Estados en materia de situaciones de hacinamiento (principio XVII) y demás pautas vinculadas con la protección de los derechos de las personas privadas de libertad -tales como salud, alimentación, trabajo, educación, entre otros-.

Así las cosas, entiendo que a lo ya analizado en el punto anterior debe añadirse una advertencia respecto de las condiciones en las que hoy, en efecto, se ejecutan las penas privativas de libertad en nuestra provincia -particularmente aquellas condenadas a perpetuidad-. Pues bien, resulta claro que surgen

elementos que dan cuenta de un déficit en el cumplimiento de los compromisos asumidos por el Estado argentino tanto en los instrumentos legales como en las disposiciones que específicamente respecto de nuestro sistema carcelario provincial han dispuesto los organismos competentes de hacer efectivas las pautas convencionales.

En conclusión, soy de la opinión de que ello no sólo implica el agravamiento de las penas para las personas en condiciones de encierro, sino también la posibilidad de que tal situación derive en un nuevo supuesto de responsabilidad internacional del Estado argentino por contrariar los compromisos asumidos.

d.- Conclusión

Conforme a lo expuesto en el punto a, entiendo que la pena de prisión perpetua per se no es inconstitucional ni inconvencional. En primer orden, porque no se encuentra prohibida por ningún precepto de la Constitución Nacional ni los instrumentos internacionales de la misma jerarquía normativa. En segundo orden, porque es el legislador quien tiene la facultad constitucional de establecer las consecuencias jurídicas de las conductas que considera ilícitas en el marco de una determinada política criminal y, en esa tarea, no se advierte arbitrariedad en su imposición, en tanto existe una absoluta correspondencia entre la magnitud del injusto y la culpabilidad por el hecho, y la entidad del daño a los bienes jurídicos que se pretenden tutelar con esta especie de pena.

Sin embargo, y de acuerdo a las razones expuestas en los puntos b y c, entiendo que debe considerarse inconvencional la actual configuración del régimen de ejecución de las penas perpetuas para la mayoría de los delitos conminados con esta especie de sanción. Ello por cuanto el Estado argentino no garantiza ab initio de la etapa de ejecución de esta especie de pena, una expectativa jurídica y fácticamente posible de recuperar la libertad sobre la base de la revisión objetiva de su situación, incumpliendo con ello la finalidad convencional del castigo estatal, esto es, la readaptación social de las personas condenadas.

A ello se suma que los principios y normas que dan base a las condiciones materiales en que las personas condenadas deberían cumplir su pena, tienen poca expresión en la práctica.

Del mismo modo, y en los casos en donde de forma excepcional se admita la posibilidad de acceder a la liberación anticipada mediante el instituto de libertad condicional, entiendo que el plazo de treinta y cinco años para intentar alcanzar tal beneficio, tanto por su duración como por las condiciones materiales de encierro ya referidas, desnaturalizan el objetivo resocializador y, por ello, tampoco cumple con los estándares internacionales en la materia. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL TRIBUNAL DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA PLENARIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Mendoza, en **acuerdo plenario**, RESUELVE:

La pena de prisión perpetua prevista en el Código Penal argentino es constitucional.

Por su parte, la **mayoría** del Tribunal decidió,

- 1) Disponer que los jueces al momento de imponer condena no podrán exorbitar su competencia expidiéndose acerca del **régimen de ejecución de la pena**, en tanto es atribución privativa inicialmente de los jueces penales de primera instancia en función de ejecución penal.
- 2) Exhortar a la Honorable Legislatura de Mendoza a que debata y sancione lo más pronto posible la ley reglamentaria prevista expresamente en el inc. 5 del art. 128 de la CdeM, a fin de ordenar el procedimiento, establecer los casos, condiciones, tiempos y forma en que el derecho puede ser ejercido.
- 3) Exhortar al Poder Ejecutivo que rehabilite con los requerimientos actuales y carácter urgente la oficina de conmutación e indultos de penas o constituya una nueva, para asegurar un procedimiento ágil y eficaz que canalice satisfactoriamente los pedidos y su resolución.
- 4) Solicitar al Congreso de la Nación que evalúe la posibilidad de sancionar una ley que reglamente el derecho de los condenados a petitionar la conmutación o indulto de las penas impuestas.
- 5) Exhortar a los Colegios de Abogados de la Provincia para que informen y capaciten a sus integrantes acerca de las facultades correspondientes al ejercicio de derechos constitucionales referidas a la solicitud de indulto o conmutación de penas de las personas condenadas.

Del mismo modo, exhortar a la Defensoría General para que instruya y capacite a los defensores en el sentido antes referido.

REGÍSTRESE. NOTIFÍQUESE. OFÍCIESE. CÚMPLASE. DR. DALMIRO F. GARAY CUELI Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JULIO R. GOMEZ Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. PEDRO J. LLORENTE Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro DRA. M. TERESA DAY Ministro Se deja constancia que los doctores Dalmiro Garay Cueli, José V. Valerio, Pedro J. Llorente y M. Teresa Day conforman el voto mayoritario del Tribunal y los doctores Omar A. Palermo, Julio R. Gómez y Mario D. Adaro el voto minoritario. Secretaría, 30 de diciembre de 2020.

Referencias

- 1- Atienza, Curso de argumentación jurídica, Madrid, 2013, p. 680; Ya antes, en el mismo sentido, Nino, Fundamentos de derecho constitucional: análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional, Buenos Aires, 1992, p. 682, quien sostiene que «los jueces no están elegidos directamente por el pueblo ni responden de sus decisiones ante él, a través del debate colectivo. A lo sumo son designados por autoridades democráticas, pero su legitimidad es indirecta».
- 2- Discurso a una delegación de la Asociación internacional de Derecho Penal, 23-10-2014 en: AAS 106 (2014), 842
- 3- Debe advertirse, además, que tanto el ordenamiento legislativo provincial como el nacional reconocen de manera expresa los derechos que le asisten a las víctimas de delitos. En tal sentido se expresa la norma del art. 108 de Código Procesal Penal, que no tan solo enuncia los derechos de las víctimas -y/o de sus herederos forzosos- sino que además garantiza, mediante deber impuesto a autoridad judicial o administrativa, que la persona en cuestión sea informada de ellos a efectos de que pueda ejercerlos. Por su parte, la ley nacional 27.372 -de garantías y derechos de las personas víctimas de delitos, de orden público de conformidad con lo dispuesto en su art. 1- define quiénes se consideran víctimas y reconoce los derechos les asisten en su condición de tales, al tiempo que regula de manera precisa cuales son los principios rectores que deberán orientar la actuación de las autoridades pertinentes en pos de garantizar su respeto (art. 3).
- 4- Un panorama de las posiciones abolicionistas y su crítica, puede verse en Silva Sánchez, Aproximación al Derecho penal contemporáneo, Barcelona, 1992, pp. 18 y ss.
- 5- Sobre ésta y otras críticas al abolicionismo, Silva Sánchez, Aproximación al Derecho penal contemporáneo, pp. 20 y ss.
- 6- Uno de nuestros más importantes filósofos del Derecho penal, Marcelo Ferrante, en una brillante e inédita conferencia titulada «¿Algo más sobre la justificación del castigo?», que fue presentada el 9 de noviembre de 2017 en las Jornadas Internacionales de Derecho penal de la Universidad Nacional de Cuyo, sostuvo que la pena tiene un valor, incluso un “valor intrínseco”. Yo prefiero hablar sin más de la función que legitima el castigo, más allá de si la pena tiene efectivamente un valor y si realmente puede decirse del mismo que es “intrínseco” a ella.
- 7- Gimbernat Ordeig, Estudios de Derecho penal, 3ª ed., Madrid, 1990, p. 150.
- 8- Ferrajoli, Poder y control, N° 0-1986, p. 43
- 9- Ferrajoli, Poder y control, N° 0-1986, p. 39.
- 10- Claramente en el sentido de esta crítica, Ferrante, «¿Algo más sobre la justificación del castigo?».
- 11- En este sentido, Ferrante, «¿Algo más sobre la justificación del castigo?».
- 12- A responder esta pregunta dedica su impecable texto Ferrante, «¿Algo más sobre la justificación del castigo?».
- 13- Sigo de este modo una teoría de la pena que bien podría denominarse «supraindividual», en el sentido que señala Pawlik, «La pena retributiva y el concepto de delito» en La libertad institucionalizada, Madrid, 2010, p. 84. Para este autor, el delito no debe ser percibido solo como un daño o una lesión a la persona de la víctima, sino también como un ataque a la «comunidad jurídica como tal». En tal sentido, para Pawlik, la pena no es un sacrificio que se le «entrega a la víctima», sino la reacción estatal ante el quebrantamiento del deber de todo ciudadano de contribuir al mantenimiento del Estado de libertades. Por ello la afectación de los derechos de la víctima debe tenerse en cuenta en la determinación de la pena, la que debe medirse: «por un lado, de acuerdo al alcance del menoscabo de la libertad que le ha realizado

efectivamente a la víctima o por el menoscabo que su intención causarle y, por otro lado, se mide igualmente por la medida de la lealtad del autor frente al proyecto de paz a través del Derecho penal en general» -p. 105-.

14- Pérez Barberá, «Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena Una justificación deontológica de la pena como institución», InDret 4/2014, distingue entre la justificación de la pena como institución ante la sociedad de la como acto particular frente al autor del delito.

15- Sigo aquí la tesis expuesta por Jakobs en Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional, Madrid, 1996, pp. 17 y ss. Luego Jakobs abandonó -equivocadamente- este punto de vista y le dio un giro más “cognitivista” a su teoría. Sobre las distintas fases de evolución de la teoría de la pena en Jakobs puede verse el trabajo introductorio de Cancio Meliá-Feijóo Sánchez a Jakobs, La pena estatal: significado y finalidad, Madrid, 2006, pp. 27 y ss.

16- Jakobs, Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional, p. 18.

17- Jakobs, Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional, p. 18.

18- Es conveniente distinguir entre la dimensión vertical de la pena como reacción estatal que tiene carácter público ante la lesión de la vigencia de la norma, con la dimensión horizontal del delito, que determina la relación entre el autor, la víctima y la sociedad, pero que no cumple una función específicamente penal. Sobre esta distinción y la importancia de no incurrir en confusiones respecto de ambos planos, Silva Sánchez, Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal, Barcelona, 2018, pp. 21 y ss.

19- En el mismo sentido, con otra fundamentación, Kindhäuser, «La fidelidad al Derecho como categoría de la culpabilidad», en Kindhäuser/Mañalich, Pena y culpabilidad en el Estado democrático de Derecho, Montevideo-Buenos Aires, 2011, pp. 108 y ss., sostiene que el reproche de culpabilidad implica un reconocimiento del sujeto a quien el hecho se imputa como culpable en su calidad de participante potencial en la acción comunicativa.

20- Sobre este punto, como aquí, Lesch, La función de la pena, Madrid, 1990, p. 16.

21- He tomado esta idea de Orce, «Culpabilidad de los menores», en Montealegre Lynett/Caro John (Eds.), El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs en su 70 aniversario, Bogotá, 2008, pp. 454 y ss.

22- Sobre ello, ver el fallo de esta SCJ de Mendoza en el caso Ledesma Reche.

23- En este sentido, Silva Sánchez, «Presupuestos socio-político de atribución de responsabilidad penal», en Fernández Teruelo (Director), Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes, Oviedo, 2013, pp. 715 y ss. Para este autor, lo decisivo es que «el destinatario de las normas se halle a su vez protegido por éstas [...] si el ordenamiento protege a un sujeto en términos de igualdad con los demás, entonces dicho sujeto se halla vinculado al referido ordenamiento y su vulneración de éste, presupuesta la libertad moral, constituye la deslealtad que permite el reproche y la pena».

24- Silva Sánchez, Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal, Barcelona, pp. 86 y ss.

25- Silva Sánchez, Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal, p. 25, agrega que el funcionamiento defectuoso de las estructuras sociales de reconocimiento recíproco obliga a considerar la corresponsabilidad de la sociedad en la comisión del delito.

26- Así, Pawlik, Ciudadanía y Derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades, Barcelona, 2016, p. 70: «en el nivel de la determinación de la pena debería llevarse a cabo, por supuesto, una diferenciación, en función de cuánto le facilita a cada uno la sociedad el comportamiento fiel al Derecho».

- 27-** Lesch, La función de la pena, p. 16.
- 28-** En este sentido, con otros argumentos, Mañalich, «Retribucionismo expresivo. Acerca de la función comunicativa de la pena», en Kindhäuser/Mañalich, Pena y culpabilidad en el Estado democrático de Derecho, p. 65, quien con una fundamentación cercana a la teoría democrática deliberativa, entiende también a la pena como un acto de reconocimiento a la personalidad del autor: «La imposición de la pena retributiva conlleva un reconocimiento del sujeto sancionado. La paradoja del reproche expresado en la pena se encuentra en que el reproche constituye un reconocimiento cuyo sentido es la desaprobación: la paradoja está en que reconocemos al autor, mediante el reproche de culpabilidad, como un participante en la interacción comunicativa. Que en esta desaprobación hay un reconocimiento se sigue necesariamente de la suposición de que el reproche y la pena deben ser merecidos, que es el núcleo de la exigencia de la culpabilidad»
- 29-** Lesch, Intervención delictiva e imputación objetiva, Bogotá, 1997, p. 38.
- 30-** Lesch, Intervención delictiva e imputación objetiva, p. 38: «esto es lo único que se corresponde con el principio de culpabilidad: el autor responde solo por su culpabilidad. Esta culpabilidad se encuentra en la perturbación del orden. La pena es la remoción de esta perturbación, es la cancelación de la culpabilidad».
- 31-** Lesch, La función de la pena, p. 34.
- 32-** Sobre esta paradoja, Orce, «Culpabilidad de los menores», en Montealegre Lynett/Caro John (Eds.), El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs en su 70 aniversario, pp. 453-454.
- 33-** Hegel, Principios de la Filosofía del Derecho, Vermaal (trad.), Barcelona, 1999, § 218.
- 34-** Sancinetti, Ilícito personal y participación, Buenos Aires, 1997, p. 38, nota 20 α .
- 35-** En este mismo sentido Zaffaroni, Alagia y Slokar, Derecho Penal Parte General, Buenos Aires, 2002, p. 945, quienes encuentran el fundamento de la necesidad de un límite temporal en la racionalidad republicana.
- 36-** Ortiz de Urbina Gimeno, «¿Consecuencialismo sin consecuencias? ¿Deontología sin merecimiento? Acerca de algunas aporías de la teoría de la pena en el Derecho penal continental», en Carnevalli (coordinador), Derecho, sanción y justicia penal, Montevideo-Buenos Aires, 2017, pp. 423 y ss.
- 37** Lesch, La función de la pena, pp. 33-31.
- 38** Von Liszt, Tratado de Derecho penal, 2ª. ed., Madrid, 1999, t. II, p. 10.
- 39** En este sentido, Mañalich, «Retribucionismo expresivo. Acerca de la función comunicativa de la pena», p. 64.
- 40** Jakobs, «La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente», en Estudios de Derecho judicial, 1999, p. 139.
- 41** Jakobs, La pena estatal: significado y finalidad, Madrid, 2006, pp. 167 y ss..
- 42** Jakobs, La pena estatal: significado y finalidad, p. 12 -prólogo-. Sobre mis críticas a la irrupción de la dimensión fáctica en la teoría de la pena en Jakobs, ver Palermo, «Reincidencia, injusto y culpabilidad», en Maldonado Fuentes (coordinador), Reincidencia y concurso de delitos. Reiteración delictiva, Montevideo-Buenos Aires, 2016, pp. 147 y ss.
- 43** Jakobs, La pena estatal: significado y finalidad, p. 13 -prólogo-.
- 44** Por mi parte, hace ya varios años que expresé mi total desacuerdo con el Derecho penal del enemigo. Sobre ello, Palermo, «La legítima defensa: ¿reacción contra un enemigo o protección frente a un ciudadano?», en Cancio MeliáGómez Jara Díez (coordinadores), Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión, Montevideo-Buenos Aires, 2006, v2, pp. 437 y ss.

- 45** Sostiene que el Derecho penal del enemigo es una forma de Derecho penal de autor, Cancio Meliá, «¿"Derecho penal" del enemigo?», en Jakobs/Cancio Meliá, Derecho penal del enemigo, Madrid, 2003, pp. 100 y ss.
- 46** Cancio Meliá, «¿"Derecho penal" del enemigo?», p. 89, señala que hablar de Derecho penal de enemigo constituye una contradicción en sus términos: «no debe haber Derecho penal del enemigo porque es políticamente erróneo (o: inconstitucional)».
- 47** En esta línea crítica, pero en el ámbito de los delitos sexuales, Silva Sánchez, «El retorno a la inocuización. El caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos», en Silva Sánchez, Estudios de Derecho penal, Lima, 2000, pp. 233 y ss.
- 48** «Gramajo, Marcelo», 05.09.2006, Fallos, 329:3680.
- 49** Silva Sánchez, La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, 2ª. ed., Madrid, 2001, p. 167.
- 50** En el mismo sentido, los pronunciamientos de la Corte IDH en el año 2019 (Casos Martínez Colorado, Valenzuela Ávila y Rodríguez Revolorio, todos contra el Estado de Guatemala).
- 51** Corte IDH, "Caso Jenkins Vs. Argentina", sentencia de 26 de noviembre de 2019; párrs. 91. En similar sentido, Corte IDH Caso Flor Freire Vs. Ecuador, sentencia de 31 de agosto de 2016, párr. 125.
- 52** En tal sentido ver: CSJN "Veliz, Linda Cristina s/ causa n° 5640", de 15 de junio de 2010; y Corte IDH "Caso Suarez Rosero Vs. Ecuador", sentencia de 12 de noviembre de 1997, párrs. 93-98; y "Caso Jenkins Vs. Argentina", sentencia de 26 de noviembre de 2019; párrs. 87 a 94 .
- 53** Incluso la posibilidad de requerir un indulto o conmutación de pena se encuentra vedada en la legislación provincial respecto de ciertos delitos conminados con prisión perpetua (artículo 72 de la ley 8465).
- 54** Retomo aquí las palabras ya citadas del juez Petracchi en el caso Gramajo
- 55** Incluso pueden acceder a los beneficios del período de prueba a los tres años, según el art. 15 inc. 2, letra c de la ley 24.660, redacción 27.375.
- 56** CIDH, Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/PPL2011esp.pdf>
- 57** En este sentido se expresa Silva Sánchez, Malum passionis, pp. 91 y ss., quien habla de hipocresía y de la participación omisiva por parte del Estado.
- 58** Lo expuesto va en línea con lo claramente expresado por el TEDH en el caso «T.P. y A.T. vs. Hungría» (04/08/16). Allí se sostuvo que un plazo de cuarenta años excede significativamente el recomendado de veinticinco años que surge del Derecho internacional y comparado.
- 59** En el mismo sentido, Zaffaroni, «El máximo de la pena de prisión en el derecho vigente», La Ley, 2010-C, 966, LJU tomo 147, DEXT-23. Cita online: AR/DOC/3149/2010

Capítulo II.

Delitos contra las personas.

Lesiones. Abuso de armas.

CAPÍTULO II. DELITOS CONTRA LAS PERSONAS. Lesiones. Abuso de armas.

1- LUZURIAGA SAN MARTINO. 19-02-20.

| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
|-----------|-------------|----|------|--------|---------|---------|----------|---------|---------|-----------|---------|-------------|----------|------------|
| | | | | | | | | | | | | | | 474 |
| VG | Par. | - | - | - | - | - | A | - | - | CR | - | - | N | 399 |

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200219_FcLSP.pdf

Lex: Art. 92 en función del art. 89 y 80 inc. 1°, 55 y 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto del CP.

Vox: VG. Lesiones leves dolosas agravadas. Vínculo. Violencia de género. Concurso real. Amenazas simples. Principio de imparcialidad del juzgador. Preguntas aclaratorias. Lesiones autoinfligidas. Nulidad del debate.

Summa:

El JPC absolvió, por el beneficio de la duda, a P. R. L. S. por los delitos de lesiones leves dolosas agravadas por el vínculo y por mediar violencia de género en concurso real con amenazas simples en contexto de violencia de género (art. 92 en función del art. 89 y 80 inc. 1°, 55 y 149 bis, primer párrafo, primer supuesto, todos del CP).

La **Fiscalía** interpone recurso de casación.

El **Procurador General** mantiene el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** resolvió hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el MPF y, en consecuencia, anular el debate, sentencia y sus fundamentos.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 3637, pronunciada por el JPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

I- Perspectiva de género:

- Concha, Jesús. 20-09-18. https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf

II- Sistema acusatorio:

- Sosa Terrera.
- Flores González. 10-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=30>
- Chacón Moyano. 23-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=267>
- Mopardo Dupox. 18-05-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/sumfal.php?fallo=MTAwMDAwMDI1MTI=&ta bla=c2M=>

Precedentes relacionados.

Lesiones. Violencia de Género.

- Tur Moya. 03-02-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220203_FcTMW.pdf
- Tello Sánchez. 21-04-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=819>
- Baina Madril. 16-05-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=839>
- Guajardo. 22-09-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=896>
- Rojas. 25-10-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/221025_FcRJM.pdf

- Cano. 03-11-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=935>
- Ortubia. 19-11-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=978>
- Montón García. 06-12-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=984>

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

Fallo:

CUIJ: 13-04872517-6/1((018502-15335)) FC/ P. R. L. S. M. P/ AV. LESIONES LEVES DOLOSAS AGRAVADAS POR EL VINCULO (15335) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104956326*

En Mendoza, a los diecinueve días del mes de febrero del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04872517-6/1, caratulada "F. C/ L. S. S/ CASACIÓN".

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

La fiscal titular de la Fiscalía de Instrucción N° 37 de la Unidad Fiscal de Violencia de Género interpone recurso de casación (fs. 250/273 vta.) contra la resolución de fs. 248 y vta. mediante la cual el Juzgado Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción judicial absolvió, por el beneficio de la duda, a P. R. L. S. por los delitos de lesiones leves dolosas agravadas por el vínculo y por mediar violencia de género en concurso real con amenazas simples en contexto de violencia de género (art. 92 en función del art. 89 y 80 inc. 1°, 55 y 149 bis, primer párrafo, primer supuesto, todos del CP).

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

I.- Sentencia recurrida

El tribunal absolvió al acusado por el beneficio de la duda en relación con el hecho contenido en el requerimiento de citación a juicio, según el cual consta que «para fecha 20 de febrero de 2018, siendo las 00:30 horas aproximadamente, en el interior del domicilio sito en calle ..., Ciudad de ..., en el marco de una discusión, P. R. L. S. le manifestó a su ex pareja M. C. P. R. 'tené cuidado, te voy a prender fuego el auto, si no soy yo, van a ser mis hermanos, a mí no me podés tocar porque mi hermana trabaja en el Ministerio de Hacienda, esto es nada, voy a divulgar los videos que tenga con vos manteniendo relaciones', causando temor en la misma. Inmediatamente después el nombrado tomó un martillo que estaba sobre la heladera de la vivienda y le propinó un golpe en el brazo izquierdo por debajo del hombro. A consecuencia del hecho, la víctima sufrió equimosis violáceas de 8 cm por 4 cm en cara anterior de brazo izquierdo y equimosis violácea redondeada de 1 cm por 5 cm en cara anterior de antebrazo izquierdo, lesiones constatadas por el Cuerpo Médico Forense, con un tiempo probable de curación menor a un mes, sin inutilidad para el trabajo, no existiendo peligro de vida» (f. 305).

Para decidir en tal sentido, la a quo valoró el testimonio de la denunciante, la declaración del imputado, los informes psicológicos practicados a cada una de las partes así como el resto de la prueba instrumental válidamente incorporada al proceso.

II.- Recurso de casación

La representante del Ministerio Público Fiscal entiende que la sentencia es arbitraria al **realizar una valoración parcial y errática de la prueba.**

Afirma que, en efecto, las amenazas y golpes se encuentran acreditados con la certeza exigida por una sentencia condenatoria conforme se sostuvo en la acusación.

En esta línea, realiza una cuádruple crítica, en la que pone de relieve:

a.- Que la jueza interviniente se extralimitó en sus funciones al formular preguntas no aclaratorias e interrumpir la declaración de la víctima y al preopinar sobre el valor probatorio de los elementos de prueba aportados por el Ministerio Público Fiscal. Todo lo cual evidenciaría su **parcialidad**.

b.- Que, en relación con el delito de lesiones, la **prueba** habría sido mal valorada, pues **no demostraría que los golpes fueron autoinfligidos** por la propia víctima.

c.- Que, en relación con el delito de amenazas, la absolución se encuentra carente de fundamentación y es ajena la perspectiva de género que debe orientar la labor del tribunal en estos casos.

d.- Que en relación con la imputación de ambos delitos, la jueza interviniente en la instancia anterior parte de una premisa errónea, esta es, que **la víctima miente**.

La representante del Ministerio Público Fiscal concluye su presentación solicitando se dicte sentencia declarando nulo el fallo impugnado y se ordene la prosecución de la causa según su estado, manteniendo la calificación de los hechos atribuidos en autos.

III.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General mantiene el recurso de casación interpuesto por la fiscal titular de la Fiscalía de Instrucción N° 37 de la Unidad Fiscal de Violencia de Género (f. 274), remitiéndose a los argumentos oportunamente expresados.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

En adelanto de las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que corresponde **hacer lugar al recurso casatorio** impetrado.

Previo a todo, es menester consignar que este Cuerpo ha sostenido reiteradamente el criterio según el cual, es atribución del tribunal tratar el motivo casatorio que más convenga a la solución del caso, en razón de que la ley adjetiva no establece un orden de procedencia que imperativamente deba seguirse en el examen de las causales de impugnación extraordinarias, si se recurre –como en el sub-lite– por ambos motivos (L.S. 183-188; 202-001; 269-234, entre otros).

En virtud de lo dicho, analizaré el **vicio in iudicando** denunciado por el recurrente, motivo en el que estimo, se encuentra entronizado el thema decidendum.

El primer punto de agravio sostiene que la jueza interviniente en el debate se extralimitó en sus funciones al formular **preguntas no aclaratorias e interrumpir la declaración de la víctima** y al preopinar sobre el valor probatorio de los elementos de prueba aportados por el Ministerio Público Fiscal. Todo lo cual evidenciaría su parcialidad.

Según afirma la recurrente, el tribunal inclinó su labor hacia la defensa, en tanto dichas preguntas habrían puesto de relieve una predisposición hacia una conclusión negativa sobre la veracidad de los dichos de la denunciante.

Sentado lo anterior, entiendo importante a los efectos de contestar el agravio, traer a colación los criterios avalados por este Cuerpo sobre el alcance del principio de imparcialidad del juzgador –in extenso véase **«Sosa Terrera», «Mopardo Dupox» y «Flores González»**–.

Según se ha explicado en los precedentes referidos, ya que el juzgador no es una parte del proceso, sino un tercero ajeno al conflicto que se limita a canalizar el ejercicio de los derechos procesales de la acusación y la defensa, su función no es de contenido en relación al conflicto penal, sino de **garantía para que las partes ejerzan eficazmente los derechos que les confiere la ley procesal**.

De acuerdo con ello, lo relevante para aseverar la **vulneración al principio de imparcialidad** radica en escudriñar si la persona encargada de juzgar ha direccionado el esclarecimiento de la verdad hacia uno u otro lado del conflicto, a partir de una intervención activa.

En este sentido, esta Corte ya ha determinado que la concepción del juez como un **sujeto de rol pasivo** frente al conflicto penal implica vedarle la posibilidad de ejercer tareas propias y exclusivas de las partes –afirmar, alegar, impugnar– y la posibilidad de reemplazar estas tareas en el cumplimiento defectuoso que ellas pudiesen tener en el desenvolvimiento del debate.

En consonancia con ello, también se dijo que la prerrogativa reconocida al juez en el **art. 399 del CPP** indica que su acceso al esclarecimiento de los hechos es pasivo (es decir, recibiendo información provista por las partes), de modo que las preguntas o intervenciones que puede realizar no excederán su rol de sujeto imparcial si apuntan a aclarar el sentido de respuestas ya dadas por el testigo que interroga.

Ahora bien, tras analizar las intervenciones denunciadas por la defensa en contraste con los criterios jurisprudenciales detallados y lo sucedido en las audiencias de debate, puede afirmarse que aquellas efectivamente han sido intromisiones indebidas de la juzgadora, toda vez que no se limitaron a referirse a algún punto no aclarado por la denunciante, sino que direccionaban sus dichos de una forma intrusiva, demostrando el descreimiento de su testimonio.

El que acto seguido fue considerado falso y derivó en una orden de **compulsa por falsa denuncia**.

Es que de la compulsión de los registros audiovisuales, surge que la jueza se extralimitó en sus facultades jurisdiccionales al dirigir la audiencia, no correspondiéndose sus intervenciones a preguntas aclaratorias inherentes a la mejor comprensión de la declaración de la denunciante.

Para fundamentar esta idea analizaré los momentos críticos del registro audiovisual de la audiencia realizada el día 07 de mayo de 2019, en la cual se le tomó testimonio a M. C. P. R..

En primer lugar, a los pocos minutos de comenzada la declaración testimonial de la testigo (ver registros audiovisuales, 00:28:00), la jueza interrumpió su relato para ceñirla a los hechos denunciados, cuando ese tramo de la narración intentaba poner de relieve el contexto de violencia que dominaba su relación con el imputado.

Todo lo cual, no era un asunto extraño al hecho objeto del proceso, sino que, por el contrario, tendía a acreditar uno de los extremos centrales de la imputación, a saber, el agravante por mediar violencia de género. Circunstancia que, como es sabido, **no puede acreditarse de manera recortada**, considerando únicamente el periodo temporal a la ejecución de las lesiones o amenazas, sino que, debe tomar en cuenta la compleja dinámica del vínculo en tanto relación de pareja.

Así, luego de la advertencia, la denunciante intentó proseguir con su relato cuando nuevamente fue interrumpida por la jueza quien le expresó «no me entiende, Ud. debe ceñirse al día del hecho, no me cuente ni la previa ni la post» (véase 00:28:30); vale subrayar, que en este momento de la audiencia la víctima llevaba declarando no más de diez minutos.

Esta indicación, no obstante, es reiterada a los pocos minutos: «no me cuente ni lo anterior, ni lo posterior», todo lo cual es observado por la representante del Ministerio Público Fiscal quien manifestó su abierta oposición con el sistema acusatorio (véase 00:33:00).

De la compulsión de los registros audiovisuales surge que los comentarios supra referidos no consiguieron enfocar el interrogatorio de la testigo conforme lo determinado normativamente en el **art. 315 CPP**, sino que la intimidaron y, a su vez, le impidieron dar cuenta de uno de los extremos centrales de la imputación, esto es, la violencia de género en tanto circunstancia calificante de las lesiones.

Esto se verifica a tal punto que, en un momento de la audiencia (véase 00:34:00) al ser interrogada por la fiscal interviniente la denunciante expresó que se sentía intimidada por la jueza interviniente, todo lo cual condujo a la fiscal a solicitar la nulidad del debate, planteo que fue rechazado por el tribunal (véase 00:38:00).

Al solicitarse la declaración de nulidad la víctima llevaba declarando tan solo veinte minutos.

En suma, en lo que hace a este primer tramo del recurso y en línea con la pretensión de la representante del Ministerio Público Fiscal, se observa que la magistrada interviniente desbordó los márgenes de su rol en el marco del proceso acusatorio al cercenar injustificadamente el testimonio de la denunciante.

Todo lo cual pone en duda su imparcialidad, en tanto principio básico del proceso penal y derecho fundamental de las partes a ser juzgadas con ausencia de todo tipo de prejuicios.

En conclusión, con base en los argumentos precedentes considero que corresponde anular la sentencia puesta en tela de juicio, sin necesidad de entrar sobre el fondo de los agravios restantes. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

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

Voto Dr. Valerio. Adhiere. Ampliatorio.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EN VOTO AMPLIATORIO, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO: Puesto a resolver la primera cuestión planteada, coincido con los fundamentos propuestos por mi colega de Sala preopinante. Ahora bien, entiendo oportuno realizar algunas consideraciones en torno a la intervención de la representante del Ministerio Público Fiscal durante el debate.

En esta línea, no pierdo de vista que la intervención del Ministerio Público Fiscal debió hacer uso de su interrogatorio a la testigo formulando las preguntas pertinentes que hubiesen permitido verificar el contexto de violencia de género que integra el objeto del proceso con base en lo prescripto por el art. 315 CPP, con independencia de la previa intervención de la jueza.

En efecto, las preguntas realizadas fueron de carácter general sin concretarse con la precisión necesaria para verificar aquel último extremo (véase 00:40:00), concentrándose especialmente en determinar las circunstancias espacio-temporales en las que se llevaron a cabo las amenazas y lesiones (véase 00:45:00).

En definitiva, en el caso sometido a decisión se advierte una intervención impropia del tribunal al truncar un tramo del testimonio de la denunciante que podría haber coadyuvado a acreditar la violencia de género.

Sin embargo, la Sra. Fiscal al momento en que interrogó a M. C. P. R., debió insistir sobre las preguntas de contexto.

En conclusión, en función de los argumentos vertidos en el voto de mi colega preopinante y de las consideraciones realizadas precedentemente, estimo que debe contestarse de manera afirmativa la primera de las cuestiones planteadas. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: De conformidad a lo votado en la cuestión anterior, corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 250/273 vta. por el Ministerio Público Fiscal y, en consecuencia, **anular el debate, la Sentencia N° 3637** de fs. 248 y vta. y sus fundamentos y, en consecuencia, remitir las presentes actuaciones al Segundo Juzgado Penal Colegiado de la Primera Circunscripción a fin de que la OGAP siga el trámite de ley y se emita un nuevo pronunciamiento, conforme al resultado aquí arribado. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

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

SENTENCIA:

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

1.- Hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 250/273 vta. por la representante del Ministerio Público Fiscal y, en consecuencia, anular el debate, la Sentencia N° 3637 de fs. 248 y vta. y sus fundamentos.

2.- Remitir las presentes actuaciones al Segundo Juzgado Penal Colegiado de la Primera Circunscripción a fin de que la OGAP siga el trámite de ley y se emita un nuevo pronunciamiento, conforme al resultado aquí arribado.

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

2- CHIARA PAVON. 19-03-20.

| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
|----|------|----|------|--------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|-------------|---|------------|
| VG | Par. | - | - | PCE | - | - | A | - | - | - | - | - | - | 474 -1° |

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200319_FcCP.pdf

Lex: Art. 92 en función del art. 89 y art. 80 inc. 1° y 11°, del CP; y art. 4 de la ley 26485.

Vox: VG. Lesiones leves dolosas agravadas. Relación de pareja. Violencia de género. Hecho aislado. Ciclo de la violencia. Contexto.

Summa:

El TPC condenó al señalado a la pena de **ocho meses de prisión de cumplimiento efectivo** por considerar al acusado autor penalmente responsable del delito de lesiones leves dolosas agravadas por haber mediado relación de pareja y por mediar violencia de género (cfr. art. 92 en función del art. 89 y art. 80 inc. 1° y 11, del CP; y art. 4 de la ley 26485).

La **defensa** interpone recurso de casación.

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

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 4249, pronunciada por el JPC N° 1- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Aguilar Montecino
- Arredondo Suárez
- Mejía Salvador. 10-09-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=197>
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>
- Brancelo Urbon. 05-03-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200305_FcBUD.pdf
- Merlo Lassa. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=243>
- Galdeano Araujo. 10-09-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=189>
- Ferreda Palma
- Di Cesare Morales. 26-06-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=156>

Precedentes relacionados.

- Luzuriaga. 19-02-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200219_FcLSP.pdf
- Rivero Gutiérrez. 19-02-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=280>
- Alaniz Pineira. 23-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=37>
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Zurita. 11-09-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=410>
- Reyes Cortelezzi. 08-03-21. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=634>

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

Fallo:

CUIJ: 13-05085451-9/1((018501-738761)) FC/ C. P. P/ LESIONES LEVES DOLOSAS (738761) (102750) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105252680*

En Mendoza, a los diecinueve días del mes de marzo del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05085451-9 caratulada “F. C/C. P. P/LESIONES LEVES AGRAVADAS P/REC. EXT. CASACIÓN”.

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

La defensa de P. M. C. P. interpone recurso de casación (fs. 240/252) contra la Sentencia N° 4.249 y sus fundamentos (ver fs. 212/213 y fs. 214/217 vta., respectivamente), originarios del Juzgado Penal Colegiado n° 1 de la Primera Circunscripción Judicial, en tanto condenó al nombrado por uno de los hechos imputados en el marco de los autos n° P-738.761/19.

En concreto, en tanto impuso la pena de ocho meses de prisión de cumplimiento efectivo por considerar al acusado autor penalmente responsable del delito de lesiones leves dolosas agravadas por haber mediado relación de pareja y por mediar violencia de género (cfr. art. 92 en función del art. 89 y art. 80 inc. 1° y 11, del CP; y art. 4 de la ley 26485).

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde? TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

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

I.- Resolución recurrida

El tribunal de sentencia tuvo por acreditada la plataforma fáctica, en tanto reza que, «el día 10 de agosto de 2019, aproximadamente a las 10:30 horas, en el domicilio sito en ..., Luján de Cuyo, se hizo presente P. M. C., luego de discutir con su pareja, A. L. P. V., le manifestó “te voy a hacer la vida imposible todos los días de tu vida”, causándole con sus dichos temor [...]. Seguidamente, obligó a la misma a dirigirse con él al Banco HSBC de calle Azcuénaga y Santa M. de Oro de Luján de Cuyo, en la camioneta [...] propiedad del sindicato; y al llegar al banco, [el acusado], le pidió la tarjeta de débito a A. P., se dirigió al cajero automático del mencionado banco, y al advertir que la misma no tenía fondos en su cuenta, volvió a la camioneta y le propinó un golpe de puño en la boca, ocasionándole equimosis violácea y erosión de 1 cm de diámetro en mucosa de labio superior izquierdo, equimosis de 0,5 cm en mucosa de labio inferior izquierdo y tumefacción dolorosa en región cigomática izquierda, con un tiempo [...] de curación e inutilidad para el trabajo menor a un mes [...]».

Para decidir de esta manera, el a quo valoró la declaración testimonial de la denunciante, el informe elaborado por el Equipo Profesional Interdisciplinario –EPI– y la declaración de la licenciada M. L. L., profesional integrante de dicho cuerpo.

II.- El recurso de casación de la defensa

La defensa impugna la resolución antes descripta en virtud de lo dispuesto en el art. 474 inc. 1° del CPP, es decir, en tanto entiende que la sentencia contiene **vicios in iudicando**.

Manifiesta preliminarmente que no cuestiona la plataforma fáctica endilgada a C., sino la subsunción del hecho como un supuesto de lesiones en un contexto de violencia de género.

Entiende que el razonamiento del a quo ha sido equívoco y ha determinado la aplicación errónea de la figura agravante mencionada.

En este sentido, repasa las consideraciones del tribunal acerca de la prueba sobre la que apoyó la subsunción cuestionada y detalla los elementos que considera pertinentes para demostrar que las lesiones constatadas no fueron producidas en un contexto de violencia de género.

Así, manifiesta que la declaración de A. P. no puede ser considerada suficiente para arribar al grado de certeza necesario para tener por corroborado el contexto de violencia de género.

Señala que el tribunal de sentencia consideró que dicho elemento era insuficiente para condenar al acusado respecto de otros hechos, pero luego, de modo «incoherente», le otorgó el peso necesario para comprobar dicho contexto.

Asimismo, indica que la licenciada L., profesional que entrevistó a la denunciante, manifestó que no utilizó técnicas para medir la credibilidad de P. y que, por ello, el tribunal no debió valorarlo como un elemento de cargo suficiente.

Manifiesta que el hecho fue episódico, aislado y no formó parte de un **«ciclo de victimización» o del «uso sistemático de la violencia en cualquiera de sus modalidades»** contra la denunciante.

En este sentido, indica que P. y el acusado no convivían desde hace diez años, que no compartían ninguna actividad comercial, que no tenían trato diario y que el acusado tiene una nueva familia.

Señala que no hay elemento probatorio alguno que acredite, con certeza, que la relación del acusado y la denunciante haya subsistido hasta el momento del hecho y que tuviesen una actividad comercial conjunta. Con ello, alega que la circunstancia de que P. y C. estuvieron casados no justifica que las lesiones resulten agravadas.

Finalmente, sostiene que el razonamiento del tribunal ha sido arbitrario, por carecer de suficiente apoyo probatorio, y señala que de esta manera el a quo ha provocado una errónea aplicación de la ley penal de sustantiva.

Formula reserva del caso federal.

III.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General, tras evaluar la procedencia formal del recurso incoado por la defensa, advierte que debe ser rechazado sustancialmente.

Al respecto, indica que la presentación recursiva es una **discrepancia con la valoración** realizada por el tribunal a quo que no logra demostrar la falta de motivación que alega.

En este sentido, destaca el análisis probatorio del tribunal, al que califica como completo y armónico, y sostiene que existen diversos **elementos probatorios que apoyan la declaración de la víctima**.

Finalmente, indica que la valoración del tribunal, respecto de la subsunción del hecho como un supuesto de violencia en un contexto de violencia de género, es adecuada.

En este sentido, resalta los aspectos relevantes de la base probatoria que, según estima, comprueban dicho contexto.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso formulado por la defensa, considero que corresponde su rechazo y, en consecuencia, debe confirmarse la sentencia cuestionada. Ello por las siguientes razones.

En esencia, la crítica defensiva implica un **disenso respecto de la subsunción legal** del hecho bajo la figura agravante prevista en el art. 80 inc. 1º del CP.

Es decir, con la hipótesis de la acusación pública que considera que las lesiones provocadas por el acusado fueron producidas en un contexto de violencia de género.

En este sentido, para sostener que el tribunal ha fallado con un error en la aplicación de la ley sustantiva, el recurrente discrepa con la valoración del tribunal a quo respecto de los elementos probatorios controvertidos en el debate.

En primer lugar, al respecto debe advertirse que el agravio implica un intento por modificar la plataforma fáctica que ha sido acreditada por el tribunal de juicio, siendo esta una razón para desestimar la pretensión recursiva.

En efecto, a fin de explicar por qué existe en este caso un error iuris –o error en la aplicación de la ley sustantiva–, el recurrente pretende controvertir el contexto de violencia de género en el que, según la hipótesis fiscal y la convicción del tribunal, se han producidas las lesiones provocadas por el acusado.

Según ha dicho este Cuerpo, esta no es una estrategia adecuada, puesto que el propósito de alegar otra interpretación jurídica de los hechos controvertidos demanda que el recurrente ciña su pretensión impugnativa a los hechos acreditados.

Ello se debe a que el motivo casatorio alegado procura analizar un vicio que siempre versa sobre una interpretación propiamente jurídica, sin que se pueda evaluar ni alterar el material fáctico alcanzado por esa interpretación, que queda fijado por el tribunal inferior (ver causas «**Aguilar Montecino**», «**Arredondo Suárez**»).

No obstante, en segundo lugar, no puede soslayarse que la tarea valorativa del tribunal de instancia previa se muestra adecuada en el aspecto controvertido por la defensa, siendo esta otra razón para desestimar la pretensión recursiva.

Según estimo, no existen razones suficientes para afirmar, como lo hace el recurrente, que el tribunal a quo ha arribado a un error en la toma de posición respecto de la hipótesis fiscal controvertida en juicio. La lectura de la pieza recursiva indica que la estrategia utilizada por la defensa de P. C. P. se ha valido de dos premisas claras.

Para afirmar que **las lesiones corroboradas no fueron provocadas en un contexto general de violencia de género**, sino que han configurado un hecho aislado o episódico, la defensa ha sostenido, por un lado, que el acusado y la denunciante estaban separados hace varios años, que aquel tenía otra familia formada y que no compartían actividad comercial alguna.

Por otro lado, ha dicho que las declaraciones de A. P. y de la licenciada L., profesional del EPI, no pueden ser elementos suficientes para alcanzar certeza respecto de dicho contexto.

No comparto las afirmaciones de la parte recurrente. Veamos.

Por un lado, debe destacarse que estos agravios son una **reedición de los argumentos** ensayados por la defensa en la instancia de juicio y son renovados en esta etapa sin mayores precisiones capaces de controvertir las conclusiones del tribunal (ver audiencia de debate del día 22/10/2019, a partir del minuto 1:13:40).

En efecto, respecto de la idea que indica que el contexto de violencia de género no puede tenerse por acreditado –en tanto que no hay elementos de prueba necesarios para sostener que el acusado y la denunciante mantenían una relación a la fecha de los hechos– el a quo sostuvo que «[s]in perjuicio de las consideraciones manifestadas por el propio imputado, como así también del testigo Daniel Mocayar, quien expresó que C. está casado con otra persona desde hace mucho tiempo, ha quedado claro y con el grado de certeza requerido, que ha existido una relación entre el imputado y la víctima y que más allá de la modalidad de vinculación, la misma se ha mantenido con diferentes vaivenes, habiendo tenido hijos en

común, como así también una actividad comercial que llevaban adelante entre ambos» (ver fundamentos, fs. 215).

Contra esta refutación, según advierto, no existen precisiones en el recurso defensivo que expliquen porqué las conclusiones del tribunal han sido arbitrarias o incongruentes con los principios de la sana crítica racional.

Asimismo, respecto de la premisa que ataca la credibilidad del testimonio de la denunciante, el tribunal valoró los elementos de prueba recolectados en la causa que apoyaban los dichos de P. y que le permitieron concluir que ésta se encontraba inmersa en un contexto de violencia de género.

En este sentido, no sólo tuvo en cuenta el testimonio de la licenciada del EPI, M. L. L., sino también los factores de riesgos detectados en el abordaje de la denunciante (ver fundamentos, fs. 215 e informe incorporado de fs.108/109).

En la pieza recursiva, según estimo, tampoco existen argumentos capaces de controvertir las consideraciones del tribunal.

En definitiva, no existen razones suficientes para acoger el recurso de la defensa.

Según entiendo, el caso ha sido adecuadamente subsumido por el tribunal a quo, pues ha analizado el caso de conformidad con lo establecido en la **ley 26.485 y los parámetros incorporados en diversos instrumentos internacionales de jerarquía constitucional**.

Ello en tanto que, con el fin de cumplir el objetivo de contribuir al sistema de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollan sus relaciones interpersonales, el tribunal ha valorado las constancias de la causa con amplitud probatoria, atendiendo así al contexto fáctico que es propio del grupo de conductas delictivas que se producen en contextos de violencia de género (ver causas «**Mejía Salvador**», «**Vazquez Tumbarelo**», «**Brancello Urbon**», «**Merlo Lassa**», «**Galdeano Araujo**», «**Ferrada Palma**», «**Di Cesare Morales**»).

Por las razones expuestas, considero que la primera cuestión planteada debe ser respondida negativamente. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

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

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de la cuestión anterior, no corresponde pronunciarse sobre la segunda cuestión propuesta. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DR. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede.

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

Sobre la misma cuestión los DR. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

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

- 1.- No hacer lugar al recurso de casación presentado por la defensa de P. M. C. P. y, en consecuencia, confirmar la sentencia recurrida y sus fundamentos.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.

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

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 19 de marzo de 2020.-

3- CALDERON. 08-04-20.

| | | | | | | | | | | | | | | |
|-----------|-------------|----|------|------------|---------|---------|----------|---------|------------------------|---------|---------|-------------|---|------------|
| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 54 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
| VG | Par. | - | - | PCE | - | - | A | - | CI CR | - | - | - | - | 474 |

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200408_FcCAE.pdf

Lex: Art. 149 bis, 2° párrafo, art. 92 en función con el art. 89, 80 inc. 1° y 11°, arts. 54, 183, 55 y 45 del CP. Arts. 72 inc. 2° del CP; 3 inc. k, 7 inc. f, 16 inc. d de la Ley 26485; 2 y 19 inc. 2° del CPP; 18 de la CN; 8 DADH; y 14 PIDCyP. Art. 7 de la Convención de Belém do Pará. Art. 2 de la CEDAW. Reglas de Brasilia.

Vox: VG. Lesiones leves dolosas agravadas. Relación de pareja. Violencia de género. Concurso ideal. Daño simple. Concurso real. Coacciones simples. Derecho a la intimidad. Instancia de la acción. Oficiosidad. Interés público.

Summa:

La **Segunda Cámara del Crimen** condenó al señalado a la pena de **dos años y cuatro meses de prisión**; por resultar autor penalmente responsable del delito de coacciones simples, lesiones leves dolosas agravadas por la relación de pareja preexistente y por mediar violencia de género en concurso ideal y daño simple, todo en concurso real, previsto y penado por el artículo 149 bis, 2° párrafo, art. 92 en función con el art. 89, 80 inc. 1° y 11°, arts. 54, 183, 55 y 45° del C.P.

La **defensa** interpone recurso de casación.

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 9146, pronunciada por la Segunda Cámara del Crimen (Hoy TPC N° 2) - 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Martínez, Facundo: 20-11-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191120_FcMF.pdf
- Galdeano Reyes. 31-07-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=242>
- Ontivero Arancibia. 22-05-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180522_FcOAJ.pdf
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Merlo Lassa. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=243>
- Ojeda Pérez: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>
- Di Cesare Morales. 26-06-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=156>
- Mejía Salvador. 10-09-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=197>

b-CIDH

- V.R.P.,V.P.C. y otros vs. Nicaragua,08-03-18:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_350_esp.pdf
- Castro Castro vs. Perú. Fondo, 25-11-06:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf

- Rosendo Cantú vs. México. 31-08-10:
https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=339
- Fernández Ortega y otro vs. México. 30-08-10:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/fernandez_ortega/esap.pdf

c-CSJN

- Leiva, María Cecilia. 01-11-11
<https://om.csjn.gov.ar/JurisprudenciaOM/consultaOM/verDoc.html?idJuri=2297>

Doctrina citada.

UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017

<https://www.unicef.org/argentina/media/1516/file/Perspectiva%20de%20q%C3%A9nero.pdf>

<https://www.unicef.org/argentina/informes/comunicaci%C3%B3n-infancia-y-adolescencia-guía-para-periodistas>

Precedentes relacionados.

- Luzuriaga. 19-02-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200219_FcLSP.pdf

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

Fallo:

CUIJ: 13-04376444-0/1((018602-31421)) F. C/ C. A. E. P/ COACCIONES SIMPLES, LESIONES LEVES DOLOSAS AGRAV. Y DAÑO SIMPLE, TODO EN CONC. REAL (31421) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104454559*

En Mendoza, a los ocho días del mes de abril del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04376444-0/1, caratulada “F. C/ C., A. E. P/ COACCIONES SIMPLES, LESIONES LEVES AGRAVADAS POR LA RELACIÓN DE PAREJA PREEXISTENTE Y POR MEDIAR VIOLENCIA DE GÉNERO EN CONCURSO IDEAL Y DAÑO SIMPLE, TODO EN CONCURSO REAL”.

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

La defensa técnica de A. E. C. interpone recurso de casación (fs. 317/325 vta.) contra la Sentencia N° 9.146 (fs. 308 y vta.) y sus fundamentos, mediante la cual la entonces Segunda Cámara del Crimen de la Primera Circunscripción Judicial en sala unipersonal condenó a A. E. C a la pena de dos años y cuatro meses de prisión; por resultar autor penalmente responsable del delito de coacciones simples, lesiones leves dolosas agravadas por la relación de pareja preexistente y por mediar violencia de género en concurso ideal y daño simple, todo en concurso real, previsto y penado por el artículo 149 bis, 2° párrafo, art. 92 en función con el art. 89, 80 inc. 1° y 11°, arts. 54, 183, 55 y 45° del C.P.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

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

I.- Sentencia recurrida

El magistrado interviniente entendió acreditado que «el día 8 de abril del 2017, aproximadamente a las 19:00 hs., A. E. C se constituyó en el domicilio ..., donde se encontraba su ex pareja, A. A. A., y le manifestó “andate que te mato”, para luego propinarle un golpe de puño en la boca ocasionándole equimosis de 1 cm. de diámetro aproximadamente en mucosa de labio inferior izquierdo y erosión puntiforme en mucosa de labio superior. Posteriormente, al enterarse que el hijo en común había sido cambiado de colegio, A. E. C le expresó «más vale que lo cambies a la escuela que iba anteriormente sino te voy a matar», además de expresarle «andá a denunciarme que a mí me chupa un huevo tu denuncia y voy a ir a pegarte donde estés, no me importa que estén los policías». Posteriormente, comenzó a darle puntapiés a la moto de la víctima, ocasionándole daños en distintas partes de la moto. Luego, C. tomó a su ex pareja del cabello pero al tener ésta puesto el casco, la ahorcaba con el precinto de seguridad. Finalmente, A. A. pudo tomar su moto, subir a su hijo y salir corriendo hacia el acceso uno del barrio».

Para decidir en tal sentido, el a quo valoró principalmente la descripción de los hechos brindada por la víctima, el examen psíquico realizado a A.A.A., la declaración del Dr. José Profili y demás elementos de juicio incorporados al debate.

II.- Recurso de casación

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

El recurrente sostiene en primer orden, que el a quo dictó sentencia condenatoria por el delito de lesiones leves, desoyendo la voluntad de la denunciante que en dos oportunidades (ante la UFI y durante el debate oral) manifestó su **negativa a instar la acción penal por este delito**, resultando por ello arbitraria la sentencia por errónea aplicación de los **arts. 72 inc. 2° del C. P; 3 inc. k, 7 inc. f, 16 inc. d de la Ley 26.485; 2 y 19 inc. 2° del C.P.P.; 18 de la C.N.; 8 DADH; y 14 PIDCyP.**

Entiende la defensa, que los motivos por los que se han hecho depender de esta condición algunos delitos son diversos pero, en cualquiera de ellos, ha sido consagrada una prerrogativa a favor de la víctima y nunca como una garantía acordada al imputado.

Destaca en este sentido, **el derecho a la intimidad y la confidencialidad, a la no revictimización y a que su opinión** sea tenida en cuenta al momento de arribar a una decisión que la afecte.

En segundo orden, y en relación al delito de coacciones simples endilgado a su defendido, se agravia por entender que la sentencia omitió la consideración de elementos de juicio conducentes, decisivos y esenciales para la adecuada solución del litigio, incurriendo en una interpretación y apreciación tan distorsionada de la prueba que se la ha despojado de su real significación.

Alega en tal sentido, que la denuncia ubica a los hechos en la vía pública, por lo que no es de aplicación aquella tesitura que permite flexibilizar el estándar probatorio en los casos que se alega violencia de género.

En tal sentido, entiende que respecto de las amenazas coactivas que habría proferido C. a la supuesta víctima A.A.A, resultan fundamentales las declaraciones en audiencia de debate de C. C., D.C. y P. Y. R., quienes manifestaron que en ningún momento oyeron que el señor C. amenazara a su ex pareja.

Sólo se limitaron a señalar la agresión física hacia A., como así también, reconocieron los daños que el imputado ocasionó a la moto de la víctima, acciones que habrían tenido como detonante el cambio de colegio del hijo que tienen en común.

En virtud de las consideraciones expuestas, solicita la absoluciónde su defendido respecto de los delitos de coacciones simples, lesiones leves agravadas por la relación de pareja preexistente y por mediar violencia de género todo en concurso ideal, previsto y penado por el artículo 149 bis, 2° párrafo, art. 92 en función con el art. 89, 80 inc. 1° y 11°, arts. 54 y 45° del C P Formula reserva del caso federal.

III.- Dictamen del señor Procurador General

A fs. 190/191 se encuentra agregado el dictamen emitido por el señor Procurador General.

Luego de analizar las críticas formuladas considera que el recurso no resulta sustancialmente procedente, por lo que debe confirmarse la sentencia impugnada.

Considera que el argumento de base, relativo a que la falta de instancia de la acción penal por parte de la víctima inhibe el ejercicio de la acción penal pública de oficio, resulta palmariamente improcedente.

Recuerda que el art. 72 inc. 2° del CP, establece que en supuestos como el de **autos se procederá de oficio cuando mediaren razones de seguridad o interés público.**

Agrega que la **instancia privada es una prerrogativa otorgada a favor de la víctima y no una garantía en favor del imputado.**

En relación al agravio referido a que los testigos presenciales no escucharon las amenazas que habría proferido el imputado a A., sostiene que en la sentencia se hizo expresa referencia a tal circunstancia, en donde el sentenciante le otorgó plena credibilidad al testimonio brindado a la víctima, extremo que entendió principalmente corroborado con el examen psíquico realizado a A.A.A, y demás elementos objetivos que acreditan los extremos de la imputación. Por tal motivo, considera que la sentencia se encuentra motivada y el planteo no debe prosperar.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

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

a) **Acerca de la falta de instancia de la acción penal**

Al momento de formular recurso de casación el recurrente, luego de señalar que los agravios propuestos giran en torno a la insuficiente o defectuosa fundamentación del acto sentencial, refiere además que la acción no se encuentra debidamente instada.

En este sentido, señala que el Fiscal de Instrucción no pudo haber intervenido de oficio, por cuanto la denunciante claramente expresó que **no quería instar la acción por el delito de lesiones**.

Analizada la presente causa surge que, tal como refiere el recurrente, en ocasión de llevarse a cabo el acto instrumentado mediante el acta de fs. 1/3, se le preguntó a A.A.A si era su voluntad instar la acción penal por las lesiones sufridas, respondiendo en forma negativa.

Tal ausencia de voluntad por parte de A. en remover el obstáculo legal dispuesto para la investigación del hecho en cuestión, no pasó inadvertido para la representante del Ministerio Público Fiscal.

En efecto, al momento de formular avoque (ver fs. 38/39) la Fiscal de Instrucción en turno de la Unidad fiscal de Violencia de Género, consideró que el caso traído a examen revestía **interés público**, puesto que los hechos de violencia contra una mujer cometidos en un contexto de violencia de género resultaban, a su entender, una **política de Estado**.

Valoró además, la necesidad de la protección de la mujer a través de la prevención, investigación efectiva y oportuna, y sanción de tales conductas, razón por la cual consideró que se encontraba justificado proceder de oficio en atención a lo prescripto por el art. 72 inc. 2° segundo párrafo del CP.

Ahora bien, tal argumento utilizado por la representante del Ministerio Público Fiscal no ha sido objeto de controversia por parte de la defensa del imputado, quien ha soslayado la explicación otorgada desde el inicio de la causa para proceder de oficio en relación a un delito dependiente de instancia privada, introduciendo esta cuestión recién en la etapa de los alegatos.

Por su parte, el sentenciante –acertadamente a mi criterio– entendió que la acción había sido debidamente promovida por el Fiscal instructor por considerar que, habiéndose acreditado el contexto de violencia de género, resultaba procedente la excepción prevista en el art. 72 inc. 2°, último supuesto del C.P., por considerar que median razones de interés público (fundamentos de fs. 311).

En este sentido, me interesa destacar que «...la **Corte Interamericana de Derechos Humanos** dijo que «en casos de violencia contra la mujer, las obligaciones generales establecidas en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana se complementan y refuerzan para aquellos Estados que son Parte, con las obligaciones derivadas del tratado interamericano específico, la Convención de Belem do Pará. En su art. 7.b), dicha Convención obliga de manera específica a los Estados Partes a utilizar la debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer» (V.R.P.,V.P.C. y otros vs. Nicaragua, 8/03/2018)» (voto ampliatorio «Martínez, Facundo»). De este modo, ante un acto de violencia contra una mujer por razones de género, resulta especialmente importante que las autoridades a cargo de la investigación y juzgamiento, lleven adelante con determinación y eficacia su tarea, y en cumplimiento de las obligaciones del Estado de erradicarla y de brindar confianza a las víctimas en las instituciones estatales para su protección.

Ello implica, en definitiva, que «los distintos operadores del derecho para juzgar los conflictos en los cuales las mujeres son víctimas de violencia en sus distintas manifestaciones, hay que partir de aceptar que la

realidad se encuentra polarizada en torno a patrones de dominación masculina que reproducen la discriminación en los distintos ámbitos en donde la mujer desarrolla sus relaciones interpersonales» (**voto ampliatorio «Alaniz Pineira»**).

De este modo, y a la luz de los conceptos reseñados, estimo que esta perspectiva de género debe también orientar al intérprete de la norma, a fin de establecer su alcance en el caso concreto, tal como aconteció en el sub lite. Conforme lo expuesto, entiendo que tal manera de plantear el agravio, implica una mera discrepancia en torno al criterio utilizado al momento de exceptuar la normativa que impone la dependencia de la instancia privada para ejercitar la acción penal en los delitos de lesiones leves, que no logra ser rebatido por el recurrente. Así el agravio no puede ser acogido favorablemente puesto que no se verifican los vicios denunciados.

b) Acerca de la valoración de los elementos de prueba

En relación al agravio vinculado a la ponderación de los elementos de prueba por el sentenciante entiendo oportuno preliminarmente, y tal como he señalado en pronunciamientos anteriores, que la jurisprudencia en el sistema interamericano de protección de derechos humanos, como así también a nivel nacional, ha construido paulatinamente los lineamientos o estándares en la interpretación de la prueba en materia de género, reflejando en su análisis una visión integral de la temática, especialmente relacionada a la ponderación del testimonio de la víctima (Cf. Corte IDH, Caso del penal «**Castro Castro vs. Perú**». Fondo, Reparación y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C N° 160; Corte IDH, Caso **Rosendo Cantú vs. México**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C N° 216; Caso «**Fernández Ortega y otro vs. México**». Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C N° 215; y C.S.J.N. in re «**Leiva, María Cecilia**», entre otros).

A nivel nacional la Ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, establece criterios en la interpretación de la prueba, que si bien constituyen pautas generales, importan un compromiso para el juzgador de valorar la prueba con perspectiva de género, es decir, con una mirada integral de la problemática, analizando las particularidades que presenta cada contexto en que se desarrolla el hecho. De esta manera el art. 16 de la referida normativa establece la garantía que la investigación se realice bajo un estándar de amplitud probatoria para acreditar los hechos «teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos», en tanto el art. 31 conmina a los operadores judiciales a que ponderen, en orden a acreditar que el hecho tuvo lugar en un contexto de violencia de género, todas las presunciones que se construyan a través de indicios graves, precisos y concordantes (ver «**Galdeano Reyes, Juan José**», autos n°13- 04202269-6/1).

Expresamente en aquella oportunidad referí que «[...] no puedo dejar de soslayar que analizamos una problemática compleja que afecta un colectivo de personas en situación de vulnerabilidad que, por distintas circunstancias o factores, se ven privadas del pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales. Los problemas derivados de esta especial situación de vulnerabilidad, así, exceden un abordaje meramente jurídico en tanto se trata de una problemática compleja que atraviesa y debe ser atendida, comprendida y abordada desde conocimientos interdisciplinarios. Por ello, el administrador de justicia al valorar elementos probatorios –particularmente pero no excluyentemente en la esfera penal– debe ponderar los **patrones socioculturales y estereotipos** sobre los que se construye esta problemática, a fin de tener una verdadera comprensión del fenómeno de violencia de género y, de esta manera, poder

lograr desde el Derecho aportar soluciones que contribuyan a atacar el flagelo de la violencia y trabajar en pos de la igualdad de género».

Es por ello, que resulta imperante un constante control de la aplicación de los estándares de convencionalidad en la valoración de la prueba, a fin de garantizar una efectiva prestación de servicio de justicia con perspectiva de género y, colateralmente, evitar posibles responsabilidades internacionales.

En este sentido, en «**Ontiveros Arancibia**» sostuve que «... que si bien la aplicación del orden supranacional y el ejercicio del control de convencionalidad deben ser llevados a cabo, prima facie, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no podemos dejar de evaluar que también los órganos públicos internos nacionales se encuentran obligados a su aplicación y ejercicio, con anterioridad a que la causa bajo cuestión llegue a los estrados de estos órganos institucionales supranacionales, ya que la intervención y conocimiento de éstos se establece solo de forma subsidiaria a los órganos internos estatales».

Sentado cuanto precede, entiendo que el juez sentenciante interpretó en forma satisfactoria los estándares probatorios delineados tanto en el sistema interamericano como en el orden nacional, construyendo a partir de todos los indicios recaudados en la investigación y reproducidos en audiencia oral, la convicción que los hechos tuvieron lugar en un contexto de violencia de género.

De esta manera, el juez a quo valoró las declaraciones de A.A.A con la necesaria perspectiva de género que el caso sub examine requiere, ponderando con especial consideración no sólo el relato de los hechos brindados por la víctima, el que se mantuvo inalterable en lo sustancial a lo largo del proceso, sino principalmente los elementos objetivos que corroboran los extremos de la imputación.

De este modo, se desprende de la sentencia cuestionada por el recurrente que la versión de los hechos brindada por la víctima A.A.A al formular la denuncia y en forma inmediata a la perpetración del hecho, resultó relevante para el juzgador a fin de determinar los hechos investigados y la intervención que le cupo al imputado en ellos.

Por otro lado, constituyó para el sentenciante un **elemento de corroboración objetivo** en el contexto valorativo, el examen psíquico practicado a la víctima por el Cuerpo Médico Forense y la declaración del Dr. José Profili en audiencia de debate, de donde se desprende que A.A.A **es creíble**, en tanto en la entrevista aparecieron síntomas de estrés agudo por el hecho vivenciado, y **la víctima no presentaba en su personalidad características de fabulación o mitomanía**.

Valoró además el a quo, como otro indicio de veracidad de la versión de los hechos brindada por A., lo manifestado por la víctima en audiencia de debate, quien aseguró que, ante la conducta asumida por el imputado C., pensó que efectivamente iba a cumplir su promesa, lo que la llevó a realizar la denuncia en forma inmediata.

Es por ello que los agravios de la defensa no encuentran asidero en el plexo probatorio ponderado por el a quo, desde que el impugnante omite refutar todas las consideraciones del sentenciante en relación a los indicios que dan cuenta del **contexto de violencia de género** en que se encontraba inmersa la víctima.

De esta manera, y a partir de las observaciones formuladas al caso analizado, estimo que a lo largo de la investigación los distintos operadores del derecho cumplieron adecuadamente con los compromisos asumidos por el Estado argentino en orden a investigar los hechos que implican vulneración a derechos humanos y castigar a su responsable a través de una sentencia justa y con la necesaria perspectiva de género.

Por lo tanto, y en opinión concordante del señor Procurador General, corresponde rechazar el recurso de casación deducido por la defensa de A.E.C. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere. Ampliatorio.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, EN VOTO AMPLIATORIO DIJO: Comparto las conclusiones a las que llega mi colega de Sala preopinante en cuanto a la improcedencia sustancial del recurso interpuesto. En primer orden, coincido con las consideraciones vinculadas a la interpretación de la excepción prevista en el **art. 72 del CP**. en el caso sub examine.

Ello por cuanto los compromisos internacionales y nacionales en materia de violencia de género, tienen como denominador común la obligación del Estado de prevenir, sancionar y erradicar todo tipo de violencia contra la mujer por razones de género (**Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer o Convención de Belém do Pará, art. 7; Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, art. 2) y las Reglas de Brasilia.**

En este entendimiento, resulta claro que los operadores del derecho a deben reinterpretar y establecer el alcance de las distintas normas e instituciones jurídicas según el Ordenamiento Jurídico vigente y cumplir con los compromisos internacionales asumidos por el Estado.

Por tal motivo, y constituyendo –según entiendo– la protección de la mujer una cuestión de orden público, entiendo que resultó procedente la actuación ex officio del Ministerio Público Fiscal, en tanto consideró que las lesiones de las que resultó víctima A.A.A tuvieron lugar en un contexto de violencia de género.

En segundo orden, considero oportuno destacar que al momento de resolver el sentenciante asumió una perspectiva integral, haciendo realidad su deber jurídico en relación a los criterios de valoración señalados en la Ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollan sus relaciones interpersonales. En este sentido debo señalar que sobre la cuestión tuve ocasión de pronunciarme en diversos precedentes («**Cruz Caporiccio**», «**Merlo Lassa**»; «**Quiroga Morales**»; «**Ojeda Pérez**»; «**Vázquez Tumbarello**»; **entre otros**).

En especial **en «Ojeda Pérez»** sostuve que «... comparto que aquella concepción según la cual la perspectiva o visión de género es una “categoría analítica que toma los estudios que surgen desde las diferentes vertientes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma, cuestionar los estereotipos y elaborar nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad al servicio de la igualdad y la equidad” (UNICEF, “**Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas**”, Buenos Aires, 2017). Destaco la idea de igualdad contenido en la definición en tanto se encuentra no sólo consagrada expresamente en el texto constitucional (art. **16 CN y 7 Constitución de Mendoza**), sino, también, en el ámbito de la normativa internacional. Así, entre otros, la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” - Belem Do Pará -, garantiza que toda mujer tiene “el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley” (art. 4, inc. “F”)). Sostuve también en esa ocasión que «... en nuestro ordenamiento interno, la ley nacional 26.485 es una norma orientada pura y exclusivamente a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las "mujeres".

En tal sentido, entre sus objetivos primordiales, el propio texto promueve y garantiza “la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida”, “el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia”, “las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos”, como también, “la **remoción de patrones socioculturales** que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres”(art 2, inc. a, b, c y e respectivamente)».

Así, «... ese texto normativo vino a imponer un **verdadero “deber jurídico”** para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de

abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas. Sus destinatarios directos son aquellos sujetos que integran los órganos decisores en el marco de los procesos judiciales penales, ya sea por el lado de quienes resultan facultados para disponer sobre el curso de investigación, como también, respecto de quienes son los encargados de su juzgamiento».

Ese deber jurídico no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley. Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que «[l]os organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativos, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional ... los siguientes derechos y garantías: i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son su naturales testigos ...» **(art. 16)»**.

Ahora bien, «... además de ese deber genérico, ya en el terreno que resulta propio a la actuación de los órganos de justicia dentro de los procedimientos jurisdiccionales penales, el texto legal contiene dos normas que consagran lineamientos funcionales para los operadores del sistema de administración de justicia en el abordaje de la problemática de género. En consonancia con el sistema de protección integral, se consagra el principio de «amplia libertad probatoria» para tener por acreditados “los hechos denunciados, evaluándose las pruebas ofrecidas de acuerdo con el principio de la sana crítica.

Se considerarán las presunciones que contribuyan a la demostración de los hechos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes” **(art 31)»**.

De tal manera «... el texto legal vigente [ley 26.485] no introduce un nuevo método de valoración probatoria para los casos de violencia de género, puesto que siempre la prueba debe valorarse conforme al sistema de la sana crítica racional **(art. 206 y 409 del CPP)**.

A mi modo de ver, la imposición de un método de valoración de la prueba como herramienta obligatoria para el abordaje de esta problemática, se justifica ante la necesidad de evitar que los órganos jurisdiccionales decisores puedan apartarse en la adopción de decisiones, del contexto fáctico que es propio a este género de conductas delictivas».

Así, «... el acierto de la ley consistió en establecer, en forma igualitaria, un método de valoración que evite la discriminación que en ocasiones ocurría por prácticas derivadas de la cultura jurídica patriarcal inquisitiva, que se transformaron en consuetudinarias, y que era necesario erradicar.

Repárese que es la propia Convención Belem Do Pará donde se fija, como un deber de los Estados el “tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer” **(art. 7, inc. “e”)**».

Ello no resulta novedoso para la labor jurisdiccional en razón de que «... siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba –objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento.

Es decir, el juez **no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales** que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto.

Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas».

Conforme a lo expresado «... es el contexto en el que se inserta el hecho delictivo el que viene a determinar el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio.

Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres el testimonio de la víctima ostenta un valor fundamental en la comprobación de los extremos de una imputación delictiva, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la responsabilidad penal derivada del mismo».

Por todo ello, uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo. A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables.

De tal manera «... uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de **erradicación de la violencia** contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo.

A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables».

De no proceder de esta manera estaríamos recreando la sociedad estamental –con características propias– del Estado premoderno, lo que implicaría una vulneración del principio de igualdad –consagrado en el art. 16 de la CN y 7 de la CM–, el que, a su vez, constituye uno de los pilares de la República Federal. A lo señalado debe sumarse, tal como destaqué en el **precedente «Vázquez Tumbarello», la relevancia de la ley 27.499, denominada «Ley Micaela»,** en tanto dispuso la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra la mujer para todas las personas que desempeñen la función pública, en cumplimiento del objetivo señalado.

En coincidencia con aquella normativa la **Acordada n° 29.318** de esta Suprema Corte de Justicia, y su anexo «Programa de capacitación permanente para la incorporación de la perspectiva de género en el marco de la Suprema Corte de Justicia».

Así, con fundamento en el principio de igualdad y la consecuente prohibición de discriminación, se dispusieron una serie de acciones concretas para asegurar la «igualdad real» de las mujeres en sus relaciones interpersonales.

En conclusión, entiendo que la trascendencia de la ley 26.485 radica no en conformar un estatus jurídico distinto aplicable a la mujer, sino que mediante la capacitación dirigida a los funcionarios públicos y, en lo que aquí interesa, a funcionarios y magistrados del poder judicial, se otorgue una perspectiva para valorar los elementos probatorios bajo el prisma de la igualdad consagrada en la normativa nacional.

Ella debe estar despojada de estereotipos y prácticas relacionadas con la cultura jurídica patriarcal-inquisitiva, plasmada en usos y costumbres que importaron, e importan, prácticas que impiden poner en contexto los medios convictivos al momento de su ponderación.

Estas consideraciones, como adelanté, las entiendo plenamente aplicables al caso por cuanto nos encontramos frente a un supuesto de violencia de género en donde el tribunal de instancia anterior ha tenido en cuenta los parámetros antes referidos al momento de la ponderación de los elementos de prueba obrantes en la causa. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere. Ampliatorio.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, EN VOTO AMPLIATORIO DIJO: Puesto a resolver el recurso casatorio promovido comparto la solución a la que llegan mis colegas de sala y, en relación a las consideraciones relacionadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género y, en cuanto a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género, me remito

a lo oportunamente señalado en «**Di Cesare Morales**» y «**Mejía Salvador**» por resultar aplicable en ese aspecto el presente caso. ASÍ VOTO.

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

Sobre la misma cuestión, los Dres. JOSÉ V. VALERIO y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

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

Sobre la misma cuestión, los Dres. JOSÉ V. VALERIO y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

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

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 317/325 vta., por la defensa del encausado A.E.C.
2. Imponer las costas a la parte vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva federal formulada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

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

4- BAEZ MORALES. 08-04-20.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200408_FcBMM.pdf

Lex: Art. 89, 80 inc. 1° y 11°, 92, 150, 55, 72 del CP. CEDAW. Ley 26485.

Vox: VG. Lesiones leves dolosas. Vínculo. Violencia de género. Violación de domicilio. Concurso real. Falta de instancia de la acción penal. Retracción.

Summa:

El JPC condenó al nombrado a la pena de **ocho meses de prisión de cumplimiento** en efectivo por el delito de violación de domicilio en concurso real con lesiones leves dolosas doblemente agravadas por el vínculo y por mediar violencia de género; revocó la condicionalidad de la pena impuesta con anterioridad por el Juzgado de Flagrancia de dos años; e impuso una pena única de **dos años de prisión en efectivo**.

La **defensa** interpone recurso de casación.

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

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 2924 (26-06-19), pronunciada por el JPC N° 1- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Muñoz García. 07-11-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191107_Fc_MGD.pdf (VE)
- Galdeano Reyes. 31-07-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=242>
- Ontivero Arancibia. 22-05-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180522_FcOAJ.pdf
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Merlo Lassa. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=243>
- Ojeda Pérez: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>
- Di Cesare Morales. 26-06-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=156>
- Mejía Salvador. 10-09-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=197>

Doctrina citada.

UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017

<https://www.unicef.org/argentina/media/1516/file/Perspectiva%20de%20q%C3%A9nero.pdf>

<https://www.unicef.org/argentina/informes/comunicaci%C3%B3n-infancia-y-adolescencia-guía-para-periodistas>

Precedentes relacionados.

- Ver Luzuriaga. 19-02-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200219_FcLSP.pdf

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

Fallo:

CUIJ: 13-04850133-2/1((018501-12453)) FC/ B. M. M. L. P/ VIOLACION DE DOMICILIO EN CONCURSO REAL CON LESIONES LEVES DOLOSAS DOBLEMENTE AGRAVADAS POR EL VINCULO Y POR MEDIAR VIOLENCIA DE GENERO (12453) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104932636*

En Mendoza, a los ocho días del mes de abril del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04850133-2, caratulada “F. C/ B. M. M. L. S/CASACIÓN”.

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

A fs. 186/197, el defensor técnico de M. L. B. M., promueve recurso de casación contra la Sentencia N° 2.924 de fecha 26 de junio de 2019, obrante a fs. 181 y sus fundamentos, en tanto condenó al nombrado a la pena de ocho meses de prisión de cumplimiento en efectivo por el delito de violación de domicilio en concurso real con lesiones leves dolosas doblemente agravadas por el vínculo y por mediar violencia de género; revocó la condicionalidad de la pena impuesta con anterioridad por el Juzgado de Flagrancia de dos años; e impuso una pena única de dos años de prisión en efectivo.

La resolución cuestionada fue dispuesta por la Dra. Nancy Lecek, miembro del Juzgado Penal Colegiado n° 1 de la Primera Circunscripción Judicial en autos n° P 12.453/19.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- La sentencia recurrida

La resolución cuestionada, en lo pertinente para la solución del recurso establece que: «[...] el día 11 de febrero del 2019, siendo aproximadamente las 15 hs. en el interior del predio sito en calle ... Guaymallén, Mendoza, en el marco de una discusión B. M. M. L., ingresó sin la debida autorización de la Sra. O. en la vivienda de esta. Seguidamente mediante forcejeos y apretones con sus manos ocasionó excoriaciones lineales en cara anterior de hombro derecho compatibles con estigmas ungueales, excoriación en dorso articulación interfalángica del quinto dedo de la mano derecha, lesiones que fueron debidamente constatadas por el Cuerpo Médico Forense».

Para así decidir el Tribunal valoró las testimoniales vertidas en audiencia de debate por N. O. M.; A. B.; L. L.; la Lic. M. L. L. del Epi; el Dr. E. B. del CMF; la Dra. L. H. del CMF; y N. J. M.; y el resto de la prueba debidamente incorporada.

II.- El recurso de la defensa

Formula recurso de casación la defensa del imputado a tenor de las previsiones del art. 474 del CPP. Refiere que la sentencia presenta **vicios in procedendo** a raíz de la equivocada mirada de las pruebas arrojadas al debate oral, con lo que se ha vulnerado el principio de inocencia de su asistido.

Reclama se tenga en consideración la ampliación prestada en el debate por la denunciante y esposa del imputado.

Afirma que los fundamentos no respetan el principio de razón suficiente y que no se ha alcanzado el grado de certeza necesario para dictar sentencia condenatoria. Cuestiona que se haya valorado la declaración

de funcionarios policiales, en base a las cuales tuvo por acreditadas las lesiones. Señala que la denunciante sólo quería que intercedieran para que le restituyan a su hija.

Añade que la discusión se originó en un conflicto vinculado con la autoridad parental y refiere que en el debate la denunciante amplió su relato y, sin contradicción alguna. Agrega que en el caso investigado la denunciante no quiso instar la acción penal.

Cuestiona la interpretación de la ley llevada a cabo por la jueza, en relación al ejercicio de la acción penal de oficio, puesto que en la modificación del **art. 72 del CP** no se encuentran incluidos supuestos de violencia contra la mujer.

Critica la aplicación del **art. 150 del CP**, por entender que la apreciación realizada por la jueza es errada. Explica que en audiencia de debate N. O. dijo que, luego del forcejeo, dejó entrar al imputado a la casa y a la habitación. Por ello, y como la denunciante permitió el ingreso de B. a la vivienda, es que concluye en que el delito por el que se lo condenó no existió.

Expresa que no se probó ninguna situación preexistente de violencia familiar: una relación desigual de poder; de discriminación; clara desventaja o sumisión.

Sostiene que de esta manera se afectó el principio de inviolabilidad de defensa en juicio.

Afirma que se ha perdido de vista que no todo conflicto entre un hombre y una mujer es violencia de género. Formula reserva del caso federal.

III.- Dictamen del señor Procurador General

A fs. 203/205 se expide el Procurador General quien luego de analizar los agravios, considera que el recurso no resulta sustancialmente procedente.

Respecto al agravio esbozado en relación a la **falta de instancia de la acción penal**, señala que la juzgadora explicó los motivos por los que entendió que la acción se encontraba debidamente promovida, para lo que invoca jurisprudencia que avalaba su decisión.

Agrega que en su resolución la jueza tomó en consideración que la modificación de la declaración de la denunciante dejaba en evidencia la violencia económica y laboral sufrida al señalar que no quería perjudicar al encartado.

Expresa que la a quo entendió que el hecho enmarcaba en la problemática de violencia de género y que tal contexto surgía acreditado al advertir la presencia de signos característicos que posibilitaban identificar tal fenómeno, tal como la retractación de la víctima.

Señala que coincide con la sentenciante en que la instancia privada se satisface con la simple acusación o denuncia del ofendido y que N. O. en forma voluntaria puso en conocimiento de la autoridad judicial el hecho del que resultó víctima.

Entiende que resulta probada la contextualización de la situación en violencia de género, en razón del informe realizado por el EPI, que detectó una modalidad vincular asimétrica, patrones compatibles con violencia psicológica e hizo constar agresiones físicas del acusado.

Considera que la a quo analizó las manifestaciones de N. O., las que constan en la denuncia y las que se brindaron en audiencia de debate. Si bien aquella varió el relato, la sentenciante tuvo por cierta la versión inicial, señalando que existía prueba objetiva que la avalaba.

Entiende que la sentencia se encuentra sólidamente fundada y se analizó debidamente y de manera integral la totalidad del plexo probatorio, esto es, las testimoniales de la audiencia de debate y el resto de las pruebas incorporadas.

Considera que la conducta del imputado se encuentra correctamente subsumida en la calificación legal, concluye y los vicios promovidos no son más que una mera discrepancia de la defensa fundada en el

legítimo ejercicio de su cargo. Por ello, aconseja el rechazo del recurso de casación y la convalidación de la sentencia impugnada.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Del examen del recurso de casación promovido y el acto sentencial puesto en crisis, adelanto opinión en el sentido de que el primero de los nombrados debe ser rechazado por cuanto no advierto los vicios denunciados por el defensor técnico del imputado, conforme paso a exponer.

De forma preliminar debo señalar que el recurso casatorio se centra en cuestionar la interpretación de los elementos de prueba llevada a cabo por la jueza al momento de dictar sentencia. Considera el recurrente que la versión brindada por N. O. en el debate no es contradictoria, con la prestada en el momento inicial de la presente causa y destaca que aquella no quiso instar la acción.

Agrega que de la versión prestada en el plenario por N. O. surge que no se cometieron los delitos de violación de domicilio ni las lesiones leves. Cuestiona el contexto de violencia de género considerado y reclama la absolución de su asistido.

En primer lugar y, en relación al cuestionamiento referido a la falta de debida instancia de la acción penal, coincido con el Procurador General en que tampoco procede el agravio referido a la falta de instancia de la acción penal por parte de N. O..

Del cotejo de las presentes actuaciones corresponde poner de resalto que la ausencia de voluntad de remoción del obstáculo legal para investigar el hecho no pasó inadvertida para la representante del Ministerio Público Fiscal.

Al formular avoque de fs. 37 la Fiscal de Instrucción consideró que existía en la presente causa interés público derivado de la cuestión de violencia de género ínsita en el hecho investigado y que tal problemática resulta una política de Estado de la que no era posible desentenderse.

Esta resolución no recibió objeciones por parte de la defensa técnica de B. M.. Al momento de alegar el recurrente planteó la falta de instancia de la acción penal, cuestionamiento que fue tratado por la sentenciante.

En base a normas constitucionales y convencionales que invoca, como también jurisprudencia de la CSJN y de este Tribunal la magistrada sentenciante concluyó que resulta obligación del Estado esclarecer hechos como el presente (minuto 04:00 del registro audiovisual de fecha 26/6/19).

Ahora bien, el recurrente ha eludido la explicación brindada por la magistrada al fundar la sentencia condenatoria en relación a la facultad para proceder de oficio en relación a un delito dependiente de instancia privada.

Por ello, y toda vez que entiendo que tal manera de plantear el agravio implica una mera discrepancia en torno al criterio utilizado por la sentencia para resolver la cuestión que no logra ser rebatido por el recurrente, es que corresponde su rechazo.

En similar sentido este Tribunal se expidió en **«Caicedo Nieto»**. En segundo lugar, concuerdo con el titular del Ministerio Público Fiscal en que la sentencia se encuentra suficientemente motivada y los elementos de convicción se han analizado con respeto a los principios de la sana crítica racional, la lógica y la experiencia.

No acierta el recurrente en relación a la falta de acreditación del contexto de violencia de género en el que se analizan los hechos investigados.

Por el contrario, entiendo que al momento de motivar la sentencia condenatoria la jueza señaló el signo característico de retractación, asimetría de relación de poder a favor del hombre, pondera la violencia física, económica y arrepentimiento (a partir del minuto 10:16 del registro audiovisual de fecha 26/6/19). Es en este sentido que la jueza otorgó preeminencia a los dichos vertidos por N. N. O., luego de notar las contradicciones entre la versión prestada en un primer momento (fs. 1/5) y el intento por mejorar la situación del imputado.

Al efecto calificó el relato de O. prestado durante el debate como «inverosímil» (minuto 03:19 del registro audiovisual de fecha 26/6/19) y como propio del estado de retractación en que se encontraba inmersa, fenómeno derivado del ciclo de violencia.

Contrariamente a lo que pretende el recurrente entiendo que acierta la magistrada al otorgar mayor relevancia a los dichos iniciales de la denunciante, pese a no haber querido en esa ocasión instar la acción ni firmar la denuncia.

En esa oportunidad expuso que pretendía que el denunciado no se le acercara más señalando el inconveniente de tal medida (fs. 3).

No obstante, detalló la lesión sufrida y el modo en que ésta fue provocada, como también el ingreso del acusado a su vivienda pese a la negativa, como otros detalles que luego fueron constatados luego de contrastarlos con otros medios probatorios.

Como señalé al momento de ponderar las manifestaciones de N. O., la jueza vinculó aquellas con otros elementos convictivos de los cuales consideró que la versión primigenia se encontraba corroborada por aquellos.

Así valoró el acta de visu de fs. 6 en la que se detalla una lesión visible en la denunciante, el examen físico de fs. 35 que da cuenta de excoriaciones lineales en cara anterior de hombro derecho y excoriación en dorso de articulación del tercer dedo y del quinto dedo de la mano derecha y el informe de valoración de riesgo de violencia física llevado a cabo por el Equipo Profesional Interdisciplinario (fs. 54), como también las testimoniales de los efectivos policiales que concurrieron al lugar del hecho y que en audiencia de debate depusieron sobre las circunstancias en que debieron ingresar al predio donde se encuentra la vivienda.

Luego de valorar tales elementos es que la a quo concluye que la versión aportada en el debate se trata de una «retractación» llevada a cabo con el propósito de beneficiar a B. M..

Por ello al momento de establecer la plataforma fáctica fijó los hechos en base a las declaraciones prestadas a fs. 1/5 las que entendió confirmadas con elementos periféricos de convicción.

Estas consideraciones, como adelanté, las entiendo plenamente aplicables al caso por cuanto nos encontramos frente a un supuesto de violencia de género en donde el tribunal a quo ha tenido en cuenta los parámetros antes referidos al momento de la ponderación de los elementos de prueba obrantes en la causa.

Por los motivos expuestos es que el vicio in procedendo formulado no puede tener acogida favorable puesto que la valoración de los medios probatorios incorporados en la presente se llevó a cabo adecuadamente por la jueza de instancia anterior, tomando en consideración los parámetros antes señalados.

De lo expuesto considero oportuno destacar que al momento de resolver el sentenciante asumió una perspectiva integral en relación a los criterios de valoración señalados en **la Ley 26.485**, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollan sus relaciones interpersonales.

En este sentido debo señalar que sobre la cuestión tuve ocasión de pronunciarme en diversos precedentes («Cruz Caporiccio», «Merlo Lassa»; «Quiroga Morales»; «Ojeda Pérez»; «Vázquez Tumbarello»; entre otros).

En especial en «Ojeda Pérez» sostuve que «[...] comparto que aquella concepción según la cual la perspectiva o visión de género es una “categoría analítica que toma los estudios que surgen desde las diferentes vertientes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma, cuestionar los estereotipos y elaborar nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad al servicio de la igualdad y la equidad” (UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017).

Destaco la idea de igualdad contenido en la definición en tanto se encuentra no sólo consagrada expresamente en el texto constitucional (art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza), sino, también, en el ámbito de la normativa internacional.

Así, entre otros, la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” - Belem Do Pará -, garantiza que toda mujer tiene “el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley” (art. 4, inc. “f”)».

Sostuve también en esa ocasión que «[...] en nuestro ordenamiento interno, la ley nacional 26.485 es una norma orientada pura y exclusivamente a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las "mujeres".

En tal sentido, entre sus objetivos primordiales, el propio texto promueve y garantiza “la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida”, “el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia”, “las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos”, como también, “la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres”(art 2, inc. a, b, c y e respectivamente)».

Así, «[...] ese texto normativo vino a imponer un verdadero “deber jurídico” para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas.

Sus destinatarios directos son aquellos sujetos que integran los órganos decisores en el marco de los procesos judiciales penales, ya sea por el lado de quienes resultan facultados para disponer sobre el curso de investigación, como también, respecto de quienes son los encargados de su juzgamiento».

Ese deber jurídico no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley. Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que «[l]os organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativos, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional [...] los siguientes derechos y garantías: i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son su naturales testigos [...]» (art. 16)».

Ahora bien, «[...] además de ese deber genérico, ya en el terreno que resulta propio a la actuación de los órganos de justicia dentro de los procedimientos jurisdiccionales penales, el texto legal contiene dos normas que consagran lineamientos funcionales para los operadores del sistema de administración de justicia en el abordaje de la problemática de género.

En consonancia con el sistema de protección integral, se consagra el principio de «amplia libertad probatoria» para tener por acreditados “los hechos denunciados, evaluándose las pruebas ofrecidas de

acuerdo con el principio de la sana crítica. Se considerarán las presunciones que contribuyan a la demostración de los hechos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes” (**art 31**)».

De tal manera «[...] el texto legal vigente [ley 26.485] no introduce un nuevo método de valoración probatoria para los casos de violencia de género, puesto que siempre la prueba debe valorarse conforme al sistema de la sana crítica racional (art. 206 y 409 del CPP).

A mi modo de ver, la imposición de un método de valoración de la prueba como herramienta obligatoria para el abordaje de esta problemática, se justifica ante la necesidad de evitar que los órganos jurisdiccionales decisores puedan apartarse en la adopción de decisiones, del contexto fáctico que es propio a este género de conductas delictivas».

Así, «[...] el acierto de la ley consistió en establecer, en forma igualitaria, un método de valoración que evite la discriminación que en ocasiones ocurría por prácticas derivadas de la cultura jurídica patriarcal inquisitiva, que se transformaron en consuetudinarias, y que era necesario erradicar. Repárese que es la propia Convención Belem Do Pará donde se fija, como un deber de los Estados el “tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la **violencia contra la mujer**” (art. 7, inc. “e”)».

Ello no resulta novedoso para la labor jurisdiccional en razón de que «[...] siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba –objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento. Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto.

Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas». Conforme a lo expresado «[...] es el contexto en el que se inserta el hecho delictivo el que viene a determinar el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio.

Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres el testimonio de la víctima ostenta un valor fundamental en la comprobación de los extremos de una imputación delictiva, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la responsabilidad penal derivada del mismo».

Por todo ello, uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo.

A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables. De tal manera «[...] uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo.

A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables». De no proceder de esta manera estaríamos recreando la sociedad estamental –con características propias– del Estado premoderno, lo que implicaría una vulneración del principio de igualdad –consagrado en el art. 16 de la CN y 7 de la CM–, el que, a su vez, constituye uno de los pilares de la República Federal.

A lo señalado debe sumarse, tal como destacó en el **precedente «Vázquez Tumbarello»**, la **relevancia de la ley 27.499, denominada «Ley Micaela»**, en tanto dispuso la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra la mujer para todas las personas que desempeñen la función pública, en cumplimiento del objetivo señalado.

En coincidencia con aquella normativa la **Acordada n° 29.318** de esta Suprema Corte de Justicia, y su anexo «Programa de capacitación permanente para la incorporación de la perspectiva de género en el marco de la Suprema Corte de Justicia».

Así, con fundamento en el principio de igualdad y la consecuente prohibición de discriminación, se dispusieron una serie de acciones concretas para asegurar la «igualdad real» de las mujeres en sus relaciones interpersonales.

En conclusión, entiendo que la trascendencia de la ley 26.485 radica no en conformar un estatus jurídico distinto aplicable a la mujer, sino que mediante la capacitación dirigida a los funcionarios públicos y, en lo que aquí interesa, a funcionarios y magistrados del poder judicial, se otorgue una perspectiva para valorar los elementos probatorios bajo el prisma de la igualdad consagrada en la normativa nacional.

Ella debe estar despojada de estereotipos y prácticas relacionadas con la cultura jurídica patriarcal-inquisitiva, plasmada en usos y costumbres que importaron, e importan, prácticas que impiden poner en contexto los medios convictivos al momento de su ponderación.

Estas consideraciones, como adelanté, las entiendo plenamente aplicables al caso por cuanto nos encontramos frente a un supuesto de violencia de género en donde el tribunal de instancia anterior ha tenido en cuenta los parámetros antes referidos al momento de la ponderación de los elementos de prueba obrantes en la causa.

Finalmente, y, en relación al vicio sustantivo que promueve la errónea aplicación del art. 150 del CP, esto es la violación de domicilio, considero que tal pretensión se asienta en los dichos vertidos por N. O. en el debate, donde señaló que había permitido el ingreso de B. M. a su vivienda.

Explicué que al momento de fijar los hechos, acertadamente la jueza otorgó valor a los dichos expuestos a fs. 1/5 y allí, concretamente a fs. 3 vta. N. O. expresa que no permitió el ingreso del imputado, de manera tal que conforme los hechos correctamente fijados la calificación legal asignada resulta correcta. Por su parte el recurrente para argumentar el vicio sustantivo modificó la plataforma fáctica previo asignar una distinta valoración a los medios de prueba.

Al respecto este Tribunal ha señalado «[e]l recurrente debe ceñir su pretensión impugnativa a los hechos acreditados, toda vez que quien invoca un vicio sustantivo no puede desconocerlos ni modificarlos. Esta exigencia formal deriva de la esencia misma del control que permite este motivo casatorio, ya que con él se procura **analizar el vicio "iuris" atribuido a la resolución objetada**, el que siempre versa sobre una interpretación propiamente jurídica, sin que **se puede evaluar ni alterar el material fáctico** alcanzado por esa interpretación, el que queda fijado por el Tribunal inferior».

En el mismo sentido se ha señalado que «[l]a invocación de un vicio sustantivo supone el respeto inexorable de los hechos fijados en la sentencia, por ende no puede esgrimirse un error en la aplicación de la norma sobre la base de un error en la motivación del fallo. Quien invoca un vicio in iudicando debe atenerse a los hechos fijados por el a - quo, sin discutirlos ni modificarlos» (LS 473-163 y LS 464-080, respectivamente).

Por las razones precedentemente expuestas y opinión concordante con el señor Procurador General, entiendo que el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica de M. L. B. M. debe ser rechazado. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere. Ampliatorio.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN EL DR. MARIO D. ADARO, EN VOTO AMPLIATORIO DIJO: Puesto a resolver el recurso de casación promovido con acuerdo con la solución adoptada en relación a los agravios formulados por el recurrente. No obstante, corresponde señalar, como en pronunciamientos anteriores que la violencia contra las mujeres por razones de género ha merecido un especial amparo tanto a nivel supranacional como nacional.

De esta manera se han establecido claros lineamientos en lo relativo a la interpretación de los medios de prueba que suponen una amplitud en los estándares probatorios y una especial ponderación del testimonio de la víctima.

Ello, teniendo en cuenta en el contexto valorativo la particular situación de vulnerabilidad de este sector de la población y las implicancias que el ciclo de violencia genera en la personalidad de las mujeres. Al respecto he señalado que la violencia contra las mujeres constituye «[...] una problemática compleja que afecta un colectivo de personas en situación de vulnerabilidad que, por distintas circunstancias o factores, se ven privadas del pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales [...] el administrador de justicia al valorar elementos probatorios – particularmente pero no excluyentemente en la esfera penal– debe ponderar los **patrones socioculturales y estereotipos** sobre los que se construye esta problemática, a fin de tener una verdadera comprensión del fenómeno de violencia de género y, de esta manera, poder lograr desde el Derecho aportar soluciones que contribuyan a atacar el flagelo de la violencia y trabajar en pos de la igualdad de género» (ver al respecto **«Galdeano Reyes»**).

Asimismo, en el citado precedente expresé, que como primer orden de dificultad advertía que las normas procesales que regulan la adquisición, producción y valoración de la prueba son neutrales al género; es decir, no establecen lineamientos específicos en orden al tratamiento de este fenómeno. Por este motivo resulta imperioso llevar a cabo un control constante de la aplicación de los estándares de convencionalidad en la valoración de la prueba, a fin de garantizar una efectiva prestación de servicio de justicia con perspectiva de género y, colateralmente, evitar posibles responsabilidades internacionales.

De tal manera en la causa **«Ontiveros Arancibia»** afirmé que «[...] si bien la aplicación del orden supranacional y el ejercicio del control de convencionalidad deben ser llevados a cabo, prima facie, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no podemos dejar de evaluar que también los órganos públicos internos nacionales se encuentran obligados a su aplicación y ejercicio, con anterioridad a que la causa bajo cuestión llegue a los estrados de estos órganos institucionales supranacionales, ya que la intervención y conocimiento de éstos se establece solo de forma subsidiaria a los órganos internos estatales».

Por otro lado, en lo que respecta a la investigación criminal como garantía del derecho a la verdad, interesa destacar que tanto la Corte como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH y CIDH respectivamente), han sostenido que el derecho a la verdad se vincula de manera directa con los derechos a las garantías judiciales y de protección judicial, los cuales se encuentran establecidos en los artículos XVIII y XXIV de la Declaración Americana, así como en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana (Cfr. Informe CIDH, Derecho a la verdad en las Américas, 13 de agosto de 2014, párr. 66).

Tal compromiso implica que el Estado tiene la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para investigar seriamente lo sucedido y, en su caso, sancionar a los responsables de los hechos. Este derecho no sólo pertenece a la víctima y sus familiares, sino también a la sociedad en su conjunto, cuando se han vulnerado derechos humanos (sobre la cuestión, ver lo señalado en **«Concha, Jesús»**).

Por todo ello considero que resulta necesario analizar la cuestión traída a conocimiento de este Tribunal tomando en consideración los parámetros antes referidos. Dicho esto, advierto que el a quo meritó los distintos elementos de juicio con una mirada integral de la problemática.

Ello por cuanto valoró el testimonio de la víctima con la necesaria perspectiva de género que la temática demanda. Es decir, considerando las implicancias que el ciclo de violencia tiene en la personalidad de la mujer, circunstancias que justifican adecuadamente las posibles inconsistencias y, aún, la retracción de lo primigeniamente denunciado, tal como aconteció en el caso bajo estudio. Finalmente, y en relación a la **violencia económica** ponderada por la juzgadora es preciso señalar que –como ya he referido en el **precedente «Muñoz García»**– ha sido expresamente reconocida como una de las manifestaciones de violencia contra la mujer (art. 5, Convención Belem Do Pará; art. 4, ley 26.485).

Así, el Comité de la **CEDAW, en la Recomendación n° 19**, afirma que la violencia contra las mujeres es una forma de discriminación que inhibe gravemente la capacidad de éstas para gozar de sus derechos y libertades en pie de igualdad con los varones. Entre las observaciones refiere que «[l]a falta de independencia económica obliga a muchas mujeres a permanecer en situaciones violentas[...]». En este orden de ideas, comparto las apreciaciones formuladas por la jueza, toda vez que –en mi opinión– la violencia económica resulta una forma de control y de manipulación que ejerce el hombre sobre la mujer en una sociedad estructuralmente desigual.

Por los motivos expuesto es que los agravios de la defensa no pueden ser acogidos teniendo en cuenta el plexo probatorio ponderado por el a quo, desde que el impugnante en la construcción de los agravios omite toda consideración de los indicios que dan cuenta del contexto de violencia de género en que se encontraba inmersa la víctima.

Por lo expuesto, y en opinión concordante del señor Procurador General, doy respuesta negativa a la primera cuestión propuesta. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere. Ampliatorio.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, EN VOTO AMPLIATORIO DIJO: Puesto a resolver el recurso casatorio promovido comparto la solución a la que llegan mis colegas de sala y, en relación a las consideraciones relacionadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género y, en cuanto a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género, me remito a lo oportunamente señalado en **«Di Cesare Morales»** y **«Mejía Salvador»** por resultar aplicable en ese aspecto el presente caso. ASÍ VOTO.

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

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

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

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

SENTENCIA:

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

1.- Rechazar el recurso de casación promovido a fs. 186/196 por el defensor técnico de M. L. B. M..

2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.

3.- Tener presente la reserva federal formulada.

4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen a sus efectos. Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR

A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

5- COLLOVATI FERRER. 22-05-20.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200522_FcCFA.pdf

Lex: Art. 92 en función del art. 89, 80 inc. 1° y 11° del CP. Ley 26485. Art. 155 del CPP.

Vox: VG. Lesiones dolosas agravadas. Vínculo. Violencia de género. Valoración de la prueba. Determinación de la pena. Atipicidad. Fundamentos escritos. Oralidad.

Summa:

El **JPC** condenó al señalado a la pena de **seis meses de prisión en forma condicional** como autor penalmente responsable del delito de lesiones leves dolosas agravadas en contexto de violencia de género -dos hechos, art. 92 en función del art. 89 y circunstanciado por el art. 80 inc. 1° y 11 del CP y Ley 26.485 de Protección Integral a las Mujeres del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación.

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

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 161, pronunciada por el JPC N° 1- 4° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Galdeano Reyes. 31-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180731_FcGRJ.pdf
- Merlo Lassa. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=243>
- Concha Jesús. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- Alaniz Pineira. 23-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=37>
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Ojeda Pérez: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>
- Brancelo Urbon. 05-03-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200305_FcBUD.pdf
- Di Cesare Morales. 26-06-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=156>
- Mejía Salvador. 10-09-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=197>
- LS 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177

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

Fallo:

CUJ: 13-04463728-0/1((041401-35373)) FC/ C. F. A. D. P/ LESIONES LEVES DOLOSAS AGRAVADAS EN CONTEXTO DE VIOLENCIA DE GENERO (35373) (0150) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104544826*

En Mendoza, a los veintidós días del mes de mayo del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N°13-04463728-0/1, caratulada "F. C/ C. F., D. P/ LESIONES LEVES DOLOSAS AGRAVADAS EN CONTEXTO DE VIOLENCIA DE GENERO S/ CASACIÓN".

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

La defensa de A.D.C.F. interpone recurso de casación (fs. 92/111), contra la Sentencia N° 161 (fs. 82) y sus fundamentos, mediante la cual se lo condenó a la pena de seis meses de prisión en forma condicional como autor penalmente responsable del delito de lesiones leves dolosas agravadas en contexto de violencia de género (dos hechos, art. 92 en función del art. 89 y circunstanciado por el art. 80 inc. 1° y 11 del CP y Ley 26.485 de Protección Integral a las Mujeres del CP) en la causa N° 150 (P-35373/18).

El pronunciamiento fue dictado por el Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Cuarta Circunscripción Judicial. De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas. SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:

1.- Sentencia recurrida

El tribunal de juicio tuvo por acreditado que los hechos ocurrieron tal como lo sostuvo la hipótesis acusatoria. Así consideró probado, con el grado de convicción necesario que requiere una sentencia de condena, que «el 12 de Marzo de 2018, aproximadamente a las 01:00 horas, A.D.C.F. pasó a buscar en su camioneta a A. B. y cuando llegaban al ..., C. le pegó con la mano abierta en la cabeza, haciendo que golpee la cabeza en el vidrio de la ventanilla del acompañante. Después se dirigieron al domicilio de C., ubicado en ..., y en su interior éste tomó de los pelos a B. y la tiró al piso, luego le pegó una cachetada en la cabeza». Para así decidir el sentenciante valoró, entre los elementos más importantes las declaraciones testimoniales de A.B., M.O., J.M. y C. C., así como los informes del examen físico y psicológico realizado a A. B..

2.- Recurso de casación

Los motivos del recurso de casación formulado por la defensa se enmarcan en las disposiciones el art. 474 inc 1 y 2 del CPP.

a) Considera que de diversas partes de la sentencia cuestionada se desprende que se ha afectado el principio de razón suficiente atento a que el a quo omitió valorar prueba de trascendental importancia. A su vez, estima que se violó la garantía constitucional de la inviolabilidad de la defensa y de la presunción de inocencia. Sostiene que de la escueta sentencia condenatoria surge que el imputado fue condenado por considerárselo responsable de dos hechos, pero entiende que el a quo no especificó, en ningún momento del debate, cuales serían esos dos supuestos hechos limitándose así, y a su entender, su derecho de defensa. Señala que el sentenciante omitió valorar en su totalidad las manifestaciones realizadas por la denunciante, su madre –M.O.– y por los testigos ofrecidos por la defensa –C. y M.–.

Al respecto, la recurrente manifiesta que el a quo no valoró que la denunciante expresó en la audiencia de debate que no fue lesionada, que solo sufrió rasguños, que C. la amenazó con pegarle un piña pero que no lo hizo. Asimismo señala que C. escuchó la discusión, que manifestó que B. se encontraba muy enojada, le gritaba al imputado y éste le pedía que se calmara.

También el testigo expresó que vio elementos rotos y a C. lesionado. Agrega la recurrente que la presencia de C. en el hecho también surge de la testimonial de la denunciante. Considera que esa declaración coincide con la de M. O., madre de la denunciante, quien manifestó que su hija estaba en una crisis nerviosa y amenazaba al imputado que le iba a prender fuego el aserradero.

También expresó haber visto a su hija cuando le pegó una piña al imputado y le rompió las llaves de la camioneta. Al igual que su hija afirmó que no eran novios sino que era una relación libre. Asimismo sostiene que M. expresó haber visto las cosas rotas en el domicilio de C., también observó que tenía un rasguño y un ojo rojo, como así también haber escuchado que la denunciante lo amenazaba con prenderle fuego el aserradero.

Estima que el sentenciante no valoró en forma deliberada y sin motivo alguno la prueba instrumental acompañada por la defensa a fs. 50/54, de la que surgen las llamadas telefónicas y mensajes de texto de la víctima hacia el imputado, siendo que aquella fue la que solicitó como medida de protección una prohibición de acercamiento y de todo contacto de C. hacia ella.

Como así también el certificado médico que prueba las lesiones –escoriación en cara interna del labio inferior e hipema en ojo derecho– que presentaba C.. Sostiene que tales lesiones fueron corroboradas por los testigos, quienes afirmaron haber visto a C. con lesiones en el rostro, y por la denunciante y su madre, al expresar que la víctima le propinó una piña.

Al respecto considera que el a quo no valoró la prueba aportada y descreyó que haya existido legítima defensa por parte de C.. Estima que el sentenciante se limitó a realizar una enunciación precaria de las pruebas en la que funda su condena, no explicando las razones de sus convencimientos.

En definitiva, la recurrente refiere que el juez de instancia previa **omitió valorar prueba decisiva**, tales como: a) el estado de nerviosismo y agresividad de la denunciante; b) los daños en la casa de C. y en la llave de su camioneta; c) las discordancias y contradicciones en las que incurrió la denunciante; d) las lesiones físicas del imputado; e) las amenazas propinadas por la denunciante al imputado y, f) la falta de entidad de las supuestas lesiones de la denunciante.

Advierte además, que el sentenciante condenó al imputado sin efectuar una derivación razonada del derecho vigente atento a la no transcripción de los fundamentos, en razón de la oralidad y su registro. De este modo, considera que la sentencia condenatoria atacada incumple con la fundamentación y escrituración exigida por las normas procesales, el art. 155 del CPP que establece que la fundamentación de la sentencia es un precepto legal que fija una directriz precisa bajo pena de nulidad y el art. 294 del CPP que determina que **deberá escrituralizarse el mismo día la parte esencial** del auto de prisión preventiva. Por lo que, a su entender, conlleva como efecto procesal su nulidad conforme lo establece el art. 416 incs. 4 y 5 del CPP. Al respecto, la recurrente argumenta que si la escrituración se exige en cuanto a la medida coercitiva de prisión preventiva, con mayor razón es exigible en una sentencia condenatoria.

b) En otro orden, la defensa estima que el a quo efectuó una **errónea aplicación e interpretación de la ley**, en razón de que considera que lo que se protege en el delito de lesiones es la incolumidad de la persona.

Afirma que del certificado médico de fs. 12 no surge que la denunciante presente enrojecimiento (eritema), tampoco hinchazón (edema).

En efecto, considera que la equimosis y las escoriaciones no constituyen la mínima expresión de una contusión, es decir un daño en el cuerpo encuadrable en el art. 89 del CP, por lo que considera que las lesiones resultan atípicas.

c) Por último, sostiene que el juez de sentencia al **determinar la pena** incurrió en arbitrariedad, puesto que considera que se encuentra infundada, injustificada y rompe con el principio de proporcionalidad. Ello en tanto no ponderó las pautas mensuradoras de los arts. 40 y 41 del CP, y que fijó una pena exagerada que no responde al principio de «responsabilidad en la medida del hecho y de la culpabilidad propia». Entiende que el a quo utilizó un criterio retribucionista, olvidando todo el desarrollo de la teoría de los fines de la pena.

Al respecto, argumenta que: a) el imputado carece de antecedentes; b) sería su primera condena; c) es un delito menor; d) existieron elementos de prueba que generaron dudas en cuanto a cómo sucedieron los hechos y, e) el a quo tomó conocimiento de la comisión de hechos delictivos, tales como amenazas, daños y lesiones sufridas por el imputado.

Asimismo señala que el imputado ha probado su legítima defensa y que los hechos sucedieron de una manera distinta, por lo que considera que la representación de culpabilidad es mínima y por ende su responsabilidad también lo es, traduciéndose en la imposición de una pena menor que la fijada.

d) Hace reserva del caso federal.

3.- Dictamen del Procurador General

El Procurador General considera que debe rechazarse el recurso casatorio. Argumenta así que la recurrente pretende una **revisión ex novo** de lo que ya ha sido tratado en el debate y sometido a la contradicción de acusación y defensa.

Con respecto a los vicios in procedendo considera que la prueba objetiva colectada corrobora la denuncia y el testimonio de la denunciante en el debate.

En cuanto al agravio referido a la falta de escrituración de los **fundamentos de la sentencia**, sostiene que la reforma procesal privilegia la oralidad, por lo que autoriza al juez a expresar toda la fundamentación de la sentencia en forma oral.

En referencia a los vicios **in iudicando** estima que es errada la consideración de que las lesiones constatadas no tienen entidad para provocar un daño en el cuerpo.

Por último sostiene que tampoco corresponde hacer lugar al vicio de desproporción del monto de la condena, en tanto se encuentran probadas las lesiones atribuidas y que estas se produjeron en el contexto de violencia de género, con lo cual la aplicación del mínimo de la pena, para el art. 89 en función del 92 del CP, no resulta en absoluto excesivo.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso de casación formulado considero, por los motivos que a continuación se exponen, que no corresponde hacerle lugar.

De manera preliminar debe señalarse, que si bien la motivación es escueta resulta suficiente a los efectos del mantenimiento del dictum como acto procesal válido, no adoleciendo de falencias que impliquen su anulación, a luz de la reiterada jurisprudencia de esta Sala, en el sentido de que tales defectos, para conllevar esa extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (**LS 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177**), lo que en autos no ocurre.

a.- Consideraciones generales sobre la valoración probatoria con perspectiva de género

En primer lugar, debe señalarse que el sentenciante al momento de resolver asumió una perspectiva integral en relación a los criterios de valoración señalados en la **Ley 26.485**, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollan sus relaciones interpersonales. En este sentido debo señalar que sobre esta cuestión tuve ocasión de pronunciarme en diversos precedentes (“**Cruz Caporiccio**”, “**Merlo Lassa**”; “**Quiroga Morales**”; “**Ojeda Pérez**”; “**Vázquez Tumbarello**”; “**Brancello Urbón**”; entre otros).

En especial en “**Ojeda Pérez**” sostuve que «[...] comparto que aquella concepción según la cual la perspectiva o visión de género es una “categoría analítica que toma los estudios que surgen desde las diferentes vertientes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma, cuestionar los estereotipos y elaborar nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad al servicio de la igualdad y la equidad” (UNICEF, “**Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas**”, Buenos Aires, 2017).

Destaco la idea de igualdad contenido en la definición en tanto se encuentra no sólo consagrada expresamente en el texto constitucional (art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza), sino, también, en el ámbito de la normativa internacional.

Así, entre otros, la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” - Belem Do Pará -, garantiza que toda mujer tiene “el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley” (art. 4, inc. “f”).

Sostuve también en esa ocasión que «[...] en nuestro ordenamiento interno, la **ley nacional 26.485** es una norma orientada pura y exclusivamente a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las “mujeres”. En tal sentido, entre sus objetivos primordiales, el propio texto promueve y garantiza “la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida”, “el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia”, “las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos”, como también, “la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres”(art 2, inc. a, b, c y e respectivamente)».

Así, «[...] ese texto normativo vino a imponer un verdadero “deber jurídico” para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas.

Sus destinatarios directos son aquellos sujetos que integran los órganos decisores en el marco de los procesos judiciales penales, ya sea por el lado de quienes resultan facultados para disponer sobre el curso de investigación, como también, respecto de quienes son los encargados de su juzgamiento». Ese deber jurídico no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley.

Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que «[l]os organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativos, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional [...] los siguientes derechos y garantías: i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son su naturales testigos [...]» (art. 16)».

Ahora bien, «[...] además de ese deber genérico, ya en el terreno que resulta propio a la actuación de los órganos de justicia dentro de los procedimientos jurisdiccionales penales, el texto legal contiene dos

normas que consagran lineamientos funcionales para los operadores del sistema de administración de justicia en el abordaje de la problemática de género. En consonancia con el sistema de protección integral, se consagra el principio de «amplia libertad probatoria» para tener por acreditados “los hechos denunciados, evaluándose las pruebas ofrecidas de acuerdo con el principio de la sana crítica. Se considerarán las presunciones que contribuyan a la demostración de los hechos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes” (**art 31**)».

De tal manera «[...] el texto legal vigente [ley **26.485**] no introduce un nuevo método de valoración probatoria para los casos de violencia de género, puesto que siempre la prueba debe valorarse conforme al sistema de la sana crítica racional (art. 206 y 409 del CPP). A mi modo de ver, la imposición de un método de valoración de la prueba como herramienta obligatoria para el abordaje de esta problemática, se justifica ante la necesidad de evitar que los órganos jurisdiccionales decisores puedan apartarse en la adopción de decisiones, del contexto fáctico que es propio a este género de conductas delictivas». Así, «[...] el acierto de la ley consistió en establecer, en forma igualitaria, un método de valoración que evite la discriminación que en ocasiones ocurría por prácticas derivadas de **la cultura jurídica patriarcal inquisitiva**, que se transformaron en consuetudinarias, y que era necesario erradicar.

Repárese que es la propia Convención Belem Do Pará donde se fija, como un deber de los Estados el “tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la **violencia contra la mujer**” (**art. 7, inc. “e”**)».

Ello no resulta novedoso para la labor jurisdiccional en razón que «[...] siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba –objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento.

Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto. Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas».

Conforme a lo expresado «[...] es el contexto en el que se inserta el hecho delictivo el que viene a determinar el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio. Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres el testimonio de la víctima ostenta un valor fundamental en la comprobación de los extremos de una imputación delictiva, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la responsabilidad penal derivada del mismo».

De tal manera «[...] uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo.

A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables». De no proceder de esta manera estaríamos recreando la sociedad estamental –con características propias– del Estado premoderno, lo que implicaría una vulneración del principio de igualdad –consagrado en el art. 16 de la CN y 7 de la CM–, el que, a su vez, constituye uno de los pilares de la República Federal.

A lo señalado debe sumarse, tal como destaqué en el **precedente «Vázquez Tumbarello», la relevancia de la ley 27.499, denominada «Ley Micaela**», en tanto dispuso la capacitación obligatoria en la temática

de género y violencia contra la mujer para todas las personas que desempeñen la función pública, en cumplimiento del objetivo señalado. En coincidencia con aquella normativa la Acordada n° 29.318 de esta Suprema Corte de Justicia, y su anexo «Programa de capacitación permanente para la incorporación de la perspectiva de género en el marco de la Suprema Corte de Justicia». Así, con fundamento en el principio de igualdad y la consecuente prohibición de discriminación, se dispusieron una serie de acciones concretas para asegurar la «igualdad real» de las mujeres en sus relaciones interpersonales.

En conclusión, entiendo que la trascendencia de la **ley 26.485** radica no en conformar un estatus jurídico distinto aplicable a la mujer, sino que mediante la capacitación dirigida a los funcionarios públicos y, en lo que aquí interesa, a funcionarios y magistrados del poder judicial, se otorgue una perspectiva para valorar los elementos probatorios bajo el prisma de la igualdad consagrada en la normativa nacional. Ella debe estar despojada de estereotipos y prácticas relacionadas con la cultura jurídica patriarcal-inquisitiva, plasmada en usos y costumbres que importaron, e importan, prácticas que impiden poner en contexto los medios convictivos al momento de su ponderación.

Estas consideraciones, como adelanté, las entiendo plenamente aplicables al caso por cuanto nos encontramos frente a un supuesto de violencia de género en donde el tribunal de instancia anterior ha tenido en cuenta los parámetros antes referidos al momento de la ponderación de los elementos de prueba obrantes en la causa. En función de las pautas señaladas es que analizaré las impugnaciones formuladas en la presente causa.

b.- Acerca de los cuestionamientos realizados por la defensa a la valoración probatoria realizada por el juez de sentencia y al modo de fundamentar su decisión

En segundo lugar, debo señalar que no le asiste razón a la recurrente al manifestar que el sentenciante durante el debate no especificó cuáles serían los dos supuestos hechos que se le endilgan al acusado.

Ello en tanto el a quo, en sus fundamentos orales, sí especificó los dos hechos por los que condenó a C.. Así, se advierte en el soporte audiovisual que al iniciar sus fundamentos expresó que A. B. al momento de prestar declaración durante la audiencia de debate, además de ratificar su denuncia y las declaraciones vertidas en la fiscalía, agregó haber sido golpeada por C. en distintos estadios, primero a bordo de una camioneta, en la que se trasladaba junto a C., y, luego, en el domicilio de éste, donde fue agredida físicamente mediante golpes.

Con ello surge clara la improcedencia del agravio formulado. Por otra parte, considero que tampoco puede prosperar el cuestionamiento vinculado a que el sentenciante desacreditó sin motivo los testigos ofrecidos por la defensa, siendo estos J. M. y C. C., como así también el testimonio de M.O. –madre de la denunciante–.

Al respecto, se advierte en los fundamentos orales que el juez de la instancia anterior argumentó, en razonamiento que comparto, por qué razón las declaraciones de M. y C. no tenían ninguna validez ni interés probatorio en la presente causa.

En primer lugar, hizo referencia que ambos testigos son empleados del acusado, que no estuvieron presentes al momento del hecho, es decir, no que eran testigos presenciales y que, por el contrario, sólo aportaron manifestaciones vertidas por el acusado. En segundo lugar, señaló que ambos testigos declararon que una mujer había amenazado a C., pero en ningún momento manifestaron que se trataba de A. B..

Asimismo, el sentenciante argumentó que M. O. –madre de la víctima– tampoco fue testigo presencial del hecho que se está investigando por lo que su testimonio no tiene validez. De igual manera, tampoco puede tener acogida favorable el agravio dirigido a cuestionar la labor del sentenciante, manifestando

que no valoró las lesiones del acusado y descreyó que haya existido de su parte legítima defensa. Al respecto, advierto que el juzgador valoró de manera integral las pruebas aportadas y sostuvo, adecuadamente, que el hecho de que la denunciante golpeará al imputado, no era argumento para desvirtuar su responsabilidad.

Además, argumentó que B. no se encuentra imputada en esta causa por el delito de lesiones y que no existió por parte de C. legítima defensa.

Asimismo se advierte, en cuanto a lo manifestado por la recurrente que la denunciante habría amenazado al acusado, que el sentenciante argumentó en igual sentido, manifestando que B. no se encuentra imputada en esta causa por el delito de amenazas, motivo por el cual no tiene sentido tal aseveración. Estimo que lo mismo debe sostenerse con respecto a los supuestos daños ocasionados por la denunciante en el domicilio de C. y en las llaves de su camioneta.

En cuanto al agravio referido a que el sentenciante no valoró las llamadas telefónicas y los mensajes de texto que la denunciante realizó al imputado, estimo que no debe hacerse lugar, en tanto la recurrente no explica concretamente cuál es vicio, cómo se produjo y cuál es la decisividad del mismo en relación al resultado del fallo que ataca, como así tampoco explica por qué razón su valoración haría variar la solución adoptada.

Sin perjuicio de ello, en primer lugar, considero que tal conducta es esperable de una mujer que se encuentra inmersa en una situación de violencia de género y en segundo lugar, se advierte que no hay motivo para dudar de la declaración de Barrozo, tal como lo pretende la recurrente. Ello en tanto que su versión de lo ocurrido resulta respaldada a través de los demás elementos de prueba objetiva obrantes en la causa, entre la que ocupa un lugar preponderante el informe sobre valoración del riesgo de violencia física que obra a fs. 13/14 vta., en el que se concluye que la víctima «se encuentra en una situación encuadrable en un contexto de violencia de género por parte de su pareja».

También debe mencionarse el examen físico realizado por del Cuerpo Médico Forense, obrante a fs. 12 y vta., del que surge que Barrozo presentaba «excoriación de 1 cm en base izquierda de la nariz, excoriación de 0,5 cm en surco nasogeniano izquierdo, equimosis de 4 cm por 2 cm en cara posterior hombro izquierdo color violeta (1 a 3 días de evolución), equimosis de 6 cm por 3 cm en cara posterior tercio inferior antebrazo izquierdo color violeta (1 a 3 días de evolución), equimosis de 2 cm por 1 cm en dorso mano izquierda color violeta y 2 excoriaciones de 0,3 cm en dorso falange distal 3° dedo mano derecha».

Es de resaltar que estas lesiones son compatibles con el relato de la denunciante. También debe señalarse que la recurrente no desarrolla los agravios referidos a cuestionar que el sentenciante omitió valorar el estado de nerviosismo y agresividad de la denunciante, en tanto, como en el caso anterior, no explica concretamente cuál es vicio, cómo se produjo y cuál es la decisividad del mismo en relación al resultado del fallo que ataca, como así tampoco explica por qué razón su valoración haría variar la solución adoptada.

Sin perjuicio de ello, advierto que existen motivos de peso –como es la declaración de la denunciante, su examen físico y psicológico– para asignarle razón al sentenciante en sus conclusiones, es decir, que existen elementos de prueba suficientes para arribar a la certeza requerida y condenar al imputado por el hecho investigado.

Por ello, estimo que los cuestionamientos defensivos representan argumentos y afirmaciones personales en relación a la valoración del material probatorio, evidenciando una mera discrepancia con la labor intelectual del tribunal de juicio en la fundamentación del fallo, carentes de sustento probatorio. Del

mismo modo considero que, el agravio dirigido a cuestionar la no transcripción de los fundamentos, debe ser rechazado.

Al respecto, es de resaltar que el carácter acusatorio-adversarial del juicio penal, introducido mediante la sanción y posterior implementación de la **Ley N° 9.040**, se traduce en ubicar a la oralidad como una de las notas esenciales en el proceso de enjuiciamiento criminal.

Así, el **art. 85 de la Ley N° 9.040**, establece que «Todas las normas del Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza, deberán ser interpretadas en beneficio de lo dispuesto por la presente ley, asegurando la metodología de la audiencia oral, la registración en soporte digital, las notificaciones electrónicas, en lugar del procedimiento escrito y los expedientes». Y el **art. 147 primer párrafo del CPP**, modificado por la Ley 9.040, dispone lo siguiente «Siempre que se realice una audiencia oral o un acto procesal que sea registrado por video grabación con la presencia del Juez o del Fiscal o del Ayudante Fiscal o del Juez de Paz, dicho registro será prueba suficiente de su realización y certeza de lo ocurrido en ella». Además, es de resaltar que el art. 155 del CPP, texto modificado por la **Ley N° 8.896**, prevé que «En las resoluciones adoptadas durante las audiencias orales los fundamentos constarán en el registro de audio, incorporándose a las actuaciones y, en su caso, al protocolo, salvo disposición expresa en contrario, debiendo firmarse según lo dispone el artículo siguiente».

En este sentido, en el **precedente «Robledo Vergara»** sostuve que «[e]n cuanto tiene que ver con la actividad procesal destinada a dejar constancia de lo aquello sucedido en el marco de un proceso penal ante un funcionario judicial, la regla actual es la digitalización de las audiencias orales como constancia válida y suficiente no sólo de su realización sino, además, de todo lo acontecido en ella. Lo que provoca, en consecuencia, que la escritura como sistema, quede prevista de manera residual».

Lo expuesto, me permite afirmar que el sentenciante puede expresar los fundamentos de la sentencia en forma oral y que al hacerlo no incumplió las normas procesales, tal como lo sostiene la recurrente. En el caso en análisis, no se advierten los defectos de fundamentación referidos por la recurrente en tanto, y como ya se adelantó, la motivación resulta suficiente sin advertirse defectos que impliquen la anulación de la sentencia.

c.- Sobre la pretendida atipicidad del comportamiento atribuido al acusado

En tercer lugar, estimo que también debe ser rechazado el agravio dirigido a cuestionar la calificación legal en base a que la denunciante no presentó un daño en el cuerpo. Considero que tal planteamiento es errado, atento a que la excoriación y la equimosis deben considerarse lesiones. Al respecto resulta relevante el informe sobre el examen físico realizado por el Cuerpo Médico Forense que consta a fs. 12 y vta. Por lo tanto, al estar corroborado el daño en el cuerpo de Barrozo, el comportamiento del acusado no resulta atípico, tal como lo pretende la recurrente, resultando correcta la calificación jurídica por la que aquél se lo condenó.

d.- Cuestionamientos relacionados con la pena aplicada

Por último, en cuanto al agravio dirigido a cuestionar la pena impuesta, si bien el sentenciante no ha dado mayores razones al momento de su determinación, lo cierto es que aplicó el mínimo dentro de la escala penal, es decir seis meses de prisión en forma condicional, por lo que no se advierte el interés de la defensa en el agravio formulado.

e.- Conclusiones

En síntesis, considero que el tribunal de sentencia sustentó su decisión en el análisis contextualizado de las pruebas producidas en el debate, las que ponderó de acuerdo a las reglas de la sana crítica racional,

cuyo apartamiento la censurante no ha podido demostrar. Asimismo, se advierte que la recurrente pretende una nueva revisión de todo lo que fue tratado en el debate y sometido a la contradicción de acusación y defensa.

Por todo lo expuesto, y en opinión concordante con la del Procurador General, corresponde contestar de manera negativa a la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de A.D.C.F. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere. Por su voto.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Comparto la solución a la que llega mi distinguido colega de Sala y en lo referente a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria con perspectiva de género entiendo oportuno remitirme a lo señalado en los precedentes «**Mejía, Salvador**» y «**Di César Morales**», los que entiendo aplicables al presente caso. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere. Ampliatorio.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Comparto los fundamentos por los cuales el voto preopinante considera que corresponde desestimar los agravios esgrimidos por la defensa de A.D.C.F..

En especial, adhiero a las consideraciones realizadas en torno a la valoración de los elementos de prueba en hechos acontecidos en un contexto de violencia de género, a los que ya me he referido en numerosos pronunciamientos (ver «**Galdeano Reyes**», «**Merlo Lassa**», «**Concha, Jesús**», «**Alaniz Pineira**», entre otros).

En esta última oportunidad señalé en relación a la valoración de los elementos de prueba en función de la perspectiva de género que «... que para juzgar los conflictos en los cuales las mujeres son víctimas de violencia en sus distintas manifestaciones, hay que partir de aceptar que la realidad se encuentra polarizada en torno a patrones de dominación masculina que reproducen la discriminación en los distintos ámbitos en donde la mujer desarrolla sus relaciones interpersonales».

Destaqué también que «...los distintos operadores del derecho, tanto en la recaudación de elementos probatorios como al momento de valorarlos, deben orientar también su labor a detectar las circunstancias estructurales que perpetúan la violencia estructural contra las mujeres con el fin de imprimir en su análisis una perspectiva de género».

En este sentido, señalé en el precedente «**Galdeano Reyes**» que «... no puedo dejar de soslayar que analizamos una problemática compleja que afecta un colectivo de personas en situación de vulnerabilidad que, por distintas circunstancias o factores, se ven privadas del pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales.

Los problemas derivados de esta especial situación de vulnerabilidad, así, exceden un abordaje meramente jurídico en tanto se trata de una problemática compleja que atraviesa y debe ser atendida, comprendida y abordada desde conocimientos interdisciplinarios. Por ello, el administrador de justicia al valorar elementos probatorios –particularmente pero no excluyentemente en la esfera penal– debe ponderar los patrones socioculturales y estereotipos sobre los que se construye esta problemática, a fin de tener una verdadera comprensión del fenómeno de violencia de género y, de esta manera, poder lograr desde el Derecho aportar soluciones que contribuyan a atacar el flagelo de la violencia y trabajar en pos de la igualdad de género».

En definitiva, estimo que el Tribunal de instancia anterior aplicó en forma satisfactoria las pautas reseñadas, pues para considerar acreditados los hechos constitutivos de la agresión sufrida por la víctima

ponderó los elementos de juicio incorporados legítimamente al debate bajo los parámetros de valoración que impone la temática en estudio. ASÍ VOTO.

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

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

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

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

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuestos por la defensa de A.D.C.F..
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad
- 3.- Tener presente la reserva federal efectuada.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al Tribunal de origen, a sus efectos. Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

6- ROS IBARRA. 29-05-20.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200529_FcRos.pdf

Lex: Art. 76 bis CP. Resolución 225/11. Arts. 30 y 155 del CPP.

Vox: SJP. Lesiones. Suspensión de juicio a prueba. Consentimiento vinculante. Pena de inhabilitación en forma principal, conjunta o alternativa. Nulidad. Fundamentos orales. Ausencia de registro de audio.

Summa:

El **JPC** rechazó la suspensión del juicio a prueba solicitada por la Defensa.

La **defensa** interpone recurso de casación contra el auto ut supra mencionado.

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

La **SCJM** resolvió anular la audiencia llevada a cabo en fecha 26 de noviembre de 2018 y la resolución judicial dictada en consecuencia por JPC N° 1 -3° CJ. (arts. 30 y 155 del CPP). Falta de registro audio-visual.

Resolución cuestionada: Auto dictado para fecha 26-11-18 por el JPC N° 1-3° CJ.

Precedentes citados

a-CSJN

- Casal

b-CIDH

- Herrera Ulloa v. Costa Rica. 02-07-04:

https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=209&lang=es

Precedentes relacionados.

SJP. Art. 26 inc. 3, 30 y siguientes del CPP

- Reyes Lara. 17-08-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=865>
- García Manca. 17-08-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=866>
- Guajardo. 22-09-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=896> (VG)
- Castillo Ordoñez. 11-05-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=895>

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

Fallo:

CUIJ: 13-04644389-0/1((038501-61027)) FC/ ROS IBARRA RODOLFO EDGARDO P/ LESIONES CULPOSAS (61027) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104728426*

En Mendoza, a los veintinueve días del mes de mayo del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04644389-0/1, caratulada "F. C/ ROS IBARRA RODOLFO EDGARDO P/ LESIONES CULPOSAS (61027) P/ RECURSO EXT. CASACIÓN".

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

La defensa de Edgardo Rodolfo Ros Ibarra interpone recurso de casación contra el auto dictado por el Juzgado Penal Colegiado N°1 de la Tercera Circunscripción que rechazó la suspensión del juicio a prueba solicitada en los autos P-61027/16.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

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

1.- Resolución recurrida

El Juzgado Penal Colegiado N° 1 no hizo lugar al pedido de suspensión del juicio a prueba solicitado en beneficio de Rodolfo Edgardo Ros Ibarra por los fundamentos expresados en forma oral en la audiencia celebrada en fecha 26 de noviembre de 2018 (fs. 14 y vta.).

2.- Recurso de casación

Que a fs. 16/20 la defensa de Edgardo Rodolfo Ros Ibarra interpone recurso extraordinario de casación contra la resolución del Juzgado Penal Colegiado N°1 de la Tercera Circunscripción Judicial que rechazó la suspensión del juicio a prueba solicitada previamente.

La defensa cuestiona que el auto de rechazo se encuentra fundado en un dictamen fiscal que efectúa una errónea aplicación de la ley sustantiva (art. 76 del CP modificado por ley 27.147) y de la ley procesal, en tanto el art. 30 del CPP exige contar con **consentimiento fiscal debidamente fundado** para resolver la pretensión de la defensa.

Afirma que el dictamen fiscal carece de fundamentación legal en tanto remite a la resolución de Procuración General N° 225/11 que impide a los representantes del Ministerio Público Fiscal prestar consentimiento para la concesión de suspensiones de juicio a prueba en los casos en que el delito atribuido prevea pena de **inhabilitación en forma principal, conjunta o alternativa**.

Entiende que ello no encuentra sustento legal desde la modificación al **art. 76 del CP por la ley 27.147**, que prevé que lo normado en el CP **será subsidiario a lo establecido por las leyes procesales provinciales**. Considera que esto ha sido pasado por alto por el presentante fiscal en su dictamen y configura un error de fundamentación que lo invalida como **opinión vinculante**.

La defensa estima que el instituto previsto en el art. 30 del CPP haría posible su aplicación al caso en tratamiento, en tanto no imposibilita la suspensión del juicio a prueba para casos de delitos reprimidos con pena de prisión e inhabilitación en forma conjunta o alternativa.

Agrega que la Resolución 225/11 y el art. 76 bis no son aplicables por haber sido derogados por ley posterior. Asevera que la distinción entre delito con pena de inhabilitación y sin ella, teniendo presente

la falta de precepto legal que la prevea constituiría una desigualdad contraria a la CN. Entiende que justificar el dictamen fiscal en cuestiones de política criminal sin otro fundamento resulta insuficiente.

Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

A fs. 29/30 vta. el Procurador General contesta la vista que del recurso defensivo se le confiriera, y considera que debe rechazarse el recurso de casación por resultar sustancialmente improcedente, de conformidad con el art. 461 último párrafo del CPP.

Recuerda que esta regla debe ser utilizada en circunstancias puntuales como cuando el remedio procesal impetrado se base en doctrina adversa a la consolidada por el Tribunal Superior, sin ofrecer argumentos novedosos tendientes a modificar los criterios establecidos.

En este sentido, entiende que el conflicto relacionado con la pena de inhabilitación ha sido analizado ya en precedentes del este Supremo Tribunal y cita la jurisprudencia que entiende pertinente (LS 335:230; 336:019, entre otros).

Analiza los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y destaca el **fallo «Gregorchuk»** en el que expresamente se niega la procedencia del instituto de suspensión del juicio a prueba para los delitos en que se imponga pena de inhabilitación.

Por su parte, afirma que la remisión que efectúa el **art. 30 del CPP al art. 26 del CP** veda también la concesión del beneficio solicitado respecto de las penas de multa e inhabilitación.

Entiende que la modificación de la **ley 27.147** no cambia la situación de los delitos conminados con pena de inhabilitación.

En relación con la negativa fiscal asevera que no se puede comparar las razones de política criminal esgrimidas para delitos con pena de prisión y para los que poseen pena de inhabilitación.

Entiende que en este último caso se trata de la necesidad político criminal de realizar un juicio completo a los fines de esclarecer si el imputado se encuentra en condiciones de continuar desarrollando la actividad que requiere habilitación sin peligro para terceras personas, o si por el contrario corresponde su inhabilitación.

Recuerda que la expresa negativa fiscal en dictamen motivado posee carácter vinculante y obsta la procedencia del instituto de suspensión del juicio a prueba.

En consecuencia, entiende que debe rechazarse sustancialmente el planteo defensivo.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Del análisis de las constancias de la causa adelanto que corresponde anular la resolución del a quo en virtud de no ser factible el control de los fundamentos expuestos por las partes y el juez en la audiencia de suspensión del juicio a prueba debido a un problema técnico, como a continuación se expondrá.

En primer término, entiendo relevante mencionar que el sistema procesal previsto por **ley 9.040** produjo un cambio de paradigma en el que la oralidad tiene un lugar central, lo que puede advertirse de forma clara cuando se repasa la actual redacción de algunas de las normas que conforman la ley adjetiva.

Así, en el segmento destinado a regular **las «actas» (Libro I, título VI, capítulo 2 del CPP)** se conmina al juez a que «[s]iempre que se realice una audiencia oral o un acto procesal que sea registrado por video grabación con la presencia del Juez o del Fiscal o del Ayudante Fiscal o del Juez de Paz, dicho registro será prueba suficiente de su realización y certeza de lo ocurrido en ella» (**art. 147 primer párrafo del CPP, modificado por ley 9.040**).

A su vez el art. 155 del CPP modificado, tras conminar bajo sanción de nulidad el deber del tribunal de fundar las sentencias según las exigencias legales, a renglón seguido prevé que «[e]n las resoluciones adoptadas durante las audiencias orales los fundamentos constarán en el registro de audio, incorporándose a las actuaciones y, en su caso, al protocolo, salvo disposición expresa en contrario, debiendo firmarse según lo dispone el artículo siguiente», es decir, «[...]suscriptos o firmados digital o electrónicamente, salvo que no se hubiera implementado el sistema digital o electrónico en el tribunal correspondiente» (art. 156 del CPP texto según ley n° 9.040).

A ello debe agregarse que el art. 85 del cuerpo normativo de reforma asevera que «[t]odas las normas del Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza, deberán ser interpretadas en beneficio de lo dispuesto por la presente ley, asegurando la metodología de la audiencia oral, la registración en soporte digital, las notificaciones electrónicas, en lugar del procedimiento escrito y los expedientes».

Por lo tanto, y en cuanto tiene que ver con la actividad procesal destinada a dejar constancia de lo sucedido en el marco de un proceso penal ante un funcionario judicial, la regla actual es la digitalización de las audiencias orales como constancia válida y suficiente no sólo de su realización sino, además, de todo lo acontecido en ella.

Lo que provoca, en consecuencia, que la escritura como sistema quede prevista de manera residual. Bajo este paradigma, debe destacarse la vital importancia que cobra todo lo relativo a la organización y asistencia técnica de la audiencia debido a que el soporte audiovisual contiene los planteos de las partes y lo resuelto judicialmente con todos sus argumentos, que no queda registrado en ningún otro soporte.

De ello se desprende la gran responsabilidad que poseen quienes están encargados del control de su correcto funcionamiento por la implicancia trascendental que tendrá la registración para el proceso penal y el control de los actos que se desarrollen.

Ahora bien, en relación con el caso de autos debe resaltarse que para fecha 31 de julio del corriente año se requirió al Primer Juzgado Penal Colegiado de la Tercera Circunscripción y a su Administrador del Fuero Penal, Coordinador OGAP, que informaran respecto al estado del registro audiovisual de la audiencia de solicitud de suspensión del juicio a prueba y las relacionadas al recurso interpuesto, puesto que los registros audiovisuales que habían sido remitidos por link y luego por CD no permitían escuchar el contenido de la audiencia.

El día 26 de agosto pasado, el Administrador de Gestión en el Fuero Penal y Coordinador de la OGAP del Tribunal Penal Colegiado N° 1 de esa circunscripción puso en conocimiento que, luego de verificar el estado, se advertía «[...] que el audio correspondiente a la audiencia del día 26 de noviembre de 2016 en autos P-61.207/16 [...], se encuentra **sin sonido posiblemente debido a un error humano involuntario** al no haberse encendido la consola de micrófonos de la Sala de Audiencia [...]

En cuanto a las demás circunstancias pertinentes a la resolución del recurso de casación interpuesto en el caso P61.027/16, se hace saber que se ha emplazado a la Oficina de Gestión de Audiencias de la O.G.A.P. del Juzgado Penal Colegiado N°1, para que en el término de tres días presente informe de todas las circunstancias pertinentes en relación al Recurso de Casación interpuesto[...]» (ver fs. 45/52).

También se remitió copia del protocolo digital del auto n° 498 de la audiencia y del pedido de audiencia en sistema MP (ver fs. 55/59).

De esto surge que, debido a la cuestión antes referida al registro audiovisual de la audiencia en la que la defensa solicitó el instituto procesal de suspensión del juicio a prueba, se corrió vista al Ministerio Público Fiscal y, acto seguido, el Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Tercera Circunscripción rechazó la petición.

Debe destacarse que el auto resolutivo agregado al expediente dejó constancia únicamente de que «[c]orrída vista a la Sra. Representante del Ministerio fiscal manifestó su oposición, valorando las circunstancias de hecho y las directivas de la Procuración General.

III.- Puesto a resolver la cuestión planteada, por los fundamentos vertidos oralmente en la audiencia y que constan en soporte digital de videograbación que forman parte de este instrumento y a los que remito en homenaje a la brevedad (cfr. Arts. 147, 155, 359 y 417 quinquies y concs. del C.P.P.) la suscripta dictó la resolución cuya parte dispositiva se indica a continuación».

En consecuencia, no se encuentran disponibles para su control los argumentos expuestos por las partes en la audiencia ni los fundamentos que motivaron el rechazo de la petición defensiva.

Debo señalar que tanto la realización de la audiencia, registrada mediante soporte fílmico, y su descripción en el formulario de fs. 13, como también la resolución judicial escrita con expresa remisión a los argumentos expuestos en la audiencia, se adecuan al actual sistema acusatorio-adversarial implementado por ley n° 9040, en el que la oralidad tiene un lugar central en la consecución del proceso.

Sin embargo, por un defecto técnico los argumentos expuestos en la audiencia por las partes y la resolución dictada por el magistrado en ella no pueden ser controlados debido a que no quedó grabado el audio, lo que puede asimilarse a falta de fundamentación de la resolución.

Este defecto no ha podido ser subsanado de forma alguna por no haber quedado registrado en ningún soporte y conlleva, en consecuencia, la nulidad absoluta.

Así, esta falta de fundamentación que impide el control ciudadano puede vulnerar garantías constitucionales indisponibles como los derechos de defensa en juicio (art. 18 CN) y de acceso a una doble instancia (art. 8.2.h de la CADH y los precedentes «Casal» de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y «Herrera Ulloa v. Costa Rica» de la CorteIDH), garantías receptadas por los arts. 30 y 155, que imponen de forma expresa la sanción de nulidad.

En consecuencia, considero que, de conformidad con lo dispuesto por los arts. 155 y 30 del CPP, un impedimento de control de lo ocurrido en la audiencia como el observado en autos no resulta admisible, por lo que corresponde declarar su nulidad y ordenar que se realice nuevamente la audiencia en la que las partes puedan exponer sus pretensiones de forma fundada y se resuelva lo solicitado con exposición de los motivos que sustenten la decisión.

En virtud de lo expuesto, estimo que no corresponde expedirme sobre los agravios casatorios expresados en el recurso. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo y Dr. Adaro. Adhiere.

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

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado de la cuestión anterior, corresponde anular la audiencia llevada a cabo en fecha 26 de noviembre de 2018 y la resolución judicial dictada en consecuencia en la misma por el Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Tercera Circunscripción, en relación a la suspensión del juicio a prueba solicitada.

En virtud de ello, deberán remitirse los presentes al Juzgado Penal Colegiado N°1 de esa circunscripción, a fin de la que OGAP siga el trámite de ley de acuerdo al resultado aquí arribado y se realice nuevamente la audiencia relativa al pedido de suspensión del juicio a prueba y se resuelva lo solicitado (art. 486 del CPP). ASÍ VOTO.

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

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

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

SENTENCIA:

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

- 1.- Anular la audiencia llevada a cabo en fecha 26 de noviembre de 2018 y la resolución judicial dictada en consecuencia por Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Tercera Circunscripción Judicial (arts. 30 y 155 del CPP).
- 2.- Remitir las presentes actuaciones al Primer Tribunal Penal Colegiado de la Tercera Circunscripción, a fin de que la OGAP siga el trámite de ley, conforme al resultado aquí arribado, a efectos de que se realice un nuevo juicio (art. 486 CPP).
- 3.- Imponer las costas por su orden y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

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

7- FLORES GODOY. 24-06-20.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200624_FcFGC.pdf

Lex: Art. 89 en función de los arts. 92 y 80 inc. 1° y 11°, 149 bis 1° párrafo, 1° supuesto del CP. Ley 26485. CEDAW. Convención Belem Do Pará.

Vox: VG. Lesiones leves calificadas. Vínculo. Violencia de género. Concurso real. Amenazas simples. Revisión ex novo. Valoración de la prueba. Perspectiva de género. Amplitud probatoria.

Summa:

El TPC condenó al nombrado a la pena de **un año y dos meses de prisión de ejecución condicional** por considerarlo autor penalmente responsable de los delitos de lesiones leves calificadas por el vínculo y por mediar un contexto de violencia de género en concurso real con amenazas simples (art. 89 en función de los arts. 92 y 80 inc. 1° y 11°, 149 bis primer párrafo, primer supuesto del Código Penal).

La **defensa** interpone recurso de casación.

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

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 495, pronunciada por el TPC N° 1- 2° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Galdeano Reyes. 31-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180731_FcGRJ.pdf
- Merlo Lassa. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=243>
- Concha Jesús. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- Alaniz Pineira. 23-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=37>
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Ojeda Pérez: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>
- Brancelo Urbon. 05-03-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200305_FcBUD.pdf
- Di Cesare Morales. 26-06-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=156>
- Mejía Salvador. 10-09-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=197>
- LS 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177

Doctrina citada.

UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017

<https://www.unicef.org/argentina/media/1516/file/Perspectiva%20de%20g%C3%A9nero.pdf>

<https://www.unicef.org/argentina/informes/comunicaci%C3%B3n-infancia-y-adolescencia-guia-para-periodistas>

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

Fallo:

CUIJ: 13-04642190-0/1((028501-66211)) SOLICITUD AUDIENCIA DE ACUSACION EN AUTOS N° P/60608/18 CARATULADOS "FISCAL C/ F. G. C. D. P/ LESIONES AGRAVADAS P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104726100*

En Mendoza, a los veinticuatro días del mes de junio del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N°13-04642190-0/1, caratulada "F. C/ F. G., C. D. P/ LESIONES AGRAVADAS S/ CASACIÓN".

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

La defensa de C.D.F.G. interpone recurso de casación (fs. 101/109) contra la Sentencia N° 495 (fs. 80 y vta.) y sus fundamentos (fs. 88/91 y vta.), mediante la cual se condenó al nombrado a la pena de un año y dos meses de prisión de ejecución condicional por considerarlo autor penalmente responsable de los delitos de lesiones leves calificadas por el vínculo y por mediar un contexto de violencia de género en concurso real con amenazas simples (art. 89 en función de los arts. 92 y 80 inc. 1° y 11°, 149 bis primer párrafo, primer supuesto del Código Penal) en la causa n° P-66211/18.

El pronunciamiento fue dictado por el Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Segunda Circunscripción Judicial. De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

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

1.- Sentencia Recurrída

El tribunal sentenciante tuvo por probado que «el día 30 de julio de 2018, sin poder precisar horario exacto pero que podría comprenderse alrededor de la hora 23:00, el ahora imputado C.D.F.G, quien ejercía violencia económica, moral, psicológica y física contra su esposa D.G.R.L. (quienes se encontraban separados de hecho hacían dos meses a la fecha) se hizo presente en el domicilio de ésta, sito en calle... y previo invitarla a tomar un helado, se dirigieron junto a la hija de la denunciante, E., hasta la heladería que gira bajo la razón social "Grido", sita en ..., donde al terminar de tomar el helado se dirigieron nuevamente en el automóvil del imputado, ..., al domicilio de la víctima, donde en un momento dado el imputado comienza a insultar a la víctima, manifestándole "te voy a matar, hija de puta, a vos y a tu hija, y también voy a matar al papá de tu hija culiada", saliendo todos a bordo del rodado por ...con dirección cardinal oeste, para posteriormente girar por calle ... al norte, hasta calle ... y desde ésta girando hacia el este por calle ..., insultando y forcejeando en todo momento el imputado con la víctima, mientras se desplazaba a gran velocidad, mientras F. intentaba quitarle la cartera con intención de que la víctima le hiciera entrega del celular, que luego de arribar al domicilio, R. bajó rápidamente del vehículo a su hija E., momento en que el ahora imputado, puso nuevamente en movimiento el vehículo, arrastrando a la víctima por unos metros donde ésta cayó al asfalto produciéndole las siguientes lesiones, excoriocontusión en la palma de ambas manos, excoriación en rodilla derecha, y herida en cara interna del labio inferior izquierdo».

Para así decidir el tribunal de sentencia valoró, entre los elementos más importantes, la declaración del imputado F.R., las declaraciones testimoniales de D.G.R.L., de Z.E.L.C., de L.A.R.L. y de la menor E.R.,

mediante el sistema de Cámara Gesell, el informe del examen médico realizado a la víctima por el Cuerpo Médico Forense, el examen psicológico y psiquiátrico realizado a la víctima.

2.- Recurso de casación

Los motivos de impugnación de la defensa se enmarcan en las disposiciones del art. 474 inc. 2° del Código Penal.

Estima que la sentencia condenatoria se apartó de las reglas de la sana crítica racional, toda vez que, a su entender, la correcta interpretación del plexo probatorio traería aparejada el dictado de una sentencia absolutoria, atento a que debe ponderarse por sobre la duda el principio de inocencia del imputado. Por lo que considera que se ha arribado a una sentencia condenatoria sólo con escasos indicios de autoría, sin tener certeza objetiva.

a.- Sostiene que el juez sentenciante realizó una incorrecta valoración de la prueba apartándose de la regla de la sana crítica racional, resultando, a su entender, la mecánica del accidente un elemento probatorio indispensable y trascendental que modificaría la imputación formal con directa implicancia en la sentencia condenatoria que le causó al imputado un gravamen irreparable.

Estima que el relato del imputado es auténtico al mencionar que procedió con descuido al momento de poner en marcha el rodado, atento a que se encontraban discutiendo ofuscadamente, situación que provocó que C.D.F.G no realizara una observación adecuada antes de realizar las maniobras para salir del lugar.

Por lo que, según su entender, tal situación coloca a la conducta del imputado en el plano de la culpa y no en un contexto de violencia de género con dolo directo, tal como surgió en los fundamentos de la sentencia al tener en cuenta la declaración de la denunciante.

Agrega que conforme surge de la experiencia y la lógica si la víctima se hubiere encontrado en el interior del rodado, su cuerpo hubiese quedado allí o habría caído a la carpeta asfáltica en el instante en que el imputado puso en marcha el vehículo.

Además advierte que, en caso de ser cierto lo manifestado por la víctima, en cuanto a que salió corriendo cierta cantidad de metros a la par del vehículo que circulaba a excesiva velocidad, presentaría lesiones gravísimas, por encontrarse su pies descalzos y sus rodillas en pleno contacto con la carpeta asfáltica, generándole por ejemplo fracturas expuestas, desprendimiento muscular o desgarramiento de la piel, y no lesiones leves en rodilla derecha, en ambas manos y en labio inferior izquierdo.

Así, refiere que las lesiones leves acreditadas en el cuerpo de la víctima resultan compatible con una mecánica del accidente en donde el conductor puso en marcha y detuvo al instante el movimiento del rodado, habiendo circulado escasos centímetros en el lugar al advertir la caída de la mujer.

b.- Critica la decisión del juez sentenciante al considerar que en el caso de autos existió en la víctima indicadores compatibles con violencia de género y, múltiples indicios de pruebas que marcaban victimización y sometimiento, lo que no entiende probado adecuadamente en debate oral.

Al respecto considera que el a quo le restó valor probatorio al examen psicológico de la Dra. Dardanelli (fs. 45 de los autos P-66211/18, de fecha 16 de agosto de 2018) en relación al examen psiquiátrico efectuado por el Dr. Habijan (fs. 107 de los autos P-60608/18, de fecha 3 de agosto de 2018).

Señala que el examen psicológico de la Dra. Dardanelli surgió, a diferencia del resultado del examen del Dr. Habijan, que la víctima no presentaba indicadores emocionales y/o conductuales compatibles con violencia de género.

Así, el recurrente sostiene que lo ocurrido en fecha 30 de julio de 2018 fue un conflicto matrimonial aislado con un desencadenante de lesiones por negligencia e imprudencia en el manejo del automotor por parte del imputado.

Respecto a los indicadores de credibilidad en el relato de la denunciante, el recurrente argumenta que el Dr. Habijan le confirió credibilidad, en cambio la Dra. Dardanelli dijo que no existían criterios científicos para establecer la credibilidad en el discurso en adultos.

En efecto, sostiene que lógicamente la víctima se encontraba al momento del examen cursando el núcleo o foco del conflicto matrimonial, por lo que su ánimo inicialmente sería compatible con un supuesto sometimiento por parte del imputado pero, sin embargo, aclara que al momento de dictar sentencia deben existir elementos de convicción suficiente, y no simples indicios o dichos de la víctima en relación a los supuestos hechos acaecidos, como ocurrió en autos.

Agrega que del examen psicológico de la Dra. Dardanelli no surgió claramente la confirmación de los hechos que formaron parte de la plataforma fáctica de la pieza acusatoria. Asimismo el recurrente manifiesta que el juez sentenciante confundió el pedido de perdón del imputado con prueba indiciaria de autoría material.

Considera que lógicamente quien efectúa un daño en condiciones subjetivas culposas, por una cuestión de humanidad, debe pedir perdón por lo ocurrido, situación que el a quo lo interpretó como indicio eficiente de una culpabilidad pero en el ámbito del dolo directo.

c.- Se agravia también el recurrente en tanto considera que el tribunal sentenciante **sobrevaloró el informe psiquiátrico del imputado**, asignándole el rango de prueba de cargo apartándose de las reglas de la sana crítica racional.

Sostiene que ese examen adolece de la totalidad de las técnicas necesarias para reconocer eficientemente si las conductas denunciadas se corresponden con la verdadera personalidad del autor, y que de esta manera se confirme la hipótesis delictiva.

En efecto, argumenta que C.D.F.G al momento de la realización del informe, se encontraba privado de su libertad. Agrega que era una persona que realizaba su tarea diaria en el cuerpo de la Policía de Mendoza, gozando de buena reputación, por lo que entiende que al verse privado de su libertad su estado de ánimo no sería el normal de todos los días, por lo que lógicamente se encontraba ofuscado y muy afectado por la denuncia calumniosa de la víctima.

Argumenta que la realización de informes psicológicos al momento del conflicto puede generar conceptos erróneos o confusos con el normal desempeño diario del examinado.

Conforme a ello, el recurrente estima que el informe psicológico efectuado solamente satisfizo los requisitos mínimos a fin de determinar si existen en la persona del imputado causales de inimputabilidad conforme lo establece el art. 34 del CP, pero no la realización de una verdadera actividad pericial psicológica/psiquiátrica para verificar si efectivamente el imputado padece tendencias a la impulsividad.

d.- **Respecto al testimonio de la menor E.R.**, el recurrente considera que el juez sentenciante sobrevaloró sus dichos receptados en Cámara Gesell.

Entiende que su relato **carece de credibilidad y sustento lógico** que acredite la realización de actos típicos conforme la pieza acusatoria.

Estima en este sentido que el relato de la **menor es contradictorio** y no situado en tiempo y espacio. Asimismo, argumenta que la menor manifestó en Cámara Gesell que vio a la madre correr rápido al lado del auto para no caer, por lo que el recurrente considera que resulta improbable, conforme la mecánica del accidente, que D.R. hubiese realizado tal actividad y seguir arriba del vehículo o colgada del parante

de la puerta sin caer al piso, lo que según su entender, evidencia un relato posiblemente “armado” por su madre.

Además el recurrente hace referencia que la menor mencionó que el acusado era malo, que le pegaba a su madre y que le decía “tonta”, por lo que considera que este es un término inexplicable e inentendible en los casos donde existe por parte del varón violencia de género, atento a que los menores escuchan otro tipo de vocabulario descalificante como insultos de grueso calibre hacia la mujer. Hace expresa reserva del caso federal.

3.- Dictamen del Señor Procurador General

El Procurador General considera que debe rechazarse el recurso de casación interpuesto.

Sostiene que la defensa pretende una **revisión ex novo** de lo que ya ha sido tratado en el debate y sometido a la contradicción de acusación y defensa.

Argumenta que la sola reiteración de la posición defensiva, no alcanza para romper el cuadro probatorio e indiciario colectado por la investigación y relevado por el tribunal a quo en el debate y plasmado en la sentencia.

Entiende que la valoración de las pruebas e indicios se efectuó bajo las reglas de la sana crítica racional.

4.- La solución

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso de casación formulado considero, por los motivos que a continuación se exponen, que no corresponde hacerle lugar. En efecto, estimo que la motivación cuestionada es suficiente para mantener el dictum como acto jurisdiccional válido, en tanto no adolece de falencias que impliquen su anulación.

Ello a tenor de la jurisprudencia reiterada de esta Sala que ha establecido que, para que los defectos en la fundamentación conlleven tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (conf. LS. 186-427, 153-011, 354-218, 392-094 y 397-177, entre otros); lo que en la especie no ocurre.

a.- Consideraciones generales sobre la valoración probatoria con perspectiva de género

En primer lugar debe señalarse, que el sentenciante al momento de resolver asumió una perspectiva integral en relación a los criterios de valoración señalados en la Ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollan sus relaciones interpersonales. En este sentido debo señalar que sobre esta cuestión tuve ocasión de pronunciarme en diversos precedentes (“**Cruz Caporiccio**”, “**Merlo Lassa**”; “**Quiroga Morales**”; “**Ojeda Pérez**”; “**Vázquez Tumbarello**”; “**Brancello Urbón**”; entre otros).

En especial en “**Ojeda Pérez**” sostuve que «... comparto que aquella concepción según la cual la perspectiva o visión de género es una “categoría analítica que toma los estudios que surgen desde las diferentes vertientes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma, cuestionar los estereotipos y elaborar nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad al servicio de la igualdad y la equidad” (UNICEF, “**Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas**”, Buenos Aires, 2017).

Destaco la idea de igualdad contenido en la definición en tanto se encuentra no sólo consagrada expresamente en el texto constitucional (art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza), sino, también, en el ámbito de la normativa internacional. Así, entre otros, la “Convención Interamericana para prevenir,

sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” -Belem Do Pará-, garantiza que toda mujer tiene “el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley” (art. 4, inc. “f”).

Sostuve también en esa ocasión que «... en nuestro ordenamiento interno, la ley nacional 26.485 es una norma orientada pura y exclusivamente a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las "mujeres". En tal sentido, entre sus objetivos primordiales, el propio texto promueve y garantiza “la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida”, “el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia”, “las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos”, como también, “la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres” (art 2, inc. a, b, c y e respectivamente)».

Así, «... ese texto normativo vino a imponer un **verdadero “deber jurídico”** para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas. Sus destinatarios directos son aquellos sujetos que integran los órganos decisores en el marco de los procesos judiciales penales, ya sea por el lado de quienes resultan facultados para disponer sobre el curso de investigación, como también, respecto de quienes son los encargados de su juzgamiento».

Ese deber jurídico no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley. Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que «los organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativos, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional ... los siguientes derechos y garantías: i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son su naturales testigos ...» (**art. 16**)».

Ahora bien, «... además de ese deber genérico, ya en el terreno que resulta propio a la actuación de los órganos de justicia dentro de los procedimientos jurisdiccionales penales, el texto legal contiene dos normas que consagran lineamientos funcionales para los operadores del sistema de administración de justicia en el abordaje de la problemática de género. En consonancia con el sistema de protección integral, se consagra el principio de «amplia libertad probatoria» para tener por acreditados “los hechos denunciados, evaluándose las pruebas ofrecidas de acuerdo con el principio de la sana crítica. Se considerarán las presunciones que contribuyan a la demostración de los hechos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes” (**art 31**)».

De tal manera «... el texto legal vigente [ley 26.485] no introduce un nuevo método de valoración probatoria para los casos de violencia de género, puesto que siempre la prueba debe valorarse conforme al sistema de la sana crítica racional (art. 206 y 409 del CPP).

A mi modo de ver, la imposición de un método de valoración de la prueba como herramienta obligatoria para el abordaje de esta problemática, se justifica ante la necesidad de evitar que los órganos jurisdiccionales decisores puedan apartarse en la adopción de decisiones, del contexto fáctico que es propio a este género de conductas delictivas».

Así, «... el acierto de la ley consistió en establecer, en forma igualitaria, un método de valoración que evite la discriminación que en ocasiones ocurría por prácticas derivadas de la cultura jurídica patriarcal inquisitiva, que se transformaron en consuetudinarias, y que era necesario erradicar.

Repárese que es la propia Convención Belem Do Pará donde se fija, como un deber de los Estados el “tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes

y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer” (art. 7, inc. “e”).

Ello no resulta novedoso para la labor jurisdiccional en razón que «... siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba –objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento.

Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto. Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas».

Conforme a lo expresado «... es el contexto en el que se inserta el hecho delictivo el que viene a determinar el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio. Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres el testimonio de la víctima ostenta un valor fundamental en la comprobación de los extremos de una imputación delictiva, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la responsabilidad penal derivada del mismo».

De tal manera «... uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo. A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables».

De no proceder de esta manera estaríamos recreando la sociedad estamental –con características propias– del Estado premoderno, lo que implicaría una vulneración del principio de igualdad –consagrado en el art. 16 de la CN y 7 de la CM–, el que, a su vez, constituye uno de los pilares de la República Federal. A lo señalado debe sumarse, tal como destacué en el **precedente «Vázquez Tumbarello»**, la relevancia de la ley 27.499, denominada «Ley Micaela», en tanto dispuso la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra la mujer para todas las personas que desempeñen la función pública, en cumplimiento del objetivo señalado.

En coincidencia con aquella normativa la Acordada n° 29.318 de esta Suprema Corte de Justicia, y su anexo «Programa de capacitación permanente para la incorporación de la perspectiva de género en el marco de la Suprema Corte de Justicia». Así, con fundamento en el principio de igualdad y la consecuente prohibición de discriminación, se dispusieron una serie de acciones concretas para asegurar la «igualdad real» de las mujeres en sus relaciones interpersonales.

En conclusión, entiendo que la trascendencia de la ley 26.485 radica no en conformar un estatus jurídico distinto aplicable a la mujer, sino que mediante la capacitación dirigida a los funcionarios públicos y, en lo que aquí interesa, a funcionarios y magistrados del poder judicial, se otorgue una perspectiva para valorar los elementos probatorios bajo el prisma de la igualdad consagrada en la normativa nacional. Ella debe estar despojada de estereotipos y prácticas relacionadas con la cultura jurídica patriarcal-inquisitiva, plasmada en usos y costumbres que importaron, e importan, prácticas que impiden poner en contexto los medios convictivos al momento de su ponderación. Estas consideraciones, como adelanté, las entiendo plenamente aplicables al caso por cuanto nos encontramos frente a un supuesto de violencia de género en donde el tribunal de instancia anterior ha tenido en cuenta los parámetros antes referidos al

momento de la ponderación de los elementos de prueba obrantes en la causa. En función de las pautas señaladas es que analizaré las impugnaciones formuladas en la presente causa.

b.- Acerca de los cuestionamientos realizados por la defensa a la valoración probatoria realizada por el juez de sentencia y al modo de fundamentar su decisión.

b.1.- Con respecto al agravio referido a la autenticidad del relato del imputado en cuanto a que procedió con descuido al poner en marcha el vehículo, resultando su conducta culposa y no dolosa, el tribunal sentenciante, en razonamiento que comparto, argumentó que sus manifestaciones durante el debate carecieron de toda entidad convictiva, resultando inconsistente e incoherente sus explicaciones al respecto.

Por lo tanto, considero que el referido agravio debe ser rechazado, atento a que advierto que los argumentos defensivos son una mera discrepancia con la labor intelectual del tribunal de juicio en la fundamentación del fallo, carentes de sustento probatorio y de entidad suficiente para revertir su argumentación.

Asimismo, se advierte que el testimonio de la víctima, a quien el tribunal sentenciante le otorgó plena eficacia probatoria atento a que su relato se mantuvo inalterable en cuanto a las circunstancias esenciales de tiempo, modo, lugar y personas, tiene sustento en los dichos de **su hija menor de edad E. R. – receptados mediante Cámara Gesell–, testigo presencial del hecho**, y también en los dichos de su madre y hermano, quienes asistieron a la víctima luego del episodio, constatando su estado físico y psíquico. A su vez, estos testimonios fueron respaldados por el examen físico realizado a la víctima por el Cuerpo Médico Forense, en el que constató las lesiones sufridas – excoriocontusión en la palma de ambos manos, excoriación cara anterior rodilla derecha, pequeña herida contusa en cara interna de labio inferior lado izquierdo, las que son compatible con su relato–, y por los exámenes psíquicos (informe de valoración de riesgo del EPI e informe psiquiátrico realizado por el Dr. Habijan) del que surgía la presencia de indicadores de violencia de género física y psíquica desplegada por el acusado hacia la denunciante. Por consiguiente, considero que no le asiste razón al recurrente al poner en duda la versión de la víctima en cuanto a la mecánica del hecho.

Por el contrario, estimo que esa versión coincide con la modalidad de comisión de los hechos y con la participación del imputado.

b.2.- En cuanto a que el tribunal a quo le restó valor probatorio al **examen psicológico de la Dra. Dardanelli**, en el que constató que D. R. no presentaba indicadores emocionales y/o conductuales compatibles con violencia de género, estimo que tal agravio debe ser rechazado.

Ello en tanto el sentenciante, luego de valorar el plexo probatorio –entre los que se encontraba el examen psiquiátrico de la víctima realizado por el Dr. Habijan– concluyó que existió una relación desigual de poder entre el imputado y la víctima por su condición de mujer, existiendo en la denunciante indicadores psicológicos/psiquiátricos de ser víctima de violencia de género.

Es de resaltar que, el juez de sentencia encontró acreditado que D.R. era víctima de violencia de género no sólo por el resultado del examen del Dr. Habijan sino, además, de la valoración de las constancias del expediente tutelar del Segundo Juzgado de Familia de San Rafael, autos n° 280/18/2F, en el que se había dispuesto contra C.D.F.G una medida de prohibición de acercamiento a favor de D.R..

En suma, las pruebas señaladas son demostrativas de la existencia de victimización en la denunciante. En efecto, estimo que lo ocurrido en autos no es un conflicto matrimonial aislado, como lo sostiene el recurrente, sino por el contrario, según los dichos de la víctima, existieron diversos episodios de violencia física, psicológica y verbal por parte del imputado, lo que lleva a tener por cierta la acusación formulada.

b.3.- También debe ser rechazado el agravio referido a criticar la pericia psiquiátrica realizada al imputado por el Médico Psiquiatra del Cuerpo Médico Forense (fs. 109, autos n° P-60608/18), atento a que se trata de una opinión personal por parte del recurrente sin sustento en pericia técnica alguna.

En efecto, la impugnación a una pericia psiquiátrica debe realizarse en el momento oportuno y mediante la opinión de un profesional especializado en la materia, lo que en autos no ocurrió.

En tal inteligencia, considero que la pretensión defensiva no tiene ninguna apoyatura en datos objetivos, así como tampoco tiene sustento en la realidad probatoria de la causa, por lo que estimo que sólo puede ser sostenida como estrategia defensiva.

b.4.- Por último, respecto al agravio referido a la falta de credibilidad en el relato de E. R., advierto que tal circunstancia también representa afirmaciones personales del recurrente en relación a la valoración del material probatorio, carentes de sustento probatorio.

Por consiguiente, estimo que el aludido agravio debe ser rechazado, en tanto en los fundamentos el sentenciante argumentó que el testimonio de la menor resultó creíble a criterio de los profesionales del Cuerpo Auxiliar Interdisciplinario y, además, se corresponde con el testimonio de su madre y con los elementos objetivos agregados a la causa, como por ejemplo, la constatación de las lesiones. Advierto que el recurrente pretende una nueva revisión de todo lo que fue tratado en el debate y sometido a la contradicción de acusación y defensa sin lograr desvirtuar adecuadamente el razonamiento del tribunal interviniente.

Así, la reiteración de la estrategia defensiva no alcanza para romper el cuadro probatorio colectado y valorado en la sentencia, en tanto el tribunal a quo realizó la valoración de las pruebas bajo las reglas de la sana crítica racional, cuyo apartamiento el quejoso no ha demostrado. Por lo tanto se confirma la validez de la sentencia condenatoria.

Por todo lo expuesto, y oído el Procurador General, corresponde no hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la Defensa de C.D.F.G ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Comparto la solución a la que llega mi distinguido colega de Sala y en lo referente a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria con perspectiva de género entiendo oportuno remitirme a lo señalado en los precedentes **«Mejía, Salvador»** y **«Di Césare Morales»**, los que entiendo aplicables al presente caso. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere ampliatorio.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Comparto los fundamentos por los cuales el voto preopinante considera que corresponde desestimar los agravios esgrimidos por la defensa de C.D.F.G. En especial, adhiero a las consideraciones realizadas en torno a la valoración de los elementos de prueba en hechos acontecidos en un contexto de violencia de género, a los que ya me he referido en numerosos pronunciamientos (ver **«Galdeano Reyes»**, **«Merlo Lassa»**, **«Concha, Jesús»**, **«Alaniz Pineira»**, entre otros).

En esta última oportunidad señalé en relación a la valoración de los elementos de prueba en función de la perspectiva de género que «[...] que para juzgar los conflictos en los cuales las mujeres son víctimas de violencia en sus distintas manifestaciones, hay que partir de aceptar que la realidad se encuentra polarizada en torno a patrones de dominación masculina que reproducen la discriminación en los distintos ámbitos en donde la mujer desarrolla sus relaciones interpersonales».

Destaqué también que «[...] los distintos operadores del derecho, tanto en la recaudación de elementos probatorios como al momento de valorarlos, deben orientar también su labor a detectar las circunstancias

estructurales que perpetúan la violencia estructural contra las mujeres con el fin de imprimir en su análisis una perspectiva de género».

En este sentido, señalé en el **precedente «Galdeano Reyes»** que «[...] no puedo dejar de soslayar que analizamos una **problemática compleja** que afecta un colectivo de personas en situación de vulnerabilidad que, por distintas circunstancias o factores, se ven privadas del pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales.

Los problemas derivados de esta especial situación de vulnerabilidad, así, exceden un abordaje meramente jurídico en tanto se trata de una problemática compleja que atraviesa y debe ser atendida, comprendida y abordada desde conocimientos interdisciplinarios.

Por ello, el administrador de justicia al valorar elementos probatorios –particularmente pero no exclusivamente en la esfera penal– debe ponderar los patrones socioculturales y estereotipos sobre los que se construye esta problemática, a fin de tener una verdadera comprensión del fenómeno de violencia de género y, de esta manera, poder lograr desde el Derecho aportar soluciones que contribuyan a atacar el flagelo de la violencia y trabajar en pos de la igualdad de género».

En definitiva, estimo que el Tribunal de instancia anterior aplicó en forma satisfactoria las pautas reseñadas, pues para considerar acreditados los hechos constitutivos de la agresión sufrida por la víctima ponderó los elementos de juicio incorporados legítimamente al debate bajo los parámetros de valoración que impone la temática en estudio. ASÍ VOTO.

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

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

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

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

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de C.D.F.G.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva federal efectuada.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al Tribunal de origen, a sus efectos.

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

8- DONADEL TOBARES. 24-06-20.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200624_FcDonadel.pdf

Lex: Art. 94 en función con el art. 90, 84, 2° párrafo del CP. Art. 155, 416 inc. 4°, 198 del CPP.

Vox: Lesiones graves culposas. Nulidad del debate, sentencia y fundamentos.

Summa:

El JPC condenó al señalado a la pena de **un año de prisión con los beneficios de la condenación condicional y dos años de inhabilitación especial** para conducir vehículos automotores como autor del delito de lesiones culposas graves (art. 94 en función con el art. 90, 84, 2° párrafo del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación.

El **Procurador General** se expide por la **procedencia del remedio casatorio intentado**.

La **SCJM** resolvió hacer lugar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Donadel Tobares y en consecuencia anular el debate efectuado, la sentencia y sus fundamentos.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 3720, pronunciada por el JPC N° 1-3° CJ.

Precedentes citados

a-CSJN

- Fallos: 321:89
- Fallos 319:722

Parágrafos destacados.

“Entiendo oportuno recordar que la Corte Federal, en relación a la motivación de las sentencias ha sostenido que «[d]eben descalificarse las decisiones que se basan en aserciones meramente dogmáticas carentes de respaldo probatorio y sin fundamento en elemento de juicio alguno toda vez que la garantía de defensa en juicio comprende tanto la posibilidad de ofrecer y producir pruebas como la de obtener una sentencia que sea derivación razonada del derecho vigente con relación a los hechos demostrados en el proceso» (**Fallos: 321:89**). ...En este mismo sentido ha referido que «[e]s arbitraria la sentencia que no cumple con el requisito de debida fundamentación exigible en las decisiones judiciales, y sólo satisface en forma aparente la exigencia de constituir una derivación razonada del derecho vigente, aplicable a los hechos concretos de la causa» (**Fallos 319:722**). “

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

Fallo:

CUIJ: 13-04959858-5/1((038501-32455)) RECURSO DE CASACION EN P-32455/17 FC/ DONADEL TOBARES JOSE NELSON P/ LESIONES GRAVES CULPOSAS (32455) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105129615*

En Mendoza, a los veinticuatro días del mes de junio del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04959858-5/1 caratulada "F. C./ DONADEL TOBARES, JOSÉ NELSON P/ LESIONES GRAVES CULPOSAS S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en 22audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

La defensa particular de José Nelson Donadel Tobares interpone recurso de casación contra la Sentencia N° 3720 que condenó al nombrado a la pena de un año de prisión con los beneficios de la condenación condicional y dos años de inhabilitación especial para conducir vehículos automotores como autor del delito de lesiones culposas graves (art. 94 en función con el art. 90, 84, 2° párrafo del CP); fallo pronunciado por el Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Tercera Circunscripción Judicial.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

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

1.- Sentencia recurrida

El tribunal ha tenido por acreditado que el día 15 de abril de 2017, aproximadamente a las 9:40 horas, José Nelson Donadel Tobares, circulaba a bordo de su automóvil Ford Ka, dominio FMW-510, por la calle Tomás Thomas de oeste a este. Al llegar a la intersección con carril Montecaseros, departamento de San Martín, Mendoza, giró hacia el norte por dicha arteria y mediante una maniobra imprudente invadió el carril Tomás Thomas por el que se dirigía en dirección de marcha de este a oeste la motocicleta Maverik 125 cc, dominio 792 IVW. Esta era conducida por Darío Sebastián Constantini Garabaglia acompañado de Mónica Beatriz Tagliaferro Garabaglia. Así colisionó con su sector frontal izquierdo al rodado menor en el sector anterior lateral izquierdo ocasionándole a Darío Sebastián Constantini fractura cerrada de tibia y peroné izquierdo y luxación de hombro izquierdo. El tiempo probable de curación e incapacidad laboral mayor a un mes salvo complicaciones sin peligro de vida, mientras que a Mónica Beatriz Garabaglia Tagliaferro le produjo traumatismo y fractura de muñeca izquierda.

2.- Recurso de casación

El recurso se interpone al amparo del art. 474 inc. 2° del CPP por entender que la sentencia impugnada adolece de vicios in procedendo que la invalidan como acto jurisdiccional legítimo.

El defensor entiende, en tal sentido que, el a quo **no ofrece razones**, ni menciona los elementos probatorios incorporados en autos, y tampoco ha realizado un análisis lógico de cada medio de prueba.

Considera que, conforme a la prueba rendida, y en caso de haberse valorado por parte del juzgador, aquélla conforme la sana crítica racional no hay ningún elemento de prueba que acredite, de forma indubitable y con el grado de certeza suficiente, que las lesiones graves acreditadas en autos, sean producto de la responsabilidad penal del imputado. Formula reserva de caso federal.

3.- Dictamen del Procurador General

A fs. 19/20 vta., el Procurador contesta la vista de ley conferida y se expide por la **procedencia del remedio casatorio intentado**.

En tal sentido y conforme surge de la reproducción del audio y video correspondiente al video desarrollado del debate, advierte que el juez de anterior instancia **no efectuó una apropiada valoración de las pruebas producidas en el mismo**, ni de las debidamente incorporadas.

Por este motivo, entiende que debe hacerse lugar al recurso promovido por la defensa del acusado y, en consecuencia anularse la sentencia cuestionada.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Por diversos motivos considero que el recurso de casación formulado por la defensa del acusado debe prosperar. Paso a explicarlo.

Tal como surge de las constancias del registro audiovisual del legajo, el juzgador brindó los fundamentos en forma oral y es entonces sobre esa base que se realizará el control instado a través del recurso de casación articulado.

En el caso concreto considero que la fundamentación del fallo impugnado no se adecua a las exigencias establecidas por la ley de procedimiento, como garantía de la defensa en juicio, del debido proceso y de la posibilidad de control de las decisiones jurisdiccionales. Ello conduce a la anulación del fallo, a tenor de lo normado por los **arts. 155 y 416, inc. 4 del CPP**.

Entiendo oportuno recordar que la Corte Federal, en relación a la motivación de las sentencias ha sostenido que «[d]eben descalificarse las decisiones que se basan en aserciones meramente dogmáticas carentes de respaldo probatorio y sin fundamento en elemento de juicio alguno toda vez que la garantía de defensa en juicio comprende tanto la posibilidad de ofrecer y producir pruebas como la de obtener una sentencia que sea derivación razonada del derecho vigente con relación a los hechos demostrados en el proceso» (**Fallos: 321:89**).

En este mismo sentido ha referido que «[e]s arbitraria la sentencia que no cumple con el requisito de debida fundamentación exigible en las decisiones judiciales, y sólo satisface en forma aparente la exigencia de constituir una derivación razonada del derecho vigente, aplicable a los hechos concretos de la causa» (**Fallos 319:722**).

En base en estas pautas, advierto que, en el caso bajo estudio, la motivación cuestionada no cumple con los recaudos necesarios para constituir, desde su forma y contenido, un acto jurisdiccional válido.

La conclusión precedente surge con nitidez de las constancias de audio y video acompañadas, donde se observa que el magistrado sentenciante, mediante una confusa exposición oral, pretende, pero no logra explicar en virtud de qué elementos probatorios tiene por acreditada la participación del imputado en el hecho objeto del proceso.

En efecto, el a quo funda su decisión analizando los argumentos brindados por el Fiscal de Cámara, al mantener su acusación durante el debate oral y público.

Sin embargo, el análisis pretendido no sólo no ha sido efectuado de un modo comprensible, puesto que no sigue un orden lógico, sino que habla de la inexistencia de compensación de culpas, que la conducta del imputado en el caso concreto es «negligente imprudente» y que, en definitiva, hay certeza respecto de la acreditación del hecho y de la responsabilidad penal de imputado, sin especificar adecuadamente los elementos probatorios en los que los sustenta la acreditación del hecho como la responsabilidad del encartado.

Así la argumentación del sentenciante no hace referencia a ningún elemento de prueba, por lo que no existe claridad respecto del grado de convicción que condujo al juzgador a tomar la decisión condenatoria. En el caso concreto, advierto que ese último recaudo no se verifica sino que, por el contrario, resulta evidente la ausencia de fundamentación que pone de manifiesto los vicios denunciados por el recurrente y que poseen entidad suficiente para llevar a su anulación.

Ello de conformidad a lo dispuesto por los **arts. 155 y 416 inc. 4° del CPP**, en tanto una ausencia de fundamentación como la observada en la resolución devenida en crisis no resulta admisible, por lo que entiendo que resulta nula de nulidad absoluta.

Por tales razones y opinión concordante del señor Procurador General, doy respuesta afirmativa a la primera cuestión propuesta en el acuerdo que lidero. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio y Dr. Palermo. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: De conformidad a lo votado en la cuestión anterior, corresponde **anular el debate efectuado, la sentencia de N° 3720 y sus fundamentos**. En consecuencia, deberán remitirse los presentes al Primer Juzgado Penal Colegiado de la Tercera Circunscripción Judicial, a fin de que la OGAP siga el trámite de ley, conforme al resultado aquí arribado, a efectos de que se realice un nuevo juicio (art. 486 C.P.P.). ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

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

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

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

SENTENCIA:

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

- 1.- Hacer lugar el recurso de casación interpuesto a fs. 1/8 por la defensa de José Nelson Donadel Tobares y en consecuencia anular el debate efectuado, la sentencia de N° 3720 sus fundamentos.
- 2.- Remitir las presentes actuaciones al Primer Juzgado Penal Colegiado de la Tercera Circunscripción Judicial fin de que la OGAP siga el trámite de ley, conforme al resultado aquí arribado, a efectos de que se realice un nuevo juicio (art. 486 C.P.P.).
- 3.- Imponer las costas a la vencida y diferir para su oportunidad la regulación de los honorarios profesionales.

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

9- GOMEZ. 01-07-20.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200701_FcGAW.pdf

Lex: Art. 92 en función del art. 90 y 80 inc. 1° y 11°, art. 55 y art. 239 CP. Art. 206 del CPP. Ley 26485. CEDAW. Belem Do Pará. 100 Reglas de Brasilia.

Vox: VG. Lesiones graves dolosas doblemente agravadas. Vínculo. Violencia de género. Concurso real. Desobediencia a la autoridad. Amplitud probatoria. Dolo de lesión. Dolo homicida.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **cuatro años de prisión** como autor del delito de lesiones graves dolosas doblemente agravadas por el vínculo y por mediar violencia de género en concurso real con desobediencia a la autoridad (artículos 92 en función del art. 90 y 80 inc. 1° y 11°, art. 55 y art. 239 del C. Penal).

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 del CPP)

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

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 719, pronunciada por el TPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Concha Jesús. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- Merlo Lassa. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=243>
- Alaniz Pineira. 23-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=37>
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Ojeda Pérez: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>
- Brancelo Urbon. 05-03-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200305_FcBUD.pdf
- Di Cesare Morales. 26-06-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=156>
- Mejía Salvador. 10-09-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=197>

b-CIDH

- Bámaca Velásquez vs. Guatemala.31-01-06:
https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=244

Doctrina citada.

UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017

<https://www.unicef.org/argentina/media/1516/file/Perspectiva%20de%20g%C3%A9nero.pdf>

<https://www.unicef.org/argentina/informes/comunicaci%C3%B3n-infancia-y-adolescencia-guia-para-periodistas>

CIDH, Informe N° 37/00, Caso 11.481, Monseñor Oscar Arnulfo Romero y Galdámez, El Salvador, 13 de abril de 2000, párr. 148.

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

Fallo:

CUIJ: 13-04873917-7/1((018602-75575)) FC/ G. A. W. O. P/ HOMICIDIO AGRAVADO (75575) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104957799*

En Mendoza, el día primero de julio del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04873917-7/1 caratulada "F. C/ G A, W O POR HOMICIDIO AGRAVADO POR LA RELACIÓN CON LA VÍCTIMA EN GRADO DE TENTATIVA EN CONCURSO IDEAL CON FEMICIDIO EN GRADO DE TENTATIVA EN CONCURSO REAL CON DESOBEDIENCIA S/ CASACIÓN".

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

La defensa de W O R G A interpone recurso de casación contra la Sentencia N° 719 que condenó al nombrado a la pena de cuatro años de prisión como autor del delito de lesiones graves dolosas doblemente agravadas por el vínculo y por mediar violencia de género en concurso real con desobediencia a la autoridad (artículos 92 en función del art. 90 y 80 inc. 1° y 11°, art. 55 y art. 239 del C. Penal); fallo pronunciado por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

COSTAS: pronunciamiento sobre costas.

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

1.- Sentencia recurrida

La sentencia impugnada en lo pertinente para la solución del recurso formulado tuvo por acreditado que : «[...] el 16 de setiembre de 2.018, siendo aproximadamente las 22.30 horas, en el domicilio de del departamento ..., W O R G golpeó en el rostro a su pareja R. L. H. y luego en el baño le asestó una puñalada en la zona abdominal, ocasionándole lesiones que motivaron una intervención quirúrgica en el Hospital Antonio Scaravelli de Tunuyán. [...] En cuanto a la existencia de una orden judicial que había dispuesto la prohibición de ingreso de G al domicilio de la víctima, ello luce comprobado con la copia certificada del acta confeccionada el 27 de julio de 2.018 en el tercer Juzgado de Familia de Tupungato (fs. 623). De manera tal que el imputado desobedeció la orden del Tribunal» (ver fs. 786)

Para así decidir, el juez de la instancia anterior valoró, entre los principales elementos: las declaraciones testimoniales de R. H., de J L H., de L F S; la incorporación, con acuerdo de partes, de la declaración vertida en Cámara Gesell de K L. G; la constancia de denuncia de fs. 10 y vta.; el acta de procedimiento de fs. 12 y vta., el certificado médico de fs. 16 y el acta de secuestro de fs. 22/23.

2.- Recurso de casación

Formula recurso de casación la defensa técnica del imputado a tenor de ambos incisos del art. 474 del CPP. Señala que ha existido **inobservancia y errónea aplicación de la ley sustantiva**, concretamente del art. 90 del CP.

Sostiene que la ley sustantiva aplica un vocablo que en la sentencia se ha equiparado a otro de significado distinto.

Refiere que la ley habla de inutilidad que no es lo mismo que incapacidad.

A su criterio no está probado que la víctima haya estado **inutilizada para el trabajo por más de un mes**.

Considera que la sentencia debió valerse de prueba de certeza absoluta para establecer las secuelas de las lesiones padecidas por la víctima.

Entiende que la calificación correcta debió ser lesiones leves dolosas (ver fs. 80 vta.). Por otro lado afirma que ha existido inobservancia de las formas establecidas por la ley **bajo pena de nulidad, en relación al art. 411 inc. 1° y 3 del CPP.**

Así considera que en el fallo se omite enunciar de modo concreto y detallado el hecho objeto de acusación (inc. 1°) y luego la determinación precisa y circunstanciada del que el Tribunal tuvo como acreditado (inc. 3).

Refiere también que la sentencia padece de falta de motivación, esto es ausencia de los elementos que han llevado al juzgador a asumir el grado de convicción para calificar y punir. Manifiesta que el Cuerpo Médico Forense habla de un tiempo probable de inutilidad para el trabajo superior a un mes y, a su criterio, la lesión no importa cirugía de gran porte ni fractura ni ninguna otra condición que haga presumir un tiempo de recuperación superior al mes.

Añade que la víctima dijo que a la semana estuvo en condiciones de llevar a cabo actividades normales y, según su amiga –M E O– antes del mes salían a caminar, en tanto que de la historia clínica surge que la denunciante se fue de alta del Hospital S el 18 de septiembre de 2.018 sin indicaciones de curaciones, consultorios externos ni reposo absoluto o relativo.

Expresa que se calificó el hecho como de **lesiones graves** pero en la sentencia no se sabe hasta cuando la víctima estuvo inutilizada para el trabajo. Cuestiona que la extensión temporal de las lesiones no fue objeto de prueba y que la defensa no rindió prueba sobre el asunto.

3.- Dictamen del Procurador General

A fs. 833/834, el Procurador General contesta la vista conferida. Luego de examinar los agravios señala que no se verifica la violación al derecho de defensa alegado por la defensa, puesto que en el debate, al delimitar los hechos, el Fiscal explicó los motivos por los que consideraba que las lesiones eran graves. Señala que tomó en consideración el peligro que ocasionó en la vida de H. a utilización del arma blanca y el tiempo que le insumió la curación de las heridas, mayor a un mes.

Agrega que el tribunal entendió que las lesiones eran graves no por el peligro para la vida de H. pero sí por el tiempo que estuvo incapacitada para el trabajo, en tanto que de los informes del CMF surge que el tiempo probable de curación y de inutilidad laboral era mayor a un mes.

Descarta así que haya existido sorpresa o vulneración en el derecho de defensa del imputado al no haber podido ofrecer prueba que rebatiera dichas constancias.

En relación a la violación del art. 411 inc. 1° y 3 del CPP, refiere que el sentenciante plasmó la plataforma fáctica sustentada en el requerimiento acusatorio, la hipótesis del Ministerio Público Fiscal en el alegato y la que tuvo por acreditada.

Motivos por los cuales aconseja el rechazo del recurso promovido y la confirmación de la sentencia.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Analizado el recurso casatorio y el acto sentencial puesto en crisis entiendo que corresponde el rechazo del primero de los nombrados, por cuanto no se verifican los agravios expuestos por el recurrente y en consecuencia corresponde confirmar la resolución cuestionada.

A fin de dar solución a los cuestionamientos planteados, procederé a abordar en primer lugar los vicios in procedendo, para luego referirme al vicio sustantivo invocado, puesto que –conforme la opinión que

adelanté— a mi criterio los elementos de convicción han sido acertadamente valorados y en orden a ello la plataforma fáctica correctamente fijada y encuadrada legalmente.

Dicho esto debo referir que no comparto la crítica formulada en torno a la alegada deficiente motivación de la sentencia, por el contrario estimo que la misma resulta suficiente para su mantenimiento como acto jurisdiccional válido, ya que no adolece de falencias que impliquen su anulación.

Ello, a la luz de la reiterada jurisprudencia de esta Sala, por cuanto para que tales defectos, conlleven tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros); lo que en la especie no ocurre. Entiendo necesario tener presente que a G A se lo acusaba —conforme requerimiento de fs. 635/651— del hecho que a continuación se detalla «[...] en fecha 16 de setiembre de 2.018, siendo aproximadamente las 22.30 horas, en el domicilio sito en al del departamento Tupungato, provincia de Mendoza, el señor W O G A, quien se encontraba conviviendo con su pareja R. L. H. G., pese a las medidas de protección ordenadas el día 07 de Julio de 2018 por el Tercer Juzgado de Familia de Tupungato en autos N° P 65.808/18 consistentes en exclusión del hogar de W O G A y prohibición de acercamiento y contacto, posteriormente confirmadas en autos n° 11.347, caratuladas “H. R. c/G W p/Ley 6672”, y vigente a la fecha, tras una discusión por una supuesta infidelidad golpeó con su puño el costado izquierdo de la cara de la Sra. H., provocándole un sangrado en el rostro y le manifestó: “yo no soy pelotudo, con quien mierda te escribís que tenés tanto apuro con el teléfono”, propinándole un golpe de puño en el pómulo derecho, motivo por el cual la víctima se retiró al baño del domicilio. En ese momento W O G, con un cuchillo tipo tramontina en su mano le manifestó “Acá no sale nadie vivo, primero te mato a vos, después a los niños y después me mato yo”, impidiendo que ingresaran sus hijos menores al baño, cerró la puerta y le manifestó a su pareja “Te voy a matar hija de puta, porque me usas”, la agarró del cuello con la mano derecha y con el cuchillo intentó cortarle el cuello, al no lograrlo por la resistencia de la víctima, seguidamente le asestó una puñalada en el abdomen con el fin de quitarle la vida, mientras continuaban forcejeando.

A posterior, el Sr. W G comenzó a autolesionarse en el pecho con el cuchillo, situación de la que pudo valerse la Sra. H. para escapar, siendo luego la víctima asistida por los vecinos alertados de la situación por los hijos menores de la pareja.

Luego la Sra. R. L. H. fue intervenida quirúrgicamente en el Hospital por el **riesgo vital de las lesiones provocadas**».

Tal plataforma fáctica había sido calificada como homicidio agravado por la relación con la víctima en grado de tentativa en concurso ideal con femicidio en grado de tentativa en concurso real con desobediencia (arts. 80 inc. 1° y 11, 42, 54 y 239 del CP).

No obstante al momento del alegato final el representante del Ministerio Público Fiscal consideró que al no poder tener por acreditado el **dolo homicida** la acusación debía ser por el delito por el que finalmente resultó condenado, esto es lesiones graves dolosas agravadas por el vínculo y por mediar violencia de género concursado en forma real con desobediencia a la autoridad (ver registro audiovisual de la audiencia de fecha 21/8/19 a partir de la hora 01:00:32).

En relación a la gravedad de las lesiones señaló que existió un peligro tangible, palpable en la vida de H. que a su vez le generó un tiempo probable de curación mayor de un mes (registro audiovisual hora 01:28:28)

Por su parte el a quo descartó la existencia de peligro para la vida de R. H., pero entendió plenamente acreditado que la lesión infligida le había producido inutilidad para el trabajo por más de un mes (ver fs. 787).

Como señalé, a mi criterio el juez motivó acertadamente la sentencia al inscribir la retractación operada en los dichos de R. H. en el marco de la violencia de género y considerar la versión relativa a la producción de las lesiones por ella sufridas –concretamente la puñalada en el abdomen– como parte del ciclo de violencia por ésta sufrida.

En este sentido advierto que las manifestaciones vertidas por la denunciante cuentan con apoyo de elementos de convicción periféricos conforme se detalla en la sentencia.

En este sentido corresponde referir las declaraciones de M L. M, L A (vecinos de R. H.) y, también las conclusiones de las Lic. Barrera y Cucchi (informe de fs. 41) que dan cuenta de episodios de violencia física y psicológica, en forma concordante se expidió el Lic. Silvestre (fs.100/101), en tanto que el Lic. Lisandrello profesional del Epi señaló el fenómeno de retractación operado.

Así también corresponde valorar en este aspecto las conclusiones del profesional médico del Cuerpo Médico Forense que examinó a R. H. en dos oportunidades diversas y depuso en audiencia de debate, reiterando el criterio relativo al tiempo de inutilidad laboral y tiempo probable de curación que acarrearán las heridas sufridas.

De lo expuesto y el resto de las constancias de autos se desprende que la víctima de la presente, R. H., pertenece a un sector vulnerable de la población.

En atención a ello estimo oportuno formular consideraciones en torno a los compromisos asumidos por el Estado argentino para asegurar un efectivo acceso a la justicia (arts. 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), particularmente en lo que respecta a la garantía de acceder a una investigación penal seria respecto un delito cometido en ámbitos de incumbencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante SIDH) –esto, en el pleno entendimiento de la condición de obligación de medios que rige a su respecto–; considerando, a su vez, que la investigación criminal realizada en forma acorde a los mandatos de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos funge como una medida de reparación para la víctima y sus familiares, y como una garantía de derecho a la verdad.

Conforme los estándares internacionales y regionales, debo señalar que la víctima resulta titular de protección jurídica: por ser mujer y por haberse producido los hechos en un contexto de violencia de género.

Se trata entonces de una doble condición de vulnerabilidad que la atraviesa, por cuanto cada una de dichas condiciones demandan una especial protección por parte de todos los agentes de la organización estatal, a fin de prevenir la violencia de la que históricamente han sido objeto; y de los operadores del derecho, quienes tienen la obligación de ser diligentes en la investigación, imprimiendo en el análisis de estos casos una lectura desde el enfoque de género, con el objeto de brindar una solución justa en cada caso.

Tal como he sostenido en pronunciamientos anteriores, en lo que respecta a la investigación criminal como garantía del derecho a la verdad, interesa destacar que tanto la Corte como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, **Corte IDH y CIDH respectivamente**), han sostenido que el derecho a la verdad se vincula de manera directa con los derechos a las garantías judiciales y de protección judicial, los cuales se encuentran establecidos en los artículos XVIII y XXIV de la Declaración

Americana, así como en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana (cfr. Informe CIDH, Derecho a la verdad en las Américas, 13 de agosto de 2014, párr. 66).

Este compromiso implica que el Estado tiene la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para investigar seriamente lo sucedido y, en su caso, **sancionar a los responsables de los hechos**.

Este derecho no sólo pertenece a la víctima y sus familiares, sino también a la sociedad en su conjunto, cuando se han vulnerado derechos humanos (ver **“Concha, Jesús”**, expte. N° 13- 04292884-9/1, 20 de setiembre de 2018).

La Corte IDH en el **«Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala»**, se pronunció por primera vez en este sentido, reconociendo expresamente que el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de las víctimas o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que provienen de los derechos a las garantías judiciales y protección judicial, establecidos en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana (Cfr. Corte IDH, **Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala**, sentencia de 31 de enero de 2006, Serie C N° 70, párr. 201).

Expresamente señalé en el precedente registrado en CUIJ N° 13- 04292884-9/1 que «en pos de lograr tal objetivo, la Corte IDH ha determinado que las autoridades encargadas de las investigaciones tienen el deber de asegurar que en el curso de las mismas se valoren los patrones sistemáticos que permitieron la vulneración a los derechos y garantías reconocidos en las convenciones.

Sostuvo también, que para garantizar su efectividad, las investigaciones deben ser conducidas tomando en cuenta la complejidad de este tipo de hechos y de la estructura en la cual se ubican las personas probablemente involucradas en este tipo violaciones, de acuerdo al contexto en que ocurrieron, evitando así omisiones en la recaudación de prueba y en el seguimiento de líneas lógicas de investigación (Cfr. Informe CIDH, Derecho a la verdad en las Américas, 13 de agosto de 2014, párr.78)».

Entiendo que para brindar una solución justa para el caso traído a examen es necesario efectuar una lectura del mismo desde el enfoque de género.

Convención Belém Do Pará.

La violencia ejercida contra las mujeres en razón de su género ha merecido un especial amparo, a nivel supranacional a través de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), a la cual adhirió nuestro país mediante la sanción de la ley 24.632, en donde se establecen las obligaciones del Estado respecto de la erradicación de la violencia de género.

100 Reglas de Brasilia

De igual mismo modo, **las 100 Reglas de Brasilia** sobre el Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, adoptada durante la Cumbre Judicial Iberoamericana por los presidentes de las Supremas Cortes de Justicia, y aprobada por esta Corte mediante Acordada 24.023, tiene por objeto garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad y, entre ellas, a las mujeres, niñas y niños que forman parte de la población vulnerable por hallarse discriminadas en razón de su género.

Ley 26485

A nivel nacional la Ley 26.485, estableció criterios en la interpretación de la prueba, que si bien constituyen pautas generales, importan un compromiso para el juzgador de valorar la prueba con

perspectiva de género, es decir, con una mirada integral de la problemática, analizando las particularidades que presenta cada contexto en que se desarrolla el hecho.

De esta manera el art. 16 de la referida normativa establece la garantía que la investigación se realice bajo un estándar de amplitud probatoria para acreditar los hechos «teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos», en tanto el art. 31 conmina a los operadores judiciales a que ponderen, en orden a acreditar que el hecho tuvo lugar en un contexto de violencia de género, todas las presunciones que se construyan a través de indicios graves, precisos y concordantes.

Por su parte, la jurisprudencia tanto en el sistema interamericano, como a nivel nacional, ha construido paulatinamente los lineamientos o estándares en la interpretación de la prueba en materia de género, reflejando en su análisis una visión integral de la temática y la especial ponderación del testimonio de la víctima.

Así, considero que el a quo ha interpretado satisfactoriamente los estándares probatorios delineados en el sistema interamericano y en el orden nacional, tanto para tener por acreditados los hechos constitutivos de la agresión sufrida por R. H., como también al ponderar bajo los parámetros que impone la temática en estudio todos los elementos de juicio.

Añado que una sentencia justa que ponga de manifiesto la verdad de los hechos e individualice y castigue a su responsable, resulta per se una medida de reparación para la víctima y sus familiares. En este sentido, la CIDH entendió que forma parte del derecho a la reparación por violaciones de los derechos humanos, en sus modalidades de satisfacción y garantías de no repetición, el derecho que tiene toda persona y la sociedad a conocer la verdad íntegra, completa y pública sobre los hechos ocurridos, sus circunstancias específicas y quienes participaron en ellos (cfr. CIDH, Informe N° 37/00, Caso 11.481, Monseñor Oscar Arnulfo Romero y Galdámez, El Salvador, 13 de abril de 2000, párr. 148).

En este entendimiento, el ex juez interamericano Augusto Cancado Trindade en su voto razonado en el caso «Bulacio c/ Argentina», ya destacó que las reparaciones revisten un doble significado: proveer satisfacción a las víctimas, o sus familiares, cuyos derechos han sido violados, y restablecer el orden jurídico quebrantado por dichas violaciones (Cfr. Corte IDH, «Caso Bulacio c/ Argentina». Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 18 de setiembre del 2003. Serie C, N°100. Voto razonado del Juez Cancado Trindade, párr. 37).

Como corolario de lo expuesto, pretendo destacar la importancia de que los operadores del derecho lleven adelante una investigación diligente y guiados por los particulares contextos en que se desarrollan los hechos violatorios de derechos humanos, y la aplicación de los estándares probatorios ya delineados a fin de obtener una decisión justa que determine la verdad de los hechos y, en su caso, el castigo de sus responsables.

Todo ello implica, en definitiva, y como medida de reparación, poner en valor a las personas como titulares de los derechos reconocidos en las convenciones de derechos humano. Por los motivos expuestos corresponde rechazar el agravio que señala la falta de motivación de la sentencia criticada, puesto que como referí considero que aquella ha brindado suficientes razones en virtud de las cuales, luego de valorar acertadamente los elementos de convicción y conforme a los principios de la sana crítica racional se estableció la plataforma fáctica.

Ahora bien, tampoco le asiste razón al recurrente en relación a la inobservancia de lo prescripto por el art. 411 inc. 1° y 3 del CPP.

Al respecto concuerdo con el Procurador General en que tal vicio no se verifica. Efectivamente de la lectura de los fundamentos de la sentencia puesta en crisis emerge que, contrariamente a lo que afirma el defensor técnico, se hizo constar la enunciación del hecho objeto de la acusación (ver fs. 784 último párrafo y vta.) donde se transcribió el hecho intimado originalmente; se refirió la hipótesis acusatoria esgrimida por el Ministerio Público Fiscal en el alegato final (ver fs. 784 vta. punto 5) donde operó la variación en la calificación legal de los hechos y, finalmente se expresó la plataforma fáctica que se tuvo por acreditada (ver fs. 786 primer y 3° párrafo).

Descarto que se haya vulnerado el derecho de defensa del imputado como sostiene el recurrente. En este sentido acierta el sentenciante al señalar que no existió tal vulneración en virtud de la modificación llevada a cabo en el alegato final por el representante del Ministerio Público Fiscal.

Efectivamente los extremos fácticos que se tuvieron por acreditados se encontraban presentes en la pieza requirente original y se mantuvieron en el alegato final y, a punto tal resultaban conocidos por la defensa del imputado que señaló no compartir el criterio del acusador en cuanto a que las lesiones no habían puesto en peligro la vida de H.. Por los motivos señalados también corresponde rechazar el agravio así planteado al no verificarse la alegada inobservancia de las normas referidas por el recurrente ni la vulneración del derecho de defensa del imputado.

Por último y en relación a la crítica que formula respecto a la gravedad de las lesiones advierto que al momento de ponderar tal circunstancia el juez contó con los resultados de los exámenes médicos practicados por el Dr. Chambella a R. H. en dos oportunidades –fs. 40 y 77– conclusiones que fueron reiteradas por el profesional en audiencia de debate (ver registro audiovisual de fecha 21/8/19). Al respecto el facultativo señaló que H. presentaba herida de arma blanca en abdomen en fosa ilíaca derecha.

Explicó la práctica médica que tal herida requirió y que aquella tenía un tiempo probable de curación y de inutilidad laboral mayor a un mes. Así las especulaciones por las que el recurrente considera que las lesiones no son graves no resultan más que hipótesis sin sustento probatorio en la causa. Por ello corresponde también el rechazo de este agravio.

Finalmente y en relación al vicio sustantivo que invoca el recurrente entiendo que el mismo tampoco procede. Sustenta su crítica al respecto el defensor señalando que el médico forense se refiere a incapacidad y no a inutilidad –expresión utilizada en el art. 92 del CP.– y a su criterio aunque el facultativo utilice este término –inutilidad– quiso referirse a incapacidad (ver fs. 807 vta.).

Considero que la crítica así formulada no logra abastecerse puesto que no alcanza a explicar los motivos por los que realiza tal afirmación y la consecuencia que de la utilización del término incapacidad –en vez de inutilidad– se derivarían.

Por otro lado advierto que en la sentencia claramente el juzgador al establecer la plataforma fáctica refirió que las lesiones infringidas por G A a R. H. la inutilizaron para el trabajo por más de un mes (ver fs. 787 cuarto párrafo) circunstancia ésta que motivó que las lesiones fuesen consideradas graves en atención al art. 90 del Código Penal.

Dicho esto, agrego que el recurrente al formular el vicio sustantivo, luego de aludir a las diferencias terminológicas señaladas pasó a cuestionar la interpretación del medio de prueba en virtud del cual se ponderó a la lesión abdominal sufrida por H. como grave.

En este sentido, ya señalé que a mi criterio la labor de ponderación se llevó a cabo acertadamente y por ello la plataforma fáctica se fijó de manera correcta y la calificación legal escogida luce adecuada.

En virtud de lo expuesto, entiendo que corresponde dar respuesta negativa a la primera cuestión sometida a consideración de esta instancia. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere. Ampliatorio.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: De lo expuesto considero oportuno destacar que, al momento de resolver, el sentenciante asumió una perspectiva integral en relación a los criterios de valoración señalados en la **Ley 26.485**, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollan sus relaciones interpersonales. En este sentido, debo señalar que sobre la cuestión tuve ocasión de pronunciarme en diversos precedentes (**“Cruz Caporiccio”, “Merlo Lassa”; “Quiroga Morales”; “Ojeda Pérez”; “Vázquez Tumbarello”;** entre otros).

En especial en “Ojeda Pérez” sostuve que «[...] comparto que aquella concepción según la cual la perspectiva o visión de género es una “categoría analítica que toma los estudios que surgen desde las diferentes vertientes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma, cuestionar los estereotipos y elaborar nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad al servicio de la igualdad y la equidad” (UNICEF, **“Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017**).

Destaco la idea de igualdad contenido en la definición en tanto se encuentra no sólo consagrada expresamente en el texto constitucional (art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza), sino, también, en el ámbito de la normativa internacional. Así, entre otros, la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” - **Belem Do Pará** -, garantiza que toda mujer tiene “el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley” (art. 4, inc. “f”).

Consideré también en esa ocasión que «[...] en nuestro ordenamiento interno, la ley nacional 26.485 es una norma orientada pura y exclusivamente a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las "mujeres"».

En tal sentido, entre sus objetivos primordiales, el propio texto promueve y garantiza «la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida», **«el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia»**, «las condiciones aptas para **sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar** la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos», como también, «la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres (art 2, inc. a, b, c y e respectivamente)».

Así, «[...] ese texto normativo vino a imponer **un verdadero “deber jurídico”** para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas. Sus destinatarios directos son aquellos sujetos que integran **los órganos decisores en el marco de los procesos judiciales penales**, ya sea por el lado de quienes resultan facultados para disponer sobre el curso de investigación, como también, respecto de quienes son los encargados de su juzgamiento».

Ese deber jurídico no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley. Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que «[l]os organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativos, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional [...] los siguientes derechos y garantías: i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son su naturales testigos [...](art. 16)».

Ahora bien, «[...] además de ese deber genérico, ya en el terreno que resulta propio a la actuación de los órganos de justicia dentro de los procedimientos jurisdiccionales penales, el texto legal contiene dos

normas que consagran lineamientos funcionales para los operadores del sistema de administración de justicia en el abordaje de la problemática de género. En consonancia con el sistema de protección integral, se consagra el principio de «amplia libertad probatoria» para tener por acreditados “los hechos denunciados, evaluándose las pruebas ofrecidas de acuerdo con el principio de la sana crítica. Se considerarán las presunciones que contribuyan a la demostración de los hechos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes” (art 31)».

De tal manera «[...] el texto legal vigente [ley 26.485] no introduce un nuevo método de valoración probatoria para los casos de violencia de género, puesto que siempre la prueba debe valorarse conforme al sistema de la sana crítica racional (**art. 206 y 409 del CPP**).

A mi modo de ver, la imposición de un método de valoración de la prueba como herramienta obligatoria para el abordaje de esta problemática, se justifica ante la necesidad de evitar que los órganos jurisdiccionales decisores puedan apartarse en la adopción de decisiones, del contexto fáctico que es propio a este género de conductas delictivas».

Así, «[...] el acierto de la ley consistió en establecer, en forma igualitaria, un método de valoración que evite la discriminación que en ocasiones ocurría por prácticas derivadas de la cultura jurídica patriarcal inquisitiva, que se transformaron en consuetudinarias, y que era necesario erradicar.

Repárese que es la propia Convención Belem Do Pará donde se fija, como un deber de los Estados el “to todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer” (art. 7, inc. “e”)».

Ello no resulta novedoso para la labor jurisdiccional en razón de que «[...] siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba –objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento.

Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto.

Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas».

Conforme a lo expresado «[...] es el contexto en el que se inserta el hecho delictivo el que viene a determinar el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio.

Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres el testimonio de la víctima ostenta un valor fundamental en la comprobación de los extremos de una imputación delictiva, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la responsabilidad penal derivada del mismo».

Por todo ello, uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo.

A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables.

De tal manera «[...] uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo.

A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables».

De no proceder de esta manera estaríamos recreando la sociedad estamental –con características propias– del Estado premoderno, lo que implicaría una vulneración del principio de igualdad –consagrado en el art. 16 de la CN y 7 de la CM–, el que, a su vez, constituye uno de los pilares de la República Federal. A lo señalado debe sumarse, tal como destacué en el **precedente «Vázquez Tumbarello»**, la relevancia de la ley 27.499, denominada **«Ley Micaela»**, en tanto dispuso la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra la mujer para todas las personas que desempeñen la función pública, en cumplimiento del objetivo señalado.

En coincidencia con aquella normativa la Acordada n° 29.318 de esta Suprema Corte de Justicia, y su anexo «Programa de capacitación permanente para la incorporación de la perspectiva de género en el marco de la Suprema Corte de Justicia».

Así, con fundamento en el principio de igualdad y la consecuente prohibición de discriminación, se dispusieron una serie de acciones concretas para asegurar la «igualdad real» de las mujeres en sus relaciones interpersonales.

En conclusión, entiendo que la trascendencia de la ley 26.485 radica no en conformar un estatus jurídico distinto aplicable a la mujer, sino que mediante la capacitación dirigida a los funcionarios públicos y, en lo que aquí interesa, **a funcionarios y magistrados del poder judicial, se otorgue una perspectiva para valorar los elementos probatorios bajo el prisma de la igualdad consagrada en la normativa nacional.**

Ella debe estar despojada de estereotipos y prácticas relacionadas con la cultura jurídica patriarcal-inquisitiva, plasmada en usos y costumbres que importaron, e importan, prácticas que impiden poner en contexto los medios convictivos al momento de su ponderación.

Estas consideraciones, como adelanté, las entiendo plenamente aplicables al caso por cuanto nos encontramos frente a un supuesto de violencia de género en donde el tribunal de instancia anterior tomó en consideración los parámetros antes referidos al momento de la ponderación de los elementos de prueba obrantes en la causa. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. O A. PALERMO, DIJO: Puesto a resolver el recurso casatorio promovido coincido con la solución a la que llega mi colega preopinante y, en cuanto a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género, me remito a lo oportunamente señalado en **«Di Cesare Morales» y «Mejía Salvador»** por resultar aplicable en ese aspecto el presente caso. ASÍ VOTO.

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

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y O A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

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

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y O A. PALERMO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a favor de W O R G A.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

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

10- BOERO. 07-07-20.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200707_FcBDL.pdf

Lex: Art. 89, 92 en función del art. 80 inc. 1° del CP

Vox: VG. Lesiones leves dolosas. Vínculo.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **seis meses de prisión condicional** como autor penalmente responsable del delito de lesiones leves dolosas agravadas por el vínculo (art. 89, 92 en función del art. 80 inc. 1° del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación.

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

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1465, pronunciada por el JPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Galdeano Reyes. 31-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180731_FcGRJ.pdf
- Concha Jesús. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- Merlo Lassa. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=243>
- Alaniz Pineira. 23-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=37>
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Ojeda Pérez: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>
- Brancelo Urbon. 05-03-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200305_FcBUD.pdf
- Di Cesare Morales. 26-06-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=156>
- Mejía Salvador. 10-09-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=197>

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

Fallo:

CUIJ: 13-04621696-7/1((018502-33281)) FC/ B. D. L. M.J. I. P/ LESIONES LEVES DOLOSAS (33281) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104704708*

En Mendoza, a los siete días del mes de julio del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04621696-7/1, caratulada "F. C/ B.D.L.M., J. I. P/ LESIONES LEVES DOLOSAS S/ CASACIÓN".

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

La defensa de J.I.B.d.I.M. interpone recurso de casación (fs. 147/150), contra la Sentencia N° 1465 (fs. 141 y vta.) y sus fundamentos (fs. 142/145), mediante la cual se lo condenó a la pena de seis meses de prisión condicional como autor penalmente responsable del delito de lesiones leves dolosas agravadas por el vínculo (art. 89, 92 en función del art. 80 inc. 1° del CP) en la causa N° P-33.281/18.

El pronunciamiento fue dictado por el Juzgado Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial. De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

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

1.- Sentencia recurrida

El tribunal de juicio tuvo por acreditado que los hechos ocurrieron tal como lo sostuvo la hipótesis acusatoria. Así consideró probado, con el grado de convicción necesario que requiere una sentencia de condena, que «el día 21 de abril del 2018, siendo las 5:00 hs aproximadamente, en momentos en que P. E. S. J. se encontraba con su pareja J.I.B.d.I.M en el domicilio ubicado en calle ..., cuando luego de una previa discusión el incuso le pellizcó en el brazo derecho provocándole lesiones que han sido constatadas por personal médico del Cuerpo Médico Forense con un tiempo probable de curación menor a un mes». Para así decidir el sentenciante valoró, entre los elementos más importantes las declaraciones testimoniales de P.E.S.J., L.A.A.V., R. C. M. O., así como los informes de los exámenes físico y psíquico realizado a P. S.J. y la fotografía de su brazo lesionado.

2.- Recurso de casación

Los motivos del recurso de casación formulado por la defensa se enmarcan en las disposiciones del art. 474 inc. 1° y 2 del CPP. Sostiene que la sentenciante se basó en meras deducciones y suposiciones, sin poder contar con elementos probatorios concretos que permitan asegurar la autoría del imputado en el hecho por el cual fue condenado, apartándose así claramente de la sana crítica racional. Señala que no se valoró acabadamente la prueba existente, tanto de cargo como de descargo. Así, entiende que la jueza de la instancia anterior valoró en forma parcial la declaración prestada por el imputado en la audiencia de debate, al descreer que este último tomó a la denunciante de los brazos para defenderse y que sólo quería calmarla cuando ésta tomó un cuchillo. También cuestiona no haber creído la negativa en relación a haberla pellizcado. Luego la recurrente, relata el testimonio de P.S.J. rendido en el debate. Al respecto señala que del informe físico labrado por personal del Cuerpo Médico Forense no surge si el hematoma fue producto de un golpe o de un pellizco. Agrega que la sentenciante no fundó los motivos por los cuales descartó la hipótesis expresada por la defensa, en cuanto al origen del hematoma que presentaba la denunciante. Esto es que pudo ser producto del forcejeo que mantuvo con el imputado o de una lesión

contra un mueble o contra el cuerpo del acusado en el momento en que ella ejercía violencia sobre éste. Asimismo considera que no se valoró adecuadamente lo manifestado por la víctima, tanto en la denuncia como en el debate, en cuanto a que tenía un cuchillo en su poder, con el cual se aproximó al imputado. Por lo que estima que la integridad psico-física del imputado corrió peligro y se vio amedrentado. También menciona que la sentenciante no valoró debidamente la pericia psicológica de la víctima, de la que surge que «entiende el discurso adecuadamente, puede premeditar, puede ocultar, puede mentir», «se observa una personalidad con rasgos histriónicos, agresiva, irritable e inmadura, dependiente, con necesidad de llamar la atención». En este sentido, la recurrente argumenta que de lo señalado es posible inferir que la víctima pudo haber mentido en su relato para perjudicar al acusado. También hace referencia que la jueza no pudo pasar por alto lo manifestado por la denunciante durante la entrevista cuando expresó «como él (por el acusado) le cago la vida, ella se la iba a cagar a él». Agrega, que no existen testigos presenciales que puedan corroborar lo manifestado por la presunta víctima, en el sentido de que hayan observado el momento en que el acusado la lesionó con el pellizco. Finalmente sostiene que si bien la testigo L.A.A. durante el debate manifestó que vio que la denunciante se sujetaba el brazo, ello, por sí sólo, no permite inferir que el acusado fuera el autor de la lesión que presentaba la víctima, ya que la testigo no vio el momento en que la habría lesionado. Por lo tanto considera que no existe certeza que el acusado hubiera sido el autor de la lesión que presentaba la víctima, por lo que debió ser absuelto al existir una duda insuperable respecto de su intervención en el hecho. Hace reserva del caso federal.

3.- Dictamen del Procurador General

El Procurador General considera que debe rechazarse el recurso casatorio promovido por la defensa de J.I.B.d.I.M. Sostiene que el recurso se estructura en torno a la discrepancia de la recurrente con la valoración del plexo probatorio de autos, cuestionando el mérito otorgado a las testimoniales y al descargo brindado por el encartado. Al respecto advierte un debido análisis conjunto del plexo probatorio por parte de la jueza de sentencia, contrariamente a los argumentos defensivos, que intentan aislar ciertos testimonios restándoles la fuerza que surge de su reunión. Por ello considera que el recurso formulado no puede prosperar, debiendo confirmarse la validez de la sentencia cuestionada.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso de casación formulado considero, por los motivos que a continuación se exponen, que no corresponde hacerle lugar.

En efecto, estimo que la motivación cuestionada es suficiente para mantener el dictum como acto jurisdiccional válido, en tanto no adolece de falencias que impliquen su anulación.

Ello a tenor de la jurisprudencia reiterada de esta Sala que ha establecido que, para que los defectos en la fundamentación conlleven tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (conf. LS. 186-427, 153-011, 354-218, 392-094 y 397-177 entre otros), lo que en la especie no ocurre.

a.- Consideraciones generales sobre la valoración probatoria con perspectiva de género

De manera preliminar entiendo oportuno destacar, que la sentenciante al momento de resolver aplicó adecuadamente los criterios de valoración señalados en la Ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollan sus relaciones interpersonales.

En este sentido debo señalar que sobre esta cuestión tuve ocasión de pronunciarme en diversos precedentes (“**Cruz Caporiccio**”, “**Merlo Lassa**”; “**Quiroga Morales**”; “**Ojeda Pérez**”; “**Vázquez Tumbarello**”; “**Brancello Urbón**”; entre otros).

En especial en “**Ojeda Pérez**” sostuve que «... comparto que aquella concepción según la cual la perspectiva o visión de género es una “categoría analítica que toma los estudios que surgen desde las diferentes vertientes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma, cuestionar los estereotipos y elaborar nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad al servicio de la igualdad y la equidad” (UNICEF, “**Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas**”, Buenos Aires, 2017).

Destaco la idea de igualdad contenido en la definición en tanto se encuentra no sólo consagrada expresamente en el texto constitucional (art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza), sino, también, en el ámbito de la normativa internacional. Así, entre otros, la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” - Belem Do Pará -, garantiza que toda mujer tiene “el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley” (art. 4, inc. “f”). Sostuve también en esa ocasión que «... en nuestro ordenamiento interno, la ley nacional 26.485 es una norma orientada pura y exclusivamente a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las “mujeres”. En tal sentido, entre sus objetivos primordiales, el propio texto promueve y garantiza “la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida”, “el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia”, “las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos”, como también, “la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres”(art 2, inc. a, b, c y e respectivamente)».

Así, «... ese texto normativo vino a imponer un verdadero “deber jurídico” para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas. Sus destinatarios directos son aquellos sujetos que integran los órganos decisores en el marco de los procesos judiciales penales, ya sea por el lado de quienes resultan facultados para disponer sobre el curso de investigación, como también, respecto de quienes son los encargados de su juzgamiento».

Ese deber jurídico no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley. Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que «los organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativos, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional ... los siguientes derechos y garantías: i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son su naturales testigos ...» (art. 16)».

Ahora bien, «... además de ese deber genérico, ya en el terreno que resulta propio a la actuación de los órganos de justicia dentro de los procedimientos jurisdiccionales penales, el texto legal contiene dos normas que consagran lineamientos funcionales para los operadores del sistema de administración de justicia en el abordaje de la problemática de género.

En consonancia con el sistema de protección integral, se consagra el principio de «amplia libertad probatoria» para tener por acreditados “los hechos denunciados, evaluándose las pruebas ofrecidas de acuerdo con el principio de la sana crítica. Se considerarán las presunciones que contribuyan a la demostración de los hechos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes” (art 31)». De tal manera «... el texto legal vigente [ley 26.485] no introduce un nuevo método de valoración probatoria

para los casos de violencia de género, puesto que siempre la prueba debe valorarse conforme al sistema de la sana crítica racional (**art. 206 y 409 del CPP**). A mi modo de ver, la imposición de un método de valoración de la prueba como herramienta obligatoria para el abordaje de esta problemática, se justifica ante la necesidad de evitar que los órganos jurisdiccionales decisores puedan apartarse en la adopción de decisiones, del contexto fáctico que es propio a este género de conductas delictivas».

Así, «... el acierto de la ley consistió en establecer, en forma igualitaria, un método de valoración que evite la discriminación que en ocasiones ocurría por prácticas derivadas de la cultura jurídica patriarcal inquisitiva, que se transformaron en consuetudinarias, y que era necesario erradicar. Repárese que es la propia Convención Belem Do Pará donde se fija, como un deber de los Estados el “tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la **violencia contra la mujer**” (**art. 7, inc. “e”**)».

Ello no resulta novedoso para la labor jurisdiccional en razón que «... siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba –objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento.

Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto.

Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas».

Conforme a lo expresado «... es el contexto en el que se inserta el hecho delictivo el que viene a determinar el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio. Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres el testimonio de la víctima ostenta un valor fundamental en la comprobación de los extremos de una imputación delictiva, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la responsabilidad penal derivada del mismo».

De tal manera «... uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo. A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables».

De no proceder de esta manera estaríamos recreando la sociedad estamental –con características propias– del Estado premoderno, lo que implicaría una vulneración del principio de igualdad –consagrado en el **art. 16 de la CN y 7 de la CM**–, el que, a su vez, constituye uno de los pilares de la República Federal. A lo señalado debe sumarse, tal como destaqué en el **precedente «Vázquez Tumbarello», la relevancia de la ley 27.499, denominada «Ley Micaela**», en tanto dispuso la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra la mujer para todas las personas que desempeñen la función pública, en cumplimiento del objetivo señalado. En coincidencia con aquella normativa la Acordada n° 29.318 de esta Suprema Corte de Justicia, y su anexo «Programa de capacitación permanente para la incorporación de la perspectiva de género en el marco de la Suprema Corte de Justicia».

Así, con fundamento en el principio de igualdad y la consecuente prohibición de discriminación, se dispusieron una serie de acciones concretas para asegurar la «igualdad real» de las mujeres en sus relaciones interpersonales.

En conclusión, entiendo que la trascendencia de la **ley 26.485** radica no en conformar un estatus jurídico distinto aplicable a la mujer, sino que mediante la capacitación dirigida a los funcionarios públicos y, en lo que aquí interesa, a funcionarios y magistrados del poder judicial, se otorgue una perspectiva para valorar los elementos probatorios bajo el prisma de la igualdad consagrada en la normativa nacional. Ella debe estar despojada de estereotipos y prácticas relacionadas con la cultura jurídica patriarcal-inquisitiva, plasmada en usos y costumbres que importaron, e importan, prácticas que impiden poner en contexto los medios convictivos al momento de su ponderación. Estas consideraciones, como adelanté, las entiendo plenamente aplicables al caso por cuanto nos encontramos frente a un supuesto de violencia de género en donde el tribunal de instancia anterior ha tenido en cuenta los parámetros antes referidos al momento de la ponderación de los elementos de prueba obrantes en la causa.

b.- Acerca de los cuestionamientos de la defensa sobre la valoración probatoria realizada por la juez de sentencia y al modo de fundamentar su decisión

A mi modo de ver, no le asiste razón a la recurrente al manifestar que se valoró en forma parcial la declaración del imputado.

En efecto, surge de los fundamentos que la jueza de la instancia anterior valoró de manera integral las pruebas aportadas y argumentó, en razonamiento que comparto, por qué razón la versión aportada por el acusado –esto es que “él no quería pegarle, que sólo la agarró de los brazos para defenderse”– no resultó lógica ni razonable.

Al respecto la jueza hizo referencia que «las lesiones que presentaba la denunciante no son compatibles con un agarrado de brazos sino con un pellizco, tal como lo sostiene la víctima ... con la intención de dañar la integridad física de la denunciante» (fs. 144).

En este sentido, advierto que la sentenciante fue clara al descartar que el hematoma que presentaba la víctima en su brazo fuera producto de un forcejeo, o por haberse pegado contra un mueble, o contra el cuerpo del imputado, tal como lo pretende la recurrente.

Esta afirmación la magistrada la sostuvo al destacar la contundencia de los elementos de cargo constituidos por los testimonios de P.S.J. y L.A.A., los informes del examen físico y síquico realizado a P.S.J. y la fotografía de la marca en su brazo.

Con ello surge clara la improcedencia del agravio formulado. Por otra parte, considero que tampoco puede prosperar el cuestionamiento vinculado a que no se tuvo en cuenta lo manifestado por la víctima, esto es que tenía un cuchillo en su poder. Al respecto, se advierte de la sentencia impugnada que la sentenciante valoró adecuadamente el testimonio brindado por P.S.J..

En efecto, se desprende de su declaración que tomó un cuchillo para defenderse de las agresiones del imputado, quien la había pellizcado en el brazo derecho y le había sacado su teléfono celular impidiendo de esta manera solicitar ayuda a la policía. Lo descripto permite descartar lo afirmado por la recurrente, en cuanto a que la integridad psico-física del acusado corrió peligro, cuando quedó acreditado que fue él quien amedrentó a la víctima y la lesionó.

Asimismo, debe destacarse que el cuestionamiento vinculado a la pericia psicológica de la víctima, ha sido objeto de específico análisis por parte de la sentenciante y sus argumentos no logran ser rebatidos por la recurrente en esta instancia.

Al respecto, sostuvo, acertadamente a mi criterio, que «las manifestaciones de la defensa en relación al examen psíquico de P.S.J. no tienen relevancia para desvirtuar el hecho que está acreditado en esta causa por prueba objetiva como son las fotografías y el examen físico del Cuerpo Médico Forense, corroborada además por un testimonio ajeno e imparcial a la partes como es el de la Sra. L. A. A.».

A ello agrega que «si bien los peritos intervinientes concluyen que en la víctima “...se observa una personalidad con rasgos histriónicos, agresiva, irritable, e inmadura, dependiente, con necesidad de llamar la atención, con escasa autocrítica...”, la defensa hace una valoración parcial del contenido del informe que consta a fs. 30, toda vez que en el mismo también se ha consignado el relato que hace la víctima, que resulta coincidente con el plexo probatorio colectado en esta causa» (fs. 144).

Por lo tanto, advierto que no existen motivos para inferir que la víctima mintió en su relato para perjudicar al imputado, tal como lo pretende la recurrente. En efecto, considero que este agravio está constituido por simples afirmaciones personales, sin sustento en las constancias de la causa, por lo que no puede ser recibido en esta instancia.

Por último, respecto al agravio dirigido a cuestionar que no hubieron testigos que observaran el momento en que el acusado habría pellizcado a la víctima.

Estimo pertinente resaltar que se trata de una especie de conducta delictiva cuya comisión se desarrolla habitualmente en ámbitos de absoluta privacidad, es decir se producen en ausencia de otras personas más allá de la víctima y el agresor. Este aspecto provoca que sea poco usual contar con otros testigos directos.

Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres el testimonio de la víctima constituye un valor fundamental en la comprobación de los extremos de la imputación delictiva, particularmente acerca de la existencia material del hecho y la responsabilidad penal del mismo (ver al respecto lo señalado “Aguilera”).

Por ello la circunstancia de ausencia de testigos presenciales no resulta relevante para anular la sentencia, en tanto no hay motivo para dudar de la declaración de P.S.J..

Se advierte que ella mantuvo su relato constante y con consistencia en relación de los hechos –en cuanto a la circunstancias de tiempo, lugar y modo– tanto al momento de realizar la denuncia, como así también durante la audiencia de debate. Por ello no comparto el planteo de la recurrente en cuanto que no existe certeza que el imputado sea el autor de la lesión que presentaba la víctima.

A lo señalado debe agregarse que la versión de la denunciante resulta respaldada a través de los demás elementos de prueba obrantes en la causa, entre el que ocupa un lugar preponderante el informe del examen psíquico que obra a fs. 30 y vta., en el que se concluye que «describe un hecho de violencia cruzada, que guarda parámetros de credibilidad».

También debe mencionarse, como elementos fundamentales que tuvo en cuenta la jueza de sentencia, a la fotografía (agregada a fs. 6) en la que se visualiza la marca en su brazo y al informe del examen físico del Cuerpo Médico Forense, obrante a fs. 29, y del que surge que S. presentaba «hematoma violáceo en cara interna del brazo derecho», lesiones compatibles con el relato de la denunciante. Asimismo resulta determinante para conformar el cuadro de prueba valorado el testimonio de L. A. A. quien, si bien no presencié el momento en que el imputado pellizcó a la víctima, manifestó haber escuchado gritos, llantos y haber visto a la víctima sosteniéndose el brazo mientras expresaba «me duele, me duele» (fs. 143).

Por ello, estimo que los cuestionamientos defensivos representan argumentos y afirmaciones propias del rol asumido por el recurrente en relación a la valoración del material probatorio, pero que evidencian una mera discrepancia con la labor intelectual del tribunal de juicio en la fundamentación del fallo, carentes de sustento para desvirtuarlo.

c.- Conclusiones

En síntesis, considero que el tribunal de sentencia sustentó su decisión en el análisis contextualizado de las pruebas producidas en el debate, las que ponderó de acuerdo a las reglas de la sana crítica racional y

con perspectiva de género, cuyo apartamiento la censurante no ha podido demostrar. Por todo lo expuesto, y en opinión concordante con la del Procurador General, corresponde contestar de manera negativa a la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de J.I.B.d.I.M.. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Comparto la solución a la que llega mi distinguido colega de Sala y en lo referente a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria con perspectiva de género entiendo oportuno remitirme a lo señalado en los precedentes **«Mejía, Salvador»** y **«Di César Morales»**, los que entiendo aplicables al presente caso. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere. Ampliatorio.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Comparto los fundamentos por los cuales el voto preopinante considera que corresponde desestimar los agravios esgrimidos por la defensa de J.I.B.d.I.M.. En especial, adhiero a las consideraciones realizadas en torno a la valoración de los elementos de prueba en hechos acontecidos en un contexto de violencia de género, a los que ya me he referido en numerosos pronunciamientos (ver **«Galdeano Reyes»**, **«Merlo Lassa»**, **«Concha, Jesús»**, **«Alaniz Pineira»**, entre otros).

En esta última oportunidad señalé en relación a la valoración de los elementos de prueba en función de la perspectiva de género que «... que para juzgar los conflictos en los cuales las mujeres son víctimas de violencia en sus distintas manifestaciones, hay que partir de aceptar que la realidad se encuentra polarizada en torno a patrones de dominación masculina que reproducen la discriminación en los distintos ámbitos en donde la mujer desarrolla sus relaciones interpersonales».

Destaqué también que «...los distintos operadores del derecho, tanto en la recaudación de elementos probatorios como al momento de valorarlos, deben orientar también su labor a detectar las circunstancias estructurales que perpetúan la violencia estructural contra las mujeres con el fin de imprimir en su análisis una perspectiva de género».

En este sentido, señalé en el **precedente «Galdeano Reyes»** que «... no puedo dejar de soslayar que analizamos una problemática compleja que afecta un colectivo de personas en situación de vulnerabilidad que, por distintas circunstancias o factores, se ven privadas del pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales.

Los problemas derivados de esta especial situación de vulnerabilidad, así, exceden un abordaje meramente jurídico en tanto se trata de una problemática compleja que atraviesa y debe ser atendida, comprendida y abordada desde conocimientos interdisciplinarios. Por ello, el administrador de justicia al valorar elementos probatorios –particularmente pero no excluyentemente en la esfera penal– debe ponderar los patrones socioculturales y estereotipos sobre los que se construye esta problemática, a fin de tener una verdadera comprensión del fenómeno de violencia de género y, de esta manera, poder lograr desde el Derecho aportar soluciones que contribuyan a atacar el flagelo de la violencia y trabajar en pos de la igualdad de género».

En definitiva, estimo que el Tribunal de instancia anterior aplicó en forma satisfactoria las pautas reseñadas, pues para considerar acreditados los hechos constitutivos de la agresión sufrida por la víctima ponderó los elementos de juicio incorporados legítimamente al debate bajo los parámetros de valoración que impone la temática en estudio. ASÍ VOTO.

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

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

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de J.I.B.d.I.M..
- 2.- Tener presente la reserva federal efectuada.
- 3.- Remitir las presentes actuaciones al Tribunal de origen, a sus efectos.

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

11- ALCALDE JARA. 30-07-20.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200730_FcAJO.pdf

Lex: Art. 89 en función de los arts. 92 y 80 inc. 1° y 11 del CP

Vox: VG. Lesiones leves dolosas. Vínculo. Violencia de género. Valoración de la prueba.

Summa:

El TPC condenó al señalado a la pena de **seis meses de prisión en forma condicional** como autor penalmente responsable del delito de lesiones leves dolosas calificadas por el vínculo y por mediar violencia de género (art. 89 en función de los arts. 92 y 80 inc. 1° y 11 del Código Penal).

La **defensa** interpone recurso de casación.

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

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 2786, pronunciada por el JPC N° 1- 3° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Galdeano Reyes. 31-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180731_FcGRJ.pdf
- Concha Jesús. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- Merlo Lassa. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=243>
- Alaniz Pineira. 23-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=37>
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Ojeda Pérez: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>
- Brancelo Urbon. 05-03-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200305_FcBUD.pdf
- Di Cesare Morales. 26-06-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=156>
- Mejía Salvador. 10-09-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=197>

Doctrina citada.

UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017

<https://www.unicef.org/argentina/media/1516/file/Perspectiva%20de%20q%C3%A9nero.pdf>

<https://www.unicef.org/argentina/informes/comunicaci%C3%B3n-infancia-y-adolescencia-guia-para-periodistas>

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

Fallo:

CUIJ: 13-04822813-9/1((038501-787)) RECURSO DE CASACION EN P-101916/18 FC/ A. J. O. D. P/ LESIONES LEVES DOLOSAS CALIFICADAS (0787) (101916) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104903809*

En Mendoza, a los treinta días del mes de julio del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N°13-04822813-9/1, caratulada "FC/A. J., O. D. P/ LESIONES LEVES DOLOSAS CALIFICADAS S/ CASACIÓN".

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

La defensa de O. D. A. J. interpone recurso de casación (fs. 1/11 vta.), contra la Sentencia N° 2.786 (fs. 15) y sus fundamentos, mediante la cual se lo condenó a la pena de seis meses de prisión en forma condicional como autor penalmente responsable del delito de lesiones leves dolosas calificadas por el vínculo y por mediar violencia de género (art. 89 en función de los arts. 92 y 80 inc. 1° y 11 del Código Penal), en la causa N° P-101.916/18.

El pronunciamiento fue dictado por el Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Tercera Circunscripción Judicial. De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

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

1.- Sentencia recurrida

La sentenciante tuvo por acreditado que los hechos ocurrieron tal como lo sostuvo la hipótesis acusatoria. Así consideró probado, con el grado de convicción necesario que requiere una sentencia de condena, que «[e]l día 10 de diciembre del 2018, siendo la hora 23:55 aproximadamente, la víctima A. J. B. B. se encontraba en su domicilio sito en ... San Martín, Mendoza, oportunidad en que su marido O. D. A. J. luego de discutir con la misma la agarró de los pelos y la llevó hasta la cochera del domicilio, lugar donde le dio varios cabezazos en la boca provocándole traumatismo en labio inferior, leve excoiación pequeña en labio inferior, con un tiempo probable de curación de 3 días».

Para así decidir valoró, entre los elementos más importantes la declaración del acusado, las declaraciones testimoniales de A. B., de P. F., de M. L. y del Licenciado D. V., así como los informes del examen físico y psicológico realizado a A. B. y el informe psicológico realizado al acusado.

2.- Recurso de casación

Los motivos del recurso de casación formulado por la defensa se enmarcan en las disposiciones el art. 474 inc. 2° del CPP.

Los defensores estiman que no se obtuvo el grado de certeza necesario, por carecer de elementos probatorios suficientes, para afirmar que el imputado participó en el delito de lesiones leves dolosas agravadas. Señalan que existe prueba omitida y que la considerada lo es parcializada, contradictoria y mutilada.

Agregan que la sentencia se basa en prueba débil y dudosa. Por tal motivo consideran que existe una defectuosa fundamentación y que corresponde anular lo actuado y remitir el proceso al tribunal que corresponda para su sustanciación conforme a derecho. Refieren que la sentenciante de la instancia

anterior le restó importancia al testimonio de P. F. cuando se refirió a la personalidad de A. J. Manifiestan que si el Tribunal va a valorar los dichos de B. respecto de la personalidad del imputado, consideran que también tiene que tener en cuenta aquel testimonio. Agregan que el Lic. V. expresó que el imputado no es una persona violenta.

Consideran que el testimonio de A. J. B. no reúne los criterios de credibilidad, siendo absolutamente desproporcionado lo que manifestó en la denuncia a fs. 2 «si, es apenas una lastimadura en el labio inferior de la boca que tengo rojo», con el tipo de lesión constatada por el médico de Sanidad Policial a fs. 22.

A continuación exponen la técnica de Carlos Climent Duran para corroborar la versión de la víctima cuando se carece de información independiente que la confirme (**posición sostenida, según los recurrentes, en la obra de aquel autor La Prueba Penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, ps. 138 y ss.**). Señalan que el mencionado autor somete el **testimonio de la víctima a «3 filtros» para evaluar la veracidad** de sus dichos.

Argumentan que **«el primer filtro»** hace referencia a la ausencia de incredulidad subjetiva y debe tenerse en cuenta si existe un ánimo de resentimiento o una intención de causar un daño con la denuncia. Expresan que, en el caso concreto, esta situación queda explicada si se tiene en cuenta el daño que se le ocasiona en el historial de una persona que pertenece a las Fuerzas de Seguridad de la Provincia de Mendoza. Además agregan que se debe tener en cuenta la calidad personal de la víctima. Al respecto señalan que a fs. 43 surge que puede ser agresiva y que puede presentar sentimientos inadecuados cuando no percibe en los demás una respuesta a sus necesidades, por lo que consideran que esa agresividad es la que se ve plasmada en la intención de causar un daño con el testimonio.

Luego mencionan que **«el segundo filtro»** se refiere a la lógica y racionalidad del relato. Señalan que este punto guarda relación directa con el art. 206 del CPP, que establece que las pruebas serán valoradas de acuerdo a las reglas de la sana crítica racional, por lo que consideran que existe una desproporcionalidad entre el relato de la víctima (varios cabezazos en la boca) y las lesiones constatadas. P

or último, expresan que **«el tercer filtro»** alude a la persistencia en el relato. Consideran que la víctima no pudo especificar la cantidad de «cabezazos», y tampoco pudo explicar de manera coherente en el debate como la frente de A. J. pudo golpear su labio inferior.

Asimismo señalan que no hubo comunicación al 911 y que la víctima no concurrió al hospital. También hacen referencia que la víctima manifestó que el imputado posee armas de fuego pero que no fueron utilizadas en hechos anteriores.

Al respecto aclaran que si bien esta situación no tiene que ver con el hecho que se juzga, se debe tener en cuenta al momento de valorar su testimonio en su totalidad.

De acuerdo a lo señalado, estiman que debe absolverse al imputado atento a que su versión es creíble y se encuentra avalada por los testimonios y pericias analizadas, a lo que le suman las dudas sobre los supuestos dichos de la víctima.

Hace reserva del caso federal.

3.- Dictamen del Procurador General

El Procurador General considera que debe rechazarse el recurso casatorio, convalidando en su totalidad la sentencia impugnada. Refiere que la defensa pretende una revisión ex novo de todo lo que ya ha sido tratado en el debate y sometido a contradicción de acusación y defensa.

Estima que la sentencia luce debidamente fundada y argumenta que surge de manera clara que la jueza contó con los elementos necesarios para lograr la certeza requerida en ese estadio procesal a los fines de condenar al imputado O. D. A. J., tal como lo hizo.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso de casación formulado considero, por los motivos que a continuación se exponen, que no corresponde hacerle lugar. En efecto, estimo que la motivación cuestionada es suficiente para mantener el dictum como acto jurisdiccional válido, en tanto no adolece de falencias que impliquen su anulación.

Ello a tenor de la jurisprudencia reiterada de esta Sala que ha establecido que, para que los defectos en la fundamentación conlleven tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (conf. LS. 186-427, 153-011, 354-218, 392-094 y 397-177, entre otros), lo que en la especie no ocurre.

a.- Consideraciones generales sobre la valoración probatoria con perspectiva de género

Para comenzar entiendo oportuno destacar que, la sentenciante al momento de resolver asumió una perspectiva integral en relación a los criterios de valoración señalados en la Ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollan sus relaciones interpersonales. En este sentido debo señalar que sobre esta cuestión tuve ocasión de pronunciarme en diversos precedentes (“**Cruz Caporiccio**”, “**Merlo Lassa**”; “**Quiroga Morales**”; “**Ojeda Pérez**”; “**Vázquez Tumbarello**”; entre otros).

En especial en “**Ojeda Pérez**” sostuve que «[...] comparto que aquella concepción según la cual la perspectiva o visión de género es una “categoría analítica que toma los estudios que surgen desde las diferentes vertientes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma, cuestionar los estereotipos y elaborar nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad al servicio de la igualdad y la equidad” (UNICEF, “**Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas**”, Buenos Aires, 2017).

Destaco la idea de igualdad contenido en la definición en tanto se encuentra no sólo consagrada expresamente en el texto constitucional (art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza), sino, también, en el ámbito de la normativa internacional. Así, entre otros, la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” -Belem Do Pará-, garantiza que toda mujer tiene “el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley” (art. 4, inc. “f”)». Sostuve también en esa ocasión que «[...] en nuestro ordenamiento interno, la ley nacional 26.485 es una norma orientada pura y exclusivamente a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las “mujeres”. En tal sentido, entre sus objetivos primordiales, el propio texto promueve y garantiza “la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida”, “el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia”, “las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos”, como también, “la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de **poder sobre las mujeres**”(art 2, inc. a, b, c y e respectivamente)».

Así, «[...] ese texto normativo vino a imponer un **verdadero “deber jurídico”** para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas. Sus destinatarios directos son aquellos sujetos

que integran los órganos decisores en el marco de los procesos judiciales penales, ya sea por el lado de quienes resultan facultados para disponer sobre el curso de investigación, como también, respecto de quienes son los encargados de su juzgamiento».

Ese deber jurídico no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley. Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que «[l]os organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativos, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional [...] los siguientes derechos y garantías: i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son su naturales testigos [...]» (art. 16)». Ahora bien, «[...] además de ese deber genérico, ya en el terreno que resulta propio a la actuación de los órganos de justicia dentro de los procedimientos jurisdiccionales penales, el texto legal contiene dos normas que consagran lineamientos funcionales para los operadores del sistema de administración de justicia en el abordaje de la problemática de género.

En consonancia con el sistema de protección integral, se consagra el principio de «amplia libertad probatoria» para tener por acreditados “los hechos denunciados, evaluándose las pruebas ofrecidas de acuerdo con el principio de la sana crítica. Se considerarán las presunciones que contribuyan a la demostración de los hechos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes” (art 31)». De tal manera «[...] el texto legal vigente [ley 26.485] no introduce un nuevo método de valoración probatoria para los casos de violencia de género, puesto que siempre la prueba debe valorarse conforme al sistema de la sana crítica racional (art. 206 y 409 del CPP).

A mi modo de ver, la imposición de un método de valoración de la prueba como herramienta obligatoria para el abordaje de esta problemática, se justifica ante la necesidad de evitar que los órganos jurisdiccionales decisores puedan apartarse en la adopción de decisiones, del contexto fáctico que es propio a este género de conductas delictivas».

Así, «[...] el acierto de la ley consistió en establecer, en forma igualitaria, un método de valoración que evite la discriminación que en ocasiones ocurría por prácticas derivadas de la cultura jurídica patriarcal inquisitiva, que se transformaron en consuetudinarias, y que era necesario erradicar. Repárese que es la propia Convención Belem Do Pará donde se fija, como un deber de los Estados el “tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la **violencia contra la mujer**” (art. 7, inc. “e”)).

Ello no resulta novedoso para la labor jurisdiccional en razón que «[...] siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba –objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento. Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto. Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas».

Conforme a lo expresado «[...] es el contexto en el que se inserta el hecho delictivo el que viene a determinar el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio. Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres el testimonio de la víctima ostenta un valor fundamental en la

comprobación de los extremos de una imputación delictiva, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la responsabilidad penal derivada del mismo».

Por todo ello, uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo.

A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables.

De tal manera «[...] uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo. A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables».

De no proceder de esta manera estaríamos recreando la sociedad estamental –con características propias– del Estado premoderno, lo que implicaría una vulneración del principio de igualdad –consagrado en el art. 16 de la CN y 7 de la CM–, el que, a su vez, constituye uno de los pilares de la República Federal. A lo señalado debe sumarse, tal como destaqué en el **precedente «Vázquez Tumbarello», la relevancia de la ley 27.499, denominada «Ley Micaela»,** en tanto dispuso la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra la mujer para todas las personas que desempeñen la función pública, en cumplimiento del objetivo señalado.

En coincidencia con aquella normativa la **Acordada n° 29.318** de esta Suprema Corte de Justicia, y su anexo «Programa de capacitación permanente para la incorporación de la perspectiva de género en el marco de la Suprema Corte de Justicia».

Así, con fundamento en el principio de igualdad y la consecuente prohibición de discriminación, se dispusieron una serie de acciones concretas para asegurar la «igualdad real» de las mujeres en sus relaciones interpersonales.

En conclusión, entiendo que la trascendencia de la ley 26.485 radica no en conformar un estatus jurídico distinto aplicable a la mujer, sino que mediante la capacitación dirigida a los funcionarios públicos y, en lo que aquí interesa, a funcionarios y magistrados del poder judicial, se otorgue una perspectiva para valorar los elementos probatorios bajo el prisma de la igualdad consagrada en la normativa nacional.

Ella debe estar despojada de estereotipos y prácticas relacionadas con la cultura jurídica patriarcal-inquisitiva, plasmada en usos y costumbres que importaron, e importan, prácticas que impiden poner en contexto los medios convictivos al momento de su ponderación.

Estas consideraciones, como adelanté, las entiendo plenamente aplicables al caso por cuanto nos encontramos frente a un supuesto de violencia de género en donde el tribunal de instancia anterior ha tenido en cuenta los parámetros antes referidos al momento de la ponderación de los elementos de prueba obrantes en la causa. En función de las pautas señaladas es que analizaré las impugnaciones formuladas en la presente causa.

b.- Acerca de los cuestionamientos realizados por la defensa a la valoración probatoria realizada por la jueza de sentencia y al modo de fundamentar su decisión.

Surge del planteo casatorio que, el eje central de la impugnación radica en afirmar que la participación de O. D. A. J. no se encuentra debidamente probada, cuestionando a tal fin, la valoración probatoria realizada por la sentenciante. Al respecto, sostienen que la sentencia se basa en prueba débil y dudosa. Se advierte de los fundamentos de la resolución cuestionada que, la sentenciante sustentó su decisión en el análisis

contextualizado de las pruebas rendidas en la causa, las que ponderó de acuerdo a las reglas de la sana crítica racional, cuyo apartamiento los recurrentes no han podido demostrar.

En efecto, estimo que no puede prosperar el agravio dirigido a cuestionar la credibilidad del testimonio de A. B.. Esto en razón de que la a quo, acertadamente a mi criterio, consideró que «[e]l relato de la Sra. A. resultó **creíble, coherente, verosímil, persistente**».

Al respecto señaló que «[l]a alta credibilidad de la testimonial de la misma deviene no sólo de como explicó los cómo y los porqué de sus dichos, sino también de la forma en que estos fueron brindados, en este espacio de debate, al juez y a las partes sin contradicciones, sin mendacidades y sin dudar». Asimismo, debe señalarse que surge de la sentencia cuestionada que, los dichos de la víctima se encuentran corroborados por elementos probatorios de carácter objetivo.

Por un lado, el examen físico realizado por el profesional médico de Sanidad Policial, Dr. A. C., que constató las lesiones ocasionadas, traumatismo en labio inferior, leve excoriación pequeña en labio inferior, con un tiempo probable de curación de 3 días, sin incapacidad laboral, salvo complicaciones.

Se advierte, tal como lo hizo la sentenciante, que las lesiones se corresponden con el relato de la víctima. Por otro lado, el examen psíquico realizado por el Lic. D. V. del Cuerpo Médico Forense, del que surge que A. B., al momento de la evaluación no presentaba patología mental grave, ni tenía tendencia a la fabulación o mitomanía.

Se agregó además en aquel examen que su discurso presentaba indicadores de credibilidad y que refería haber padecido en el hecho denunciado violencia verbal y física.

También se destaca allí que A. B. presentaba antecedentes de maltrato verbal y psicológico, observándose consecuencias compatibles con maltrato de pareja y un vínculo de tipo disfuncional de larga data. Asimismo, consta en el examen que B. reconoció violencia cruzada.

En otro lugar, considero que también debe rechazarse el cuestionamiento vinculado a poner en duda la existencia de los cabezazos por parte de A. hacia la víctima.

Es de resaltar que la sentenciante en sus fundamentos analizó este mismo cuestionamiento realizado por la defensa durante la audiencia de debate.

Así, señaló, acertadamente a mi criterio, que la defensa no aportó elementos que acrediten el motivo de la imposibilidad de que el acusado le haya propinado cabezazos en el labio a la víctima. A mi modo de ver, no hay motivo para dudar de la declaración de B.

Ello en tanto que su versión de lo ocurrido resulta respaldada, como me referí anteriormente, a través de los demás elementos de prueba obrantes en la causa. También debe mencionarse el informe del examen psíquico, en que se concluye que su discurso presenta indicadores de credibilidad.

Por otra parte, considero que tampoco puede prosperar el cuestionamiento vinculado a que la sentenciante le restó importancia al testimonio de P. F.

Ello, en tanto los recurrentes no logran explicar debidamente la decisividad del supuesto cuestionamiento, así como tampoco explican por qué razón su valoración haría variar la solución adoptada. Sin perjuicio de ello, se advierte que la jueza de la instancia anterior brindó, en razonamiento que comparto, los motivos por los cuales las declaraciones de P. F. —ex pareja de la víctima— y de M. L. —ex pareja del acusado— no desvirtuaban el sustento probatorio de la acusación.

Así, la a quo manifestó que «[l]as declaraciones de ellos no sumaron ningún valor convictivo a ninguna de las teorías, ni siquiera a la estrategia defensiva [...] que A. haya sido un buen marido de M. L. [...] no le resta ni le suma nada a la historia con la Sra. B. [...] del mismo modo, que P. F. haya tenido una mal vínculo con la Sra. B. [...] tampoco influye aquí en los hechos que investigó la fiscalía».

También argumentó que ambos vinieron a declarar «[s]obre hechos morales, si son buenos o malos, si me llevo bien, si me llevo mal, pero no sobre el hecho en sí, que se investigó por la fiscalía en esta causa». A lo señalado debe agregarse, comparto lo sostenido por la sentenciante, con respecto a que la versión que aportó el acusado no fue, en función de los elementos de **cargo existentes, creíble, ni verosímil, sino que, por el contrario, resultó un mero intento por desvincularse de la acusación sin obtener tal resultado.**

En el caso en análisis, no se advierten los **defectos de fundamentación referidos por los recurrentes**, en tanto existen motivos de peso –provenientes de la adecuada valoración por la jueza de la instancia previa de los elementos de prueba obrantes en la causa, entre los que, como se refirió, se destacan la declaración de la denunciante, su examen físico y psíquico– para confirmar la sentencia impugnada.

Así, los cuestionamientos defensivos aparecen como argumentos y afirmaciones, propios de la posición asumida, en relación a la valoración del material probatorio, que evidencian una mera discrepancia con la labor intelectual del tribunal de juicio en la fundamentación del fallo, carentes de virtualidad para invalidar la resolución recurrida. Por todo lo expuesto, y en opinión concordante con la del Procurador General, corresponde contestar de manera negativa a la primera cuestión planteada y, en consecuencia, debe rechazarse el recurso de casación interpuesto por la defensa de O. D. A. J. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Comparto la solución a la que llega mi distinguido colega de Sala y en lo referente a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria con perspectiva de género entiendo oportuno remitirme a lo señalado en los **precedentes «Mejía, Salvador» y «Di Césare Morales»**, los que entiendo aplicables al presente caso. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Comparto los fundamentos por los cuales el voto preopinante considera que corresponde desestimar los agravios esgrimidos por la defensa O. D. A. J.. En especial, adhiero a las consideraciones realizadas en torno a la valoración de los elementos de prueba en hechos acontecidos en un contexto de violencia de género, a los que ya me he referido en numerosos pronunciamientos (**ver «Galdeano Reyes», «Merlo Lassa», «Concha, Jesús», «Alaniz Pineira»**, entre otros).

En esta última oportunidad señalé en relación a la valoración de los elementos de prueba en función de la perspectiva de género que «[...] que para juzgar los conflictos en los cuales las mujeres son víctimas de violencia en sus distintas manifestaciones, hay que partir de aceptar que la realidad se encuentra polarizada en torno a patrones de dominación masculina que reproducen la discriminación en los distintos ámbitos en donde la mujer desarrolla sus relaciones interpersonales».

Destaqué también que «[...] los distintos operadores del derecho, tanto en la recaudación de elementos probatorios como al momento de valorarlos, deben orientar también su labor a detectar las circunstancias estructurales que perpetúan la violencia estructural contra las mujeres con el fin de imprimir en su análisis una perspectiva de género».

En este sentido, señalé en el **precedente «Galdeano Reyes»** que «[...] no puedo dejar de soslayar que analizamos una problemática compleja que afecta un colectivo de personas en situación de vulnerabilidad que, por distintas circunstancias o factores, se ven privadas del pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales. Los problemas derivados de esta especial situación de vulnerabilidad, así, exceden un abordaje meramente jurídico en tanto se trata de una problemática compleja que atraviesa y debe ser atendida, comprendida y abordada desde conocimientos interdisciplinarios.

Por ello, el administrador de justicia al valorar elementos probatorios –particularmente pero no exclusivamente en la esfera penal– debe ponderar los patrones socioculturales y estereotipos sobre los que se construye esta problemática, a fin de tener una verdadera comprensión del fenómeno de violencia de género y, de esta manera, poder lograr desde el Derecho aportar soluciones que contribuyan a atacar **el flagelo de la violencia y trabajar en pos de la igualdad de género».**

En definitiva, estimo que el Tribunal de instancia anterior aplicó en forma satisfactoria las pautas reseñadas, pues para considerar acreditados los hechos constitutivos de la agresión sufrida por la víctima ponderó los elementos de juicio incorporados legítimamente al debate bajo los parámetros de valoración que impone la temática en estudio. ASÍ VOTO

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

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

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

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

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

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuestos por la defensa de O. D. A. J..
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad
- 3.- Tener presente la reserva federal efectuada.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al Tribunal de origen, a sus efectos.

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

12- RUGGERI VELOCCE. 05-08-20.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200805_FcRVP.pdf

Lex: Art. 92 en función del art. 90 y 80 inc. 1° y 11° del CP.

Vox: VG. Lesiones graves dolosas agravadas. Vínculo. Pareja. Violencia de género. Valoración de la prueba.

Summa:

El JPC condenó al señalado a la pena **de seis meses de prisión en modalidad condicional** como autor penalmente responsable del delito lesiones leves dolosas calificadas por haber existido relación de pareja y por mediar violencia de género (art. 92 en función de los arts. 89 y 80 inc. 1° y 11 del Código Penal, y art. 4 de Ley 26.485).

La **defensa** interpone recurso de casación.

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

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1287, pronunciada por el JPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Galdeano Reyes. 31-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180731_FcGRJ.pdf
- Concha Jesús. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- Merlo Lassa. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=243>
- Alaniz Pineira. 23-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=37>
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Ojeda Pérez: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>
- Brancelo Urbon. 05-03-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200305_FcBUD.pdf
- Di Cesare Morales. 26-06-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=156>
- Mejía Salvador. 10-09-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=197>

Doctrina citada.

UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017

<https://www.unicef.org/argentina/media/1516/file/Perspectiva%20de%20q%C3%A9nero.pdf>

<https://www.unicef.org/argentina/informes/comunicaci%C3%B3n-infancia-y-adolescencia-guia-para-periodistas>

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

Fallo:

CUIJ: 13-04615373-6/1((018502-43536)) F. C/ R. V. P. P/ LESIONES LEVES DOLOSAS CALIFICADAS (43536) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104698166*

En Mendoza, a los cinco días del mes de agosto del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N°13-04615373-6/1, caratulada "F. C/ R. V., P. P/ LESIONES LEVES DOLOSAS CALIFICADAS S/ CASACIÓN".

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

La defensa de P.G.R.V. interpone recurso de casación (fs. 141/145), contra la Sentencia N° 1.287 (fs. 131 y vta.) y sus fundamentos (fs. 132/136), mediante la cual se lo condenó a la pena de seis meses de prisión en modalidad condicional como autor penalmente responsable del delito lesiones leves dolosas calificadas por haber existido relación de pareja y por mediar violencia de género (art. 92 en función de los arts. 89 y 80 inc. 1° y 11 del Código Penal, y art. 4 de Ley 26.485) en la causa P-43.536/18.

El pronunciamiento fue dictado por el Juzgado Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial. De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas. SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:

1.- Sentencia recurrida

El tribunal de juicio tuvo por acreditado que los hechos ocurrieron tal como lo sostuvo la hipótesis acusatoria, esto es que: «... para fecha 28 de mayo del 2018, siendo las 13:30 horas aproximadamente, P.G.R.V, encontrándose en el domicilio sito en calle ..., agredió verbalmente a su pareja J.R.B.J., para luego agarrarla con fuerza en sus brazos y golpearla con dos golpes de puño en su cabeza, causándole lesiones de equimosis rojiza redondeada en cara posterior del antebrazo derecho, excoriación lineal de 2 cm en la misma zona y dos excoriaciones de 0.5 cm en cara dorsal de muñeca izquierda, las cuales fueron constatadas por el Cuerpo Médico Forense, todo ello en contexto de violencia de género».

Para así decidir el sentenciante valoró, entre los elementos más importantes las declaraciones testimoniales de Y.R.B.J., de M.M.C., del Oficial de Policía ..., del Oficial Inspector ..., de la licenciada Mariana Chiabrando y del Dr. Julio Herrera del Cuerpo Médico Forense; la declaración del acusado P.G.R.V; el acta de denuncia (fs. 1/3); las fotografías de las lesiones de la víctima (fs. 6/8); el acta de procedimiento (fs. 15); el informe del examen psíquico realizado al acusado (fs. 56); el informe del examen físico realizado a la víctima (fs. 79) y el informe de valoración del riesgo de violencia física realizado a la víctima (fs. 80/81 vta.).

2.- Recurso de casación

La defensa formula su impugnación de acuerdo a las disposiciones el art. 474 inc. 1° del CPP. Señala como primer motivo casatorio impetrado aquel que atañe a la inobservancia de las normas sustantivas por una fundamentación aplicada parcial y arbitrariamente.

Consideran así que los hechos contenidos en la sentencia no reúnen el grado de certeza necesario para condenar a su pupilo.

Cuestionan especialmente la valoración efectuada por la jueza de sentencia para condenar por que denominan «la moda del agravante», sin reunir los elementos necesarios y determinantes para sentenciar a su defendido.

Sostienen que de las testimoniales ventiladas en el debate surge que la agresión no se produjo. Además afirman que el informe psicológico no es concluyente.

Estiman que la jueza no ha seguido las reglas de la sana crítica racional y ha realizado una errónea motivación para determinar una condena injusta.

Manifiestan que el tribunal de sentencia menospreció lo declarado por la supuesta víctima, quien expresó que el objeto de este proceso fue una simple discusión y que en ningún momento su esposo le pegó.

Agregan que una simple discusión no es delito.

Consideran que la jueza no tuvo en cuenta que son una familia y que tienen hijas que son criadas por ambos padres. Afirman que luego de esa discusión continúan, al momento de la presentación recursiva, con terapia de pareja.

Señalan que la aplicación de una pena de seis meses de cumplimiento en suspenso se transforma en sí misma en desmedida y gravosa, causando un grave perjuicio a su pupilo y haciéndole perder su trabajo de manera innecesaria e injusta.

Por último, expresan que no hay otra solución que declarar la nulidad de la pena aplicable en la sentencia atacada, atento a que consideran que tiene vicios in procedendo que ameritan dicha solución.

Argumentan que esos vicios devienen de no haber seguido el método de la sana crítica racional. Sostiene que si la jueza hubiera considerado la declaración de la supuesta víctima y de los testigos, sobre todo del personal policial que se presentó en el momento del supuesto hecho delictivo, los cuales son claros y concretos, no existen signos de violencia física ni psicológica, debería haber declarado la absolución de su defendido.

Manifiestan que en el caso que la Suprema Corte admita el reclamo debe declarar la nulidad de la pena impuesta en la sentencia recurrida y absolver.

Solicitan del Tribunal ad quem el dictado de un pronunciamiento que anule la pena impuesta en la sentencia atacada y aplique la adecuada al caso de acuerdo a la ley, la jurisprudencia y la doctrina imperante.

Hacen reserva del caso federal.

3.- Dictamen del Procurador General

El Procurador General al momento de dictaminar considera que debe rechazarse el recurso formulado y, en consecuencia, confirmarse la validez de la sentencia impugnada.

Ello en tanto la resolución cuestionada se encuentra debidamente fundada, ya que la juzgadora contó con los elementos necesarios para alcanzar la certeza requerida en ese estadio procesal a los fines de condenar al acusado.

En relación al cuestionamiento de la pena impuesta, considera que la pena de seis meses de prisión en suspenso es ajustada a derecho, en cuanto al tipo y al monto, por encontrarse comprendida dentro de la escala penal prevista.

Por tal razón, advierte por parte del recurrente una mera discrepancia con la misma que no es susceptible de desvirtuar su validez.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso de casación formulado considero, por los motivos que a continuación se exponen, que no corresponde hacerle lugar.

En efecto, estimo que la motivación cuestionada es suficiente para mantener el dictum como acto jurisdiccional válido, en tanto no adolece de falencias que impliquen su anulación.

Ello a tenor de la jurisprudencia reiterada de esta Sala que ha establecido que, para que los defectos en la fundamentación conlleven tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (conf. LS. 186–427, 153–011, 354–218, 392–094 y 397–177, entre otros); lo que en la especie no ocurre.

a.- Consideraciones generales sobre la valoración probatoria con perspectiva de género

En primer lugar debe señalarse, que el sentenciante al momento de resolver asumió una perspectiva integral en relación a los criterios de valoración señalados en la Ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollan sus relaciones interpersonales.

En este sentido debo señalar que sobre esta cuestión tuve ocasión de pronunciarme en diversos precedentes (**“Cruz Caporiccio”, “Merlo Lassa”; “Quiroga Morales”; “Ojeda Pérez”; “Vázquez Tumbarello”; “Brancello Urbón”; entre otros**).

En especial en **“Ojeda Pérez”** sostuve que «... comparto que aquella concepción según la cual la perspectiva o visión de género es una “categoría analítica que toma los estudios que surgen desde las diferentes vertientes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma, cuestionar los estereotipos y elaborar nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad al servicio de la igualdad y la equidad” (UNICEF, **“Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017**).

Destaco la idea de igualdad contenido en la definición en tanto se encuentra no sólo consagrada expresamente en el texto constitucional (art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza), sino, también, en el ámbito de la normativa internacional. Así, entre otros, la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” – Belem Do Pará –, garantiza que toda mujer tiene “el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley” (art. 4, inc. “f”)».

Sostuve también en esa ocasión que «... en nuestro ordenamiento interno, la ley nacional 26.485 es una norma orientada pura y exclusivamente a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las "mujeres".

En tal sentido, entre sus objetivos primordiales, el propio texto promueve y garantiza “la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida”, “el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia”, “las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos”, como también, “la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres”(art 2, inc. a, b, c y e respectivamente)».

Así, «... ese texto normativo vino a imponer un **verdadero “deber jurídico”** para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas.

Sus destinatarios directos son aquellos sujetos que integran los órganos decisores en el marco de los procesos judiciales penales, ya sea por el lado de quienes resultan facultados para disponer sobre el curso

de investigación, como también, respecto de quienes son los encargados de su juzgamiento». Ese deber jurídico no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley.

Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que «los organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativos, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional ... los siguientes derechos y garantías: i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son su naturales testigos ...» (art. 16)».

Ahora bien, «... además de ese deber genérico, ya en el terreno que resulta propio a la actuación de los órganos de justicia dentro de los procedimientos jurisdiccionales penales, el texto legal contiene dos normas que consagran lineamientos funcionales para los operadores del sistema de administración de justicia en el abordaje de la problemática de género.

En consonancia con el sistema de protección integral, se consagra el principio de «amplia libertad probatoria» para tener por acreditados “los hechos denunciados, evaluándose las pruebas ofrecidas de acuerdo con el principio de la sana crítica. Se considerarán las presunciones que contribuyan a la demostración de los hechos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes” (art 31)». De tal manera «... el texto legal vigente [ley 26.485] no introduce un nuevo método de valoración probatoria para los casos de violencia de género, puesto que siempre la prueba debe valorarse conforme al sistema de la sana crítica racional (**art. 206 y 409 del CPP**).

A mi modo de ver, la imposición de un método de valoración de la prueba como herramienta obligatoria para el abordaje de esta problemática, se justifica ante la necesidad de evitar que los órganos jurisdiccionales decisores puedan apartarse en la adopción de decisiones, del contexto fáctico que es propio a este género de conductas delictivas».

Así, «... el acierto de la ley consistió en establecer, en forma igualitaria, un método de valoración que evite la discriminación que en ocasiones ocurría por prácticas derivadas de la cultura jurídica patriarcal inquisitiva, que se transformaron en consuetudinarias, y que era necesario erradicar.

Repárese que es la propia Convención Belem Do Pará donde se fija, como un deber de los Estados el “tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la **violencia contra la mujer**” (**art. 7, inc. “e”**)».

Ello no resulta novedoso para la labor jurisdiccional en razón que «... siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba –objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento.

Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto.

Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas».

Conforme a lo expresado «... es el contexto en el que se inserta el hecho delictivo el que viene a determinar el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio.

Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres el testimonio de la víctima ostenta un valor fundamental en la comprobación de los extremos de una imputación delictiva, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la responsabilidad penal derivada del mismo».

De tal manera «... uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo. A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables».

De no proceder de esta manera estaríamos recreando la sociedad estamental –con características propias– del Estado premoderno, lo que implicaría una vulneración del principio de igualdad –consagrado en el art. 16 de la CN y 7 de la CM–, el que, a su vez, constituye uno de los pilares de la República Federal. A lo señalado debe sumarse, tal como destacué en el **precedente «Vázquez Tumbarello», la relevancia de la ley 27.499, denominada «Ley Micaela»,** en tanto dispuso la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra la mujer para todas las personas que desempeñen la función pública, en cumplimiento del objetivo señalado.

En coincidencia con aquella normativa la **Acordada n° 29.318** de esta Suprema Corte de Justicia, y su anexo «Programa de capacitación permanente para la incorporación de la perspectiva de género en el marco de la Suprema Corte de Justicia».

Así, con fundamento en el principio de igualdad y la consecuente prohibición de discriminación, se dispusieron una serie de acciones concretas para asegurar la «igualdad real» de las mujeres en sus relaciones interpersonales.

En conclusión, entiendo que la trascendencia de la ley 26.485 radica no en conformar un estatus jurídico distinto aplicable a la mujer, sino que mediante la capacitación dirigida a los funcionarios públicos y, en lo que aquí interesa, a funcionarios y magistrados del poder judicial, se otorgue una perspectiva para valorar los elementos probatorios bajo el prisma de la igualdad consagrada en la normativa nacional.

Ella debe estar despojada de estereotipos y prácticas relacionadas con la cultura jurídica patriarcal–inquisitiva, plasmada en usos y costumbres que importaron, e importan, prácticas que impiden poner en contexto los medios convictivos al momento de su ponderación.

Estas consideraciones, como adelanté, las entiendo plenamente aplicables al caso por cuanto nos encontramos frente a un supuesto de violencia de género en donde el tribunal de instancia anterior ha tenido en cuenta los parámetros antes referidos al momento de la ponderación de los elementos de prueba obrantes en la causa. En función de las pautas señaladas es que analizaré las impugnaciones formuladas en la presente causa.

b.- Acerca de los cuestionamientos realizados por la defensa a la valoración probatoria realizada por el juez de sentencia y al modo de fundamentar su decisión

En segundo lugar, adentrado en el análisis de los agravios formulados considero oportuno realizar una breve aclaración en relación a los agravios aludidos.

Si bien la defensa aborda su crítica considerando que sus cuestionamientos configuran un supuesto de vicios in iudicando, a poco de ingresar en su análisis se advierte que el cuestionamiento se circunscribe a que los hechos contenidos en la sentencia no reúnen el grado de certeza necesario para condenar al imputado.

Ello es así por cuanto, si bien se cuestiona la inobservancia de las normas sustantivas para una fundamentación aplicada parcial y arbitrariamente y una errónea motivación para determinar una

condena injusta, lo cierto es que lo hace desde un ataque a la valoración que la jueza realiza de las declaraciones testimoniales.

En esta línea, los recurrentes atacan principalmente la valoración que hace la sentenciante del testimonio de la víctima de autos, atento a que manifestó durante la audiencia de debate que fue una simple discusión y que su esposo en ningún momento la golpeó. A mi modo de ver, el cuestionamiento no puede ser acogido.

Se advierte de la resolución cuestionada que la jueza trató correctamente, a mi entender, el tema relacionado a las dos versiones contradictorias respecto a cómo sucedieron los hechos, las que se ventilaron durante el transcurso de la investigación de la causa y en el desarrollo del debate.

Esto en razón que, en un primer momento la víctima manifestó en la Fiscalía que su marido «le había pegado dos piñas en la cabeza, pero no tenía lesiones, y que le había agarrado fuerte de los brazos dejándole marcas en el antebrazo» y, luego, en el transcurso del debate, minimizó el suceso y la participación del imputado.

Por lo que considero que de ninguna manera la sentenciante menospreció lo declarado por la víctima en el debate, tal como lo manifestaron los recurrentes. En efecto, la sentenciante explicó correctamente por qué razón entendía que tenía mayor fuerza convictiva la declaración prestada en el primer momento de la investigación.

En este sentido, señaló que «si bien la declaración prestada en el debate es la que reviste las condiciones de inmediatez, es precisamente esa cercanía con la víctima la que permitió advertir el estado emocional de la Sra. B., intentando justificar en todo momento a su marido, lo que debe entenderse y explicarse desde una perspectiva de violencia de género, siendo que la relación desigual de poder es afirmada por la profesional de EPI que declaró en el debate».

Asimismo, expresó que debía tenerse en cuenta «la espontaneidad del primer relato y la proximidad con el suceso criminoso, desde que fue prestado inmediatamente después de que el mismo tuviera lugar, sumado a que su versión se encuentra corroborada además por prueba de carácter objetiva y por las declaraciones del personal actuante que tuvo contacto con la víctima e imputado inmediatamente después de cometido el hecho» (fs. 133 vta.).

A mi modo de ver, y de manera coincidente con la jueza de la instancia anterior, considero que no hay motivo para dudar de la declaración de la víctima Y. R. B. prestada durante la instrucción. Ello, atento a que, tal como lo sostuvo la a quo, aquella declaración resulta respaldada a través de prueba objetiva. Entre ella ocupa un lugar preponderante las fotografías de la víctima (fs. 6/8), en las que se visualiza las marcas en sus brazos.

También, el informe del examen físico del Cuerpo Médico Forense (fs. 79) en el que consta que Y. R. B. presentó «equimosis rojiza redondeada en cara posterior de antebrazo derecho, excoriación lineal de 2 cm en cara posterior de antebrazo derecho, dos excoriaciones redondeadas de 0.5 cm en cara dorsal de muñeca izquierda».

Igualmente, debe tenerse en cuenta el informe del EPI y la declaración de la licenciada Chiabrando prestada en la audiencia de debate.

En efecto, la sentenciante señaló que en relación a la declaración de esta profesional «fue clara al mencionar que la víctima se encontraba inmersa en una situación de violencia de género ... que había indicadores de violencia doméstica ... una relación de poder, donde el varón se ubica en su lugar de dominio y superioridad en desmedro de la mujer» (fs. 134).

Asimismo, hizo referencia a que informe del EPI surgía que «se detectó la presencia de violencia física hacia la mujer, tal como zamarrones, forcejeos, empujones, ahorcamientos y cachetadas, relatando la víctima durante la entrevista comportamientos compatibles con violencia psicológica hacia la mujer, como insultos, humillaciones, denigración, recriminaciones por celos, conductas de control, impedimento de relaciones de amistad y acusaciones recurrentes de infidelidad» (fs. 134 vta.).

Es de señalar que, ese contexto de violencia de género en el que se encontraba inmersa la víctima, tal como lo indicó la sentenciante, también surge de la declaración del Dr. Julio Herrera prestada durante el debate y del examen psíquico que le realizó al imputado, en el que consta que «relata una relación disarmónica de pareja debido a sus frecuentes recaídas adictivas y rasgos de personalidad, que comprometen su funcionamiento general, protagonizando episodios de violencia de género, que lo ponen en riesgo y a su núcleo familiar» (fs. 56).

Por otra parte, también debe tenerse presente lo manifestado en la audiencia de debate por dos agentes de policía que arribaron al domicilio inmediatamente después de cometido el hecho, que si bien no vieron a J.B. lesionada, ambos fueron coincidentes al afirmar que «la víctima se encontraba angustiada por la situación» (fs. 133 vta.).

Del mismo modo lo relatado por M. M.C., vecina de J.B., quien en la audiencia de debate manifestó que si bien era la primera vez que toma intervención la autoridad policial, con anterioridad había escuchado dos discusiones, siendo que en esas oportunidades les aconsejó que buscaran ayuda, por la adicción de P.R. a las drogas, y a ella la aconsejó ir a la casa de la mujer.

Agregó que la Sra. R.B. no es una persona violenta y que el día de los hechos se la notaba cansada de la situación (fs. 134 vta.).

Por último, considero que tampoco puede prosperar el cuestionamiento vinculado a que la aplicación de la pena de seis meses de cumplimiento en suspenso es desmedida y gravosa.

Al respecto advierto que, los recurrentes no especifican cuáles serían los motivos por los que consideran que debe modificarse la pena impuesta, como así tampoco cuál sería la pena que para ellos debería aplicarse al caso concreto.

Sin perjuicio de ello, estimo que la pena impuesta al imputado se encuentra comprendida dentro de la escala penal prevista para el delito de lesiones leves dolosas calificadas por haber existido relación de pareja y por mediar violencia de género (art. 92 en función con el art. 89 y 80 inc. 1° y 11 del CP), por lo que no hay motivos para pensar que es desproporcionada, si se tiene en cuenta que se aplicó el mínimo dentro de esa escala.

En síntesis, considero que la sentenciante sustentó su decisión en el análisis contextualizado de las pruebas producidas en el debate, las que ponderó de acuerdo a las reglas de la sana crítica racional, cuyo apartamiento los recurrentes no ha podido demostrar.

Asimismo, se advierte que pretenden una nueva revisión de todo lo que fue tratado en el debate y sometido a la contradicción de acusación y defensa.

Por todo lo expuesto, y en opinión concordante con la del Procurado General, corresponde contestar de manera negativa a la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de P.G.R.V. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Comparto la solución a la que llega mi distinguido colega de Sala y en lo referente a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria con

perspectiva de género entiendo oportuno remitirme a lo señalado en los **precedentes «Mejía, Salvador» y «Di César Morales»**, los que entiendo aplicables al presente caso. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Comparto los fundamentos por los cuales el voto preopinante considera que corresponde desestimar los agravios esgrimidos por la defensa P.G.R.V. En especial, adhiero a las consideraciones realizadas en torno a la valoración de los elementos de prueba en hechos acontecidos en un contexto de violencia de género, a los que ya me he referido en numerosos pronunciamientos (ver **«Galdeano Reyes»**, **«Merlo Lassa»**, **«Concha, Jesús»**, **«Alaniz Pineira»**, entre otros).

En esta última oportunidad señalé en relación a la valoración de los elementos de prueba en función de la perspectiva de género que «... que para juzgar los conflictos en los cuales las mujeres son víctimas de violencia en sus distintas manifestaciones, hay que partir de aceptar que la realidad se encuentra polarizada en torno a patrones de dominación masculina que reproducen la discriminación en los distintos ámbitos en donde la mujer desarrolla sus relaciones interpersonales».

Destaqué también que «...los distintos operadores del derecho, tanto en la recaudación de elementos probatorios como al momento de valorarlos, deben orientar también su labor a detectar las circunstancias estructurales que perpetúan la violencia estructural contra las mujeres con el fin de imprimir en su análisis una perspectiva de género».

En este sentido, señalé en el **precedente «Galdeano Reyes»** que «... no puedo dejar de soslayar que analizamos una problemática compleja que afecta un colectivo de personas en situación de vulnerabilidad que, por distintas circunstancias o factores, se ven privadas del pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales.

Los problemas derivados de esta especial situación de vulnerabilidad, así, exceden un abordaje meramente jurídico en tanto se trata de una problemática compleja que atraviesa y debe ser atendida, comprendida y abordada desde conocimientos interdisciplinarios. Por ello, el administrador de justicia al valorar elementos probatorios –particularmente pero no excluyentemente en la esfera penal– debe ponderar los **patrones socioculturales y estereotipos** sobre los que se construye esta problemática, a fin de tener una verdadera comprensión del fenómeno de violencia de género y, de esta manera, poder lograr desde el Derecho aportar soluciones que contribuyan a atacar el flagelo de la violencia y trabajar en pos de la igualdad de género».

En definitiva, estimo que el Tribunal de instancia anterior aplicó en forma satisfactoria las pautas reseñadas, pues para considerar acreditados los hechos constitutivos de la agresión sufrida por la víctima ponderó los elementos de juicio incorporados legítimamente al debate bajo los parámetros de valoración que impone la temática en estudio. ASÍ VOTO.

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

Sobre la misma cuestión, los Dres. OMAR A. PALERMO y MARIO D. ADARO, adhieren al voto que antecede.

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

Sobre la misma cuestión, los Dres. OMAR A. PALERMO y MARIO D. ADARO, adhieren al voto que antecede.

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

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuestos por la defensa de P.G.R.V.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad
- 3.- Tener presente la reserva federal efectuada.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al Tribunal de origen, a sus efectos.

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

13- GIMENEZ HEREDIA. 10-09-20.

| | | | | | | | | | | | | | | |
|-----------|-------------|----|------|--------|---------|---------|----------|---------|-----------|---------|---------|-------------|----------|------------|
| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
| VG | Par. | - | - | - | - | - | A | - | CR | - | - | - | N | 414 |
| | | | | | | | | | | | | | | 474 |

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200910_FcGHE.pdf

Lex: Art. 92 en función con el 89 y 80 inc. 1° y 11°, 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto del CP. Art. 38 inc b de la ley 9106. Art. 416 incs. 4° y 5° del CPP.

Vox: VG. Lesiones dolosas agravadas. Relación de pareja. Amenazas simples. Valoración de la prueba. Perspectiva de género. Imparcialidad. Imparcialidad. Nulidad de sentencia absolutoria. Determinación de la pena.

Summa:

El **JPC absolvió** al señalado absolvió al señalado por el beneficio de la duda del delito de lesiones leves dolosas agravadas por mediar relación de pareja y por mediar violencia de género (dos hechos) y amenazas simples en contexto de violencia de género, todo en concurso real por el beneficio de la duda. La **Fiscalía** interpone recurso de casación.

El **Procurador General** mantiene el recurso interpuesto por la Fiscalía.

La **SCJM** resolvió hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la Fiscalía, casar la sentencia y sus fundamentos. Revocó el resolutivo el que quedó redactado de la siguiente forma: «**Condenar a E J. G. H,** ya filiado, como autor penalmente responsable de los delitos de lesiones leves dolosas agravadas por mediar relación de pareja y por mediar violencia de género (dos hechos), amenazas simples en contexto de violencia de género y lesiones leves dolosas agravadas por el vínculo, todo en concurso real (arts. 92 en función con el 89 y 80 inc. 1° y 11, 149 bis 1° párrafo, 1° supuesto, arts. 92 en función con el 89 y 80 inc. 1° y 55 del CP), remitiendo las presentes actuaciones al JPC N° 2 a fin de que la OGAP siga el trámite de ley, conforme al resultado aquí arribado(art. 38 inc b de la ley 9.106)

Resolución cuestionada: Sentencia N° 2828, pronunciada por el JPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Ruiz Gutiérrez.18-02-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=8>
- Flores González. 10-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=30>
- Mopardo Dupoux.
- Galdeano Reyes. 31-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180731_FcGRJ.pdf
- Merlo Lassa. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=243>
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Ojeda Pérez: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>
- Brancelo Urbon. 05-03-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200305_FcBUD.pdf
- Di Cesare Morales. 26-06-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=156>
- Mejía Salvador. 10-09-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=197>

b-CIDH

- Castro Castro vs. Perú. Fondo, 25-11-06:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf
- Rosendo Cantú vs. México. 31-08-10:
https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=339
- Fernández Ortega y otro vs. México. 30-08-10:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/fernandez_ortega/esap.pdf

Doctrina citada.

UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017

<https://www.unicef.org/argentina/media/1516/file/Perspectiva%20de%20g%C3%A9nero.pdf>

<https://www.unicef.org/argentina/informes/comunicaci%C3%B3n-infancia-y-adolescencia-guia-para-periodistas>

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

Fallo:

CUIJ: 13-04796775-3/1((018502-71551)) FC/ NN P/ LESIONES LEVES AGRAVADAS POR EL VINCULO (71551) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104876404

En Mendoza, a los diez días del mes de septiembre del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N°13-04796775-3/1, caratulada “F. C/G H, E J P/ LESIONES LEVES DOLOSAS AGRAVADAS POR MEDIAR RELACION DE PAREJA Y POR MEDIAR VIOLENCIA DE GÉNERO (DOS HECHOS) Y AMENAZAS SIMPLES TODO ELLO EN CONCURSO REAL EN CONTEXTO DE VIOLENCIA DE GENERO P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN”.

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

La Fiscal titular de la Fiscalía de Instrucción n° 37 de la Unidad Fiscal de Violencia de Género interpone recurso de casación (fs. 49/61) contra la Sentencia N° 2.828 (fs. 47) y sus fundamentos, mediante la cual se absolvió a E J. G. H del delito de lesiones leves dolosas agravadas por mediar relación de pareja y por mediar violencia de género (dos hechos) y amenazas simples en contexto de violencia de género, todo en concurso real (arts.92 en función con el 89 y 80 inc.1 y 11, 149 bis 1° párrafo, 1° supuesto y 55 del CP.; y art. 4 de la ley 26.485) por el beneficio de la duda (art. 2 del CPP), en la causa N° P-71.551/18. El pronunciamiento fue dictado por el Juzgado Penal Colegiado N° 2.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

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

I.-Sentencia recurrida

Como se adelantó, el Segundo Juzgado Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial, absolvió a E J. G. H en relación al hecho objeto de investigación en la presente causa. La plataforma fáctica imputada, de acuerdo a lo que surge de fs.1/3 del legajo, sostuvo que «[p]ara fecha 28 de agosto de 2018, siendo las 21:00 hs. aproximadamente, E J. G. H, se encontraba en el interior de su domicilio sito en Barrio, Las Heras, en compañía de su pareja A M., y de su hijo de un año de edad [I.V.G.M.], ocasión en la que se originó una discusión entre ambos, y el encartado munido de un fierro, propinó a M. un golpe en el antebrazo izquierdo [...], y seguidamente al menor le asestó golpes en el rostro con la palma de su mano, provocándole equimosis lineal rojiza de 5 cm. En la mejilla derecha del mismo». Asimismo que «[p]ara fecha 1 de septiembre de 2018, siendo las 19:00 hs. aproximadamente, E J. G. H, en compañía de su pareja A M., se encontraban en la vivienda de un familiar en el BarrioLas Heras, ocasión en que el inculpo propinó a M. un golpe de puño en la boca, provocándole [diversas lesiones], retirándose luego a su domicilio sito en BarrioLas Heras, donde la víctima se percató del olvido de una campera, y G. H le manifestó «andá a buscarla, mové el orto sino quieres que te cague a trompadas y te cague matando», generando estos dichos temor en la misma. Ello ocurrió en contexto de violencia de género». Para llegar a la solución absolutoria la jueza de instancia anterior sostuvo como válida la versión de los hechos brindada por la supuesta víctima A M. en la audiencia de debate, quien negó las circunstancias denunciadas oportunamente. Precisó al respecto que «[...] se advirtió ahí claramente que ella había

formado una decisión libre y voluntaria de negar los hechos de la manera en que los negó diciendo que todo había sucedido como consecuencia de una situación de celos que ella estaba pasando y que había mentido porque ella estaba haciendo tratamiento, inclusive para dejar de mentir, que lo trató con una psicóloga particular» (ver registros audiovisuales, día 23/04/19, minuto 06:50). Agrego la sentenciante que ello fue corroborado por la hermana del imputado, J G. H, quien aseguró que la víctima tenía «problemas con la mentira» (ver, minuto 10:07). En relación a las lesiones constatadas a la víctima por el Cuerpo Médico Forense (CMF), la a quo interpretó como una hipótesis altamente probable que estas lesiones hayan tenido como causa la pelea que habría tenido la víctima con unas compañeras de colegio unos días antes del hecho, y por celos hacia el imputado, lo sindicó como el autor de lo acontecido (ver, a partir minuto 11:45). Señaló también que del informe de la DINAF agregado a fs. 68 se desprende que A M. presenta una historia de vida problemática, con dificultades familiares y ciertos desbordes emocionales que la obligaban a realizar tratamiento. Aclaró la sentenciante que «[...] a partir de ahí surge la necesidad de consultar a la licenciada del EPI».

Respecto del llamado síndrome de adaptación paradójal referido en audiencia de debate por la licenciada María Laura Lemos, la jueza de instancia anterior interpretó que se trataba de un aspecto complementario de la personalidad de M., lo que –a su entender– implicaba que «[...] la víctima intenta volver a una etapa, digamos, de buena relación porque en el fondo acepta, permite y perdona esta situación, ellos la llaman síndrome de adaptación paradójal». Preciso al respecto que «[...] aquí el problema, en caso que hubiese existido realmente pero no se ha podido probar, un problema patológico de la víctima también, un problema patológico que debe ser tratado» (ver, a partir del minuto 14:08).

II.- Recurso de casación

La **fiscal titular de la Fiscalía de Instrucción** n° 37 de la Unidad Fiscal de Violencia de Género interpone recurso extraordinario de casación contra la sentencia arriba individualizada, ello conforme los incs. 1 y 2 del art. 474 CPP, esto es, por adolecer el razonamiento desplegado de vicios in iudicando y vicios in procedendo.

En este sentido, el recurrente entiende que los agravios que se derivan de la sentencia impugnada por este medio, tienen su origen en dos circunstancias.

Por un lado, en una grosera inobservancia de las normas supranacionales, como es la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belén do Pará) y la violación a la ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales.

Agrega que tal omisión implica la **ausencia de perspectiva de género en la valoración de la prueba**.

Por otra parte, afirma que el dictum cuestionado, mediante el cual se absolvió al imputado G. H, adolece de una absoluta falta de motivación, incumpliendo con ello normas procesales fundamentales (arts. 155 y 411 inc. 2° del CPP).

Señala que el deber de fundar los pronunciamientos judiciales, no sólo deriva de la legislación de forma, sino que también surge de nuestra Constitución Nacional, a través de las normas que consagran las garantías del debido proceso legal y la defensa en juicio. Del mismo modo, indica que tal aspecto también se refleja en los tratados y pactos internacionales (art. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Agrega que la falta de fundamentación de una sentencia refleja la arbitrariedad del sentenciante en su resolución.

Al concretar los vicios de forma, señala que en la sentencia cuestionada ha existido omisión y parcialización en la valoración de ciertos elementos de prueba, de los cuales se podría haber arribado a una solución distinta a la dictada por la juzgadora.

Es decir, la sentenciante omitió ponderar de manera conjunta y con perspectiva de género las probanzas necesarias para revolver el caso.

Por otro lado, aclara que la jueza de sentencia no se manifestó en ningún momento sobre el delito de lesiones leves dolosas agravadas por el vínculo, atribuidas al imputado en perjuicio de su hijo menor de edad, I G. H. Del mismo modo, señala que la jueza a quo en sus fundamentos omitió también referirse al delito de amenazas simples, aduciendo que el titular de la acción pública no había efectuado acusación por tal delito.

Es decir, en su decisión omitió tratar todos los delitos por los que acusó el Ministerio Fiscal. En concreto, y en relación al testimonio prestado por la víctima, cuestiona que la jueza sentenciante optó por tener como cierta la segunda versión que la víctima dio de los hechos, es decir, la retractación de la damnificada, sin aclarar los motivos por los que así lo consideraba.

Asevera que tal valoración no se corresponde con la prueba producida en la causa, toda vez que el material probatorio – a juicio de la defensa– sustenta de modo indubitable la versión primera que dio la víctima y que conformó la hipótesis acusatoria. En este sentido, explica que la versión de los hechos brindada por la víctima en la etapa de investigación tiene sustento probatorio en el acta de visu labrada en la Oficina Fiscal (fs. 9/10), en donde se dejó constancia de las lesiones que presentaba tanto la víctima como su hijo menor de edad, I G. H.

Del mismo modo, tales circunstancias se desprenden del acta de procedimiento de fs. 26, en donde personal policial de Comisaria 56 dejó constancia que A M. se hizo presente en dicha dependencia y manifestó que el imputado se había puesto violento por celos y le había dado un golpe en el labio, extremo que fue constatado en la referida acta y luego ratificado por la testimonial prestada por el Oficial Sub Ayudante PP Reyes.

Del mismo modo, explica que las lesiones sufridas tanto por A M., como por su hijo I G., se encuentran debidamente certificadas por el examen realizado por el CMF. Explica que el contexto de violencia de género en que tuvieron lugar los hechos objeto del proceso, se corrobora con el informe de la DINAF de fs. 68/69, de donde se desprende que A M. es víctima de violencia familiar.

Sostiene que concordante a ello, del informe brindado por el Equipo Profesional Interdisciplinario (EPI) se desprende la existencia de «[...] una modalidad vincular asimétrica, en la cual el varón adopta una posición superior, de control y dominio de la relación.

En la examinada ha sido una pauta habitual la adopción de actitudes de sumisión y obediencia como forma de controlar la aparición de conflictos y por miedo a la reiteración de agresiones físicas».

Agrega que el referido informe indica que se detectan patrones conductuales compatibles con violencia psicológica hacia la mujer, como así también, que la víctima presenta indicadores de victimización psicológica y describe numerosos episodios de violencia física hacia ella y su hijo. Destaca que el riesgo de violencia física y/o de muerte es alto.

En relación con lo expuesto sostiene que la jueza a quo obvió la situación de violencia de género en la que se encontraba inmersa la víctima, tanto al momento de la denuncia de los hechos, como al retractarse de lo denunciado.

Asegura que la conducta asumida por la víctima, es una muestra clara de la retracción en el ciclo de violencia. Por ello, entiende que los argumentos brindados por la sentenciante para sostener la

credibilidad de la declarado por la víctima en audiencia de debate, no tiene sustento en las probanzas incorporados en autos.

De este modo, señala que la afirmación de la jueza de sentencia respecto de que M. mintió en la primera oportunidad por celos hacia el imputado y porque tenía tendencia a «mentir», no sólo demuestra el desconocimiento de la problemática de la violencia de género y las implicancias que el ciclo de violencia tiene en las mujeres, sino que omite considerar los elementos de juicio de corte objetivo y científicos ya analizados.

Asegura que ninguna de las circunstancias en que la sentenciante sustentó la credibilidad de la retractación de la víctima (celos hacia el imputado y la tendencia a mentir de M.) se encuentran acreditadas, toda vez que no existe ninguna prueba (certificado expedido por un profesional médico o psicólogo) que acredite que la víctima padece alguna enfermedad relacionada con la mentira. Así, también entiende que carece de sustento la explicación brindada por la víctima de que la denuncia habría sido realizada por celos hacia el imputado.

Ello por cuanto tal circunstancia no sólo no se condice con lo manifestado en forma espontánea por A M. ante personal policial ni al momento de formular denuncia, sino tampoco con lo referido por G. al momento de ser aprehendido, quien manifestó ante personal policial que había tenido una discusión con la víctima porque la encontró besándose con el cuñado.

Del mismo modo, asegura que el argumento de la jueza a quo referido a que la hermana del imputado, J G., confirmó que la víctima tenía tendencia a mentir, es sumamente grave. Ello por cuanto un tribunal no puede tener por acreditada una enfermedad por los dichos de un testigo, en tanto tal postura trae aparejado una inseguridad jurídica y una decadencia institucional de gravedad.

Por otro lado, sostiene que la hipótesis sugerida por la sentenciante respecto de que las lesiones constatadas a la víctima pudieron tener como causa la pelea que mantuvo ésta con una compañera de colegio unos días antes del hecho, y en donde la víctima refirió que la habían golpeado con cadenas por todos los brazos, no se condice con las constancias de la causa.

Ello por cuanto no sólo no existen constancias en autos de tal acontecimiento, sino que también el CMF sólo le constató una lesión en el antebrazo, concordante con la lesión que describió la víctima en su denuncia, en donde precisó que G. H la había golpeado con un fierro en el antebrazo.

Por último, destaca en relación al informe del EPI, que si bien la jueza a quo refirió que la licenciada Lemos explicó que en el caso de autos se advertía un síndrome de adaptación paradójal en la víctima, esto fue soslayado por la sentenciante al sostener que ello se debía interpretar como un aspecto complementario de la personalidad de M.. Como vicios iuris destaca que sobre la base de una «caprichosa» valoración probatoria, la ley de fondo aplicable al presente caso no encuentra satisfacción en el decisorio de la sentenciante.

En este sentido, asevera que los elementos objetivos y subjetivos de los tipos penales que conforman su hipótesis acusatoria se encuentran debidamente acreditados con los elementos de juicio ya analizados. Con base a lo expuesto, el censurante impetra la nulidad absoluta de la sentencia cuestionada y su reenvío para la realización de un nuevo juicio.

III.- Dictamen Procurador General

El Procurador General mantiene el recurso de casación interpuesto, remitiéndose a los argumentos vertidos a fs. 49/61 por la recurrente.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia absolutoria dictada en la presente causa corresponde adelantar que, por los motivos que a continuación se exponen, la impugnación resulta procedente. Veamos.

Preliminarmente, debe aclararse que, si bien parte de la presentación recursiva ha sido planteada en torno a la causal prevista en el art. 474 inc. 1° del CPP, esto es, por considerar que existen vicios in iudicando, lo cierto es que la totalidad de los vicios señalados se condicen con vicios in procedendo.

En efecto, todo el recurso plantea la arbitrariedad de la sentencia como producto de una errónea valoración probatoria, razón por la que, en lo que sigue, analizaré la validez de la sentencia como acto procesal y explicaré porqué considero que la impugnación debe prosperar.

Como ya anticipé, la jueza de instancia anterior no consideró acreditado con el grado de convicción que requiere una sentencia condenatoria los hechos objeto de la acusación y, en consecuencia, en aplicación del principio in dubio pro reo, absolvió al acusado.

Sin embargo, como explicaré en lo sucesivo, a esta conclusión no subyace un correcto análisis de las constancias de la causa, en particular, de los distintos testimonios prestados por la víctima A M.. Dicho de otro modo, se advierte que la a quo valoró los distintos elementos de juicio y, en especial, el testimonio brindado por la víctima con prescindencia de una mirada integral de la problemática.

De esta manera, no cumplió con los criterios interpretativos que establece la **ley 26.485**, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, que expresamente conmina a los operadores judiciales a que ponderen, en orden a acreditar que el hecho tuvo lugar en un contexto de violencia de género, todas las presunciones que se construyan a través de **indicios graves, precisos y concordantes (art. 31)**.

En la misma dirección, y tal como he indicado en precedentes anteriores (ver **«Galdeano Reyes», Merlo Lassa, entre otros**), entiendo oportuno señalar que la jurisprudencia, tanto en el sistema interamericano de protección de derechos humanos como a nivel nacional, ha construido paulatinamente los lineamientos o estándares en la interpretación de la prueba en materia de género, reflejando en su análisis una visión integral de la temática y la especial ponderación del testimonio de la víctima (ver Corte IDH, **Caso del penal Castro Castro vs. Perú. Fondo**, Reparación y Costas, sentencia de 25 de noviembre de 2006, serie C N° 160; **Caso Rosendo Cantú vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas**, sentencia de **31 de agosto de 2010, serie C N° 216**; **Caso Fernández Ortega y otro vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 30 de agosto de 2010, serie C N° 215; y CSJN. in re «Leiva, María Cecilia», entre otros**).

Asimismo señalé en el **precedente «Galdeano Reyes»**, que la cuestión en análisis constituye «[...] una problemática compleja que afecta un colectivo de personas en situación de vulnerabilidad que, por distintas circunstancias o factores, se ven privadas del pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales. Los problemas derivados de esta especial situación de vulnerabilidad, así, exceden un abordaje meramente jurídico en tanto se trata de una problemática compleja que atraviesa y debe ser atendida, comprendida y abordada desde conocimientos interdisciplinarios.

Por ello, el administrador de justicia al valorar elementos probatorios –particularmente pero no excluyentemente en la esfera penal– debe ponderar los patrones socioculturales y estereotipos sobre los que se construye esta problemática, a fin de tener una verdadera comprensión del fenómeno de violencia

de género y, de esta manera, poder lograr desde el Derecho aportar soluciones que contribuyan a atacar el flagelo de la violencia y trabajar en **pos de la igualdad de género**».

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

Así pues, se advierte claramente cómo estas dificultades hicieron mella en el caso de marras y definieron la manera que tomó su decisión la jueza de sentencia, lo que se tradujo en la omisión de valorar prueba decisiva y sin la necesaria perspectiva de género que el caso requiere.

Por otra parte, debo mencionar que en el **precedente «Ruíz Gutiérrez»** señalé la prudencia con que debe aplicarse el in dubio pro reo en los casos en donde la mujer es víctima de violencia en razón de su género. Ello en tanto desde una perspectiva procesal, si bien el principio in dubio pro reo no es una regla de valoración probatoria sino una regla de decisión, no es menos cierto que su correcta aplicación presupone una actividad de valoración de la prueba que incorpore las particularidades propias de los casos de violencia de género, es decir, se deberá ponderar para determinar el valor probatorio que corresponde atribuir a cada elemento de juicio, el bien jurídico protegido y su específico modo de ataque.

Ello, si se pretende derivar –en un segundo momento– conclusiones lógicamente controlables para determinar si ha de absolverse o condenarse.

Destaqué también que el referido principio como regla decisoria en el plano procesal, presenta dos caras que operan de manera articulada, una cara externa, referida al umbral de prueba que ha de alcanzarse cuantitativamente para destruir el estado de inocencia; y otra interna o cualitativa, orientada al valor que ha de otorgársele a cada uno de los elementos probatorios sobre los que se erige el silogismo condenatorio.

Expresamente sostuve al respecto que «[...] la categorización de un caso como de violencia de género no implica de manera alguna disminuir el estándar probatorio en tanto umbral de certeza necesario para alcanzar una sentencia condenatoria (**aspecto externo**), pero sí repercute en el peso y el lugar que se le atribuye a los elementos de prueba e indicios que integran el razonamiento judicial (**aspecto interno**), en tanto actividad hermenéutica que precede a su operación como regla decisoria».

De este modo, se advierte que en el desarrollo de los argumentos que dan sustento al dictum cuestionado, la jueza a quo –tal como lo referí ut supra– construyó su discurso argumentativo en base a los hechos relatados por la víctima A. M. en la audiencia de debate en donde desincriminó al imputado.

Al mismo tiempo omitió ponderar todos los indicios y antecedentes de violencia contra la persona de M., los que daban cuenta de que los hechos denunciados en la presente causa por esta última tuvieron lugar en un contexto de violencia de género.

Dicho de otro modo, al analizar la variación del relato de la víctima, la jueza de instancia anterior omitió considerar en su razonamiento la posibilidad de que la retractación de los hechos denunciados en forma primigenia haya sido como consecuencia del ciclo de violencia propio de esta problemática.

Tal aspecto se desprende del examen psicológico realizado a la víctima por el EPI, en donde los profesionales refirieron que existían indicadores de un contexto de violencia de género con antecedentes de violencia física y psicológica, y que el riesgo de violencia física o de muerte es alto, elemento de juicio

—a mi entender relevante en contextos de violencia contra la mujer— que fue soslayado por la sentenciante.

A la circunstancia de no valorar la testimonial de A M. con perspectiva de género, debe sumarse que la jueza a quo tampoco ponderó adecuadamente —tal como lo refiere la recurrente— el acta de visu de fs. 9, el acta de procedimiento de fs. 26 y el examen físico del CMF de fs. 45/46, elementos de juicio que acreditan las lesiones padecidas por la víctima y su hijo, Iván G., y que se compadecen con el relato primigenio de A M..

Por otra parte, comparto la postura del censurante, en cuanto sostiene que los elementos de juicio en los que la jueza de instancia anterior pretende sostener la versión de la víctima que desgrava al imputado, no tienen la convicción suficiente para sostener la decisión absolutoria que se impugna en esta instancia.

En este sentido, y según advierto, la **hipótesis alternativa** que sugiere la sentenciante en relación a la posible causa de las lesiones constatadas a la víctima por el CMF, la que tendría su origen en una pelea de la víctima con compañeras del colegio, se avizora como una **impresión personal de la jueza a quo**, sin sustento suficiente en las constancias de la causa.

Por otra parte, y como lo señala el recurrente, se desprende de los registros audiovisuales que al momento de los alegatos la titular de la acción pública manifestó que sostenía la acusación primigenia (ver registros audiovisuales, día 09/04/19, a partir del minuto 01:15).

Sin embargo, la sentenciante al dar lectura de la parte dispositiva, cuya constancia obra a fs. 47 del legajo administrativo, y en un aparente estado de confusión y desconocimiento cabal de la causa, omitió pronunciarse en relación al delito de lesiones leves dolosas agravadas por el vínculo atribuible al imputado en perjuicio de su hijo I G..

Ello no obstante describir a continuación los hechos que conforman la plataforma fáctica sostenida por la titular de la acción pública en sus alegatos (ver registros audiovisuales, día 23/04/19, minuto 03:35).

Del mismo modo, si bien absolvió al imputado en orden al delito de amenazas simples cometidas en un contexto de violencia de género, la jueza de sentencia al momento de brindar sus fundamentos, y en forma dubitativa, sostuvo que el **Ministerio Fiscal no había presentado acusación al respecto**; no obstante resolvió también, sin brindar adecuados fundamentos, la absolución en relación a este delito (ver, minuto 17:55).

En suma, entiendo que una correcta interpretación de los **elementos probatorios con la perspectiva de género que la problemática** en estudio impone, permite concluir —en grado de certeza— la participación de G. H en los hechos que conformaron la hipótesis acusatoria y que fueron correctamente calificados por la titular de la acción pública como lesiones leves dolosas agravadas por mediar relación de pareja y por mediar violencia de género (dos hechos), amenazas simples en contexto de violencia de género y lesiones leves dolosas agravadas por el vínculo, todo en concurso real (arts. 92 en función con el 89 y 80 inc.1 y 11, 149 bis 1° párrafo, 1° supuesto, arts. 92 en función con el 89 y 80 inc.1 y 55 del CP.)

Por ello, considero que corresponde responder de manera afirmativa a la primera cuestión planteada.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Puesto a resolver el recurso casatorio promovido coincido con la solución a la que llega mi colega preopinante y, en cuanto a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género, me remito a lo oportunamente señalado en «**Di Cesare Morales**» y «**Mejía Salvador**» por resultar aplicable en ese aspecto el presente caso. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Disidencia parcial.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, EN **DISIDENCIA PARCIAL**, DIJO: Puesto a resolver el recurso de casación formulado por la representante del Ministerio Público Fiscal considero que la impugnación resulta procedente.

Ello, en tanto advierto defectos de fundamentación en la sentencia cuestionada que, a mi modo de ver, y a diferencia de lo que sostiene mi colega preopinante, conducen a la **anulación de aquella por inobservancia de lo dispuesto por el art. 416 incs. 4 y 5 del CPP**. Veamos.

De acuerdo a lo adelantado, advierto en la sentencia recurrida, por un lado, una **errónea valoración de los elementos probatorios** y, por el otro, ausencia de fundamentación en la argumentación que llevó a la magistrada de la instancia anterior a absolver al acusado.

Estos defectos pueden sintetizarse del siguiente modo: a) ausencia de valoración de la prueba con perspectiva de género, con pérdida de imparcialidad por la juzgadora; b) omisión de ponderación de elementos de prueba de valor decisivo; y, c) omisión de pronunciamiento en relación al hecho atribuido en perjuicio de Iván González.

En relación al primero de los defectos individualizados, debe destacarse que **la jueza no ponderó la prueba obrante en la causa con la correspondiente perspectiva de género** que imponen los instrumentos internacionales de protección de la mujer y la normativa nacional sobre la materia.

Es decir, la sentenciante, al momento de resolver, no asumió una perspectiva integral en relación a los criterios de valoración señalados en la Ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollan sus relaciones interpersonales.

En este sentido debo señalar que sobre la cuestión tuve ocasión de pronunciarme en diversos precedentes («**Cruz Caporiccio**», «**Merlo Lassa**»; «**Quiroga Morales**»; «**Ojeda Pérez**»; «**Vázquez Tumbarello**»; entre otros).

En especial en «**Ojeda Pérez**» sostuve que «[...] comparto que aquella concepción según la cual la perspectiva o visión de género es una “categoría analítica que toma los estudios que surgen desde las diferentes vertientes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma, cuestionar los estereotipos y elaborar nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad al servicio de la igualdad y la equidad” (UNICEF, “**Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas**”, Buenos Aires, 2017).

Destaco la **idea de igualdad** contenido en la definición en tanto se encuentra no sólo consagrada expresamente en el texto constitucional (art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza), sino, también, en el ámbito de la normativa internacional.

Así, entre otros, la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” - Belem Do Pará -, garantiza que toda mujer tiene “el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley” (art. 4, inc. “f”).

Sostuve también en esa ocasión que «[...] en nuestro ordenamiento interno, la ley nacional 26.485 es una norma orientada pura y exclusivamente a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los **derechos de las "mujeres"**.

En tal sentido, entre sus objetivos primordiales, el propio texto promueve y garantiza “la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida”, “el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia”, “las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos”, como

también, “la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres”(art 2, inc. a, b, c y e respectivamente)».

Así, «[...] ese texto normativo vino a imponer un **verdadero “deber jurídico”** para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas. Sus destinatarios directos son aquellos sujetos que integran los órganos decisores en el marco de los procesos judiciales penales, ya sea por el lado de quienes resultan facultados para disponer sobre el curso de investigación, como también, respecto de quienes son los encargados de su juzgamiento».

Ese deber jurídico no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley. Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que «[l]os organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativos, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional [...] los siguientes derechos y garantías: i) A la **amplitud probatoria** para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son su naturales testigos [...]» (art. 16)».

Ahora bien, «[...] además de ese deber genérico, ya en el terreno que resulta propio a la actuación de los órganos de justicia dentro de los procedimientos jurisdiccionales penales, el texto legal contiene dos normas que consagran lineamientos funcionales para los operadores del sistema de administración de justicia en el abordaje de la problemática de género. En consonancia con el sistema de protección integral, se consagra el principio de **«amplia libertad probatoria»** para tener por acreditados “los hechos denunciados, evaluándose las pruebas ofrecidas de acuerdo con el principio de la sana crítica. Se considerarán las presunciones que contribuyan a la demostración de los hechos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes” (art 31)».

De tal manera «[...] el texto legal vigente [ley 26.485] no introduce un nuevo método de valoración probatoria para los casos de violencia de género, puesto que siempre la prueba debe valorarse conforme al sistema de la sana crítica racional (**art. 206 y 409 del CPP**). A mi modo de ver, la imposición de un método de valoración de la prueba como herramienta obligatoria para el abordaje de esta problemática, se justifica ante la necesidad de evitar que los órganos jurisdiccionales decisores puedan apartarse en la adopción de decisiones, del **contexto fáctico** que es propio a este género de conductas delictivas».

Así, «[...] el acierto de la ley consistió en establecer, en forma igualitaria, un método de valoración que evite la discriminación que en ocasiones ocurría por prácticas derivadas de la cultura jurídica patriarcal inquisitiva, que se transformaron en consuetudinarias, y que era necesario erradicar. Repárese que es la propia Convención Belem Do Pará donde se fija, como un deber de los Estados el “tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar **o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer**” (art. 7, inc. “e”)».

Ello no resulta novedoso para la labor jurisdiccional en razón de que «[...] siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba –objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento.

Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto. Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por

las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas».

Conforme a lo expresado «[...] es el contexto en el que se inserta el hecho delictivo el que viene a determinar el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio. Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres el testimonio de la víctima ostenta un valor fundamental en la comprobación de los extremos de una imputación delictiva, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la responsabilidad penal derivada del mismo».

Por todo ello, uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo.

A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables. e tal manera «[...] uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo.

A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables». De no proceder de esta manera estaríamos recreando la sociedad estamental –con características propias– del Estado premoderno, lo que implicaría una vulneración del principio de **igualdad –consagrado en el art. 16 de la CN y 7 de la CM–**, el que, a su vez, constituye uno de los pilares de la República Federal.

A lo señalado debe sumarse, tal como destaqué en el **precedente «Vázquez Tumbarello», la relevancia de la ley 27.499**, denominada «Ley Micaela», en tanto dispuso la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra la mujer para todas las personas que desempeñen la función pública, en cumplimiento del objetivo señalado.

En coincidencia con aquella normativa la Acordada n° 29.318 de esta Suprema Corte de Justicia, y su anexo «Programa de capacitación permanente para la incorporación de la perspectiva de género en el marco de la Suprema Corte de Justicia».

Así, con fundamento en el principio de igualdad y la consecuente prohibición de discriminación, se dispusieron una serie de acciones concretas para asegurar la «igualdad real» de las mujeres en sus relaciones interpersonales.

En conclusión, entiendo que la trascendencia de la ley 26.485 radica no en conformar un estatus jurídico distinto aplicable a la mujer, sino que mediante la capacitación dirigida a los funcionarios públicos y, en lo que aquí interesa, a funcionarios y magistrados del poder judicial, se otorgue una perspectiva para valorar los elementos probatorios bajo el prisma de la igualdad consagrada en la normativa nacional.

Ella debe estar despojada de estereotipos y prácticas relacionadas con la cultura jurídica patriarcal-inquisitiva, plasmada en usos y costumbres que importaron, e importan, prácticas que impiden poner en contexto los medios convictivos al momento de su ponderación.

Estas consideraciones, como adelanté, las entiendo plenamente aplicables al caso por cuanto nos encontramos frente a un supuesto de violencia de género en donde el tribunal de instancia anterior no ha tenido en cuenta los parámetros antes referidos al momento de la ponderación de los elementos de prueba obrantes en la causa.

Ello conlleva la **pérdida de imparcialidad por parte de la juzgadora**, actuación incompatible con el esquema acusatorio que rige constitucional, convencional y legislativamente.

Como lo he señalado en diversos precedentes, con referencia a lo expresado por **Alvarado Velloso**, una actuación de las características reseñadas implicaría una vuelta a un sistema de tipo inquisitivo, en el cual el juez tenía una actividad oficiosa en la que ocupaba el rol de juez y acusador al mismo tiempo y, por ende, **él mismo buscaba la verdad real**, llegando a creer que sólo era factible encontrarla encargándose el propio juez de buscar las pruebas que necesitaba para respaldar el convencimiento de la acusación (ver al respecto, **«Flores González»**).

A su vez, y con relación al rol que le corresponde seguir al juez en el contexto de un sistema de enjuiciamiento que se orienta al modelo acusatorio, esta Sala ha destacado que «[e]l elemento fundamental de esta manera de concebir el proceso es que el juez no es una parte en él, sino un tercero ajeno al conflicto que se limita a **canalizar el ejercicio de los derechos procesales de la acusación y la defensa**.

En este sentido, podría afirmarse que su función no es de contenido en relación al conflicto penal que se pretende dilucidar, sino de garantía que las partes ejerzan eficazmente los derechos que le confiere la legislación procesal.

La idea que subyace a esta manera de concebir el proceso penal reside en la pretensión de evitar que la persona que habrá de juzgar dirija el esclarecimiento de la verdad hacia uno u otro lado a partir de su intervención activa, que derivaría –indefectiblemente– en el favorecimiento de una de las partes del proceso. La concepción del **juez como imparcial**, así, supone sustraerle la posibilidad de hacer las tareas propias y exclusivas de las partes –afirmar, alegar, impugnar, etc.–, de modo tal que tiene vedada la posibilidad de reemplazarlas en el cumplimiento defectuoso que ellas pudiesen tener en el desenvolvimiento del debate» (ver al respecto, **«Mopardo Dupoux»**).

Como segundo defecto de la sentencia debe referirse que también la jueza omitió meritar probanzas de valor decisivo –destacadas en el tratamiento de la primera cuestión en voto preopinante– que, sumadas a las que sí se ponderaron, podrían hacer variar el resultado de la sentencia dictada.

Finalmente, y como tercer defecto, es necesario señalar que la jueza de sentencia, tanto al momento de brindar en forma oral sus fundamentos, como al resolver, **omitió pronunciarse con relación al delito de lesiones leves dolosas agravadas por el vínculo atribuible al imputado en perjuicio de su hijo I G.**, hechos que también conformaban la hipótesis acusatoria de la titular de la acción pública.

Por las razones expuestas entiendo que corresponde contestar de manera afirmativa a la primera cuestión planteada.

En consecuencia, y al advertirse la **pérdida de imparcialidad de la juzgadora**, así como **defectos de fundamentación en la sentencia cuestionada**, se impone la anulación del debate efectuado, de la Sentencia N° 2.828 y sus fundamentos, y la remisión de las actuaciones al Juzgado Penal Colegiado N° 2 a fin de que la OGAP siga el trámite de ley a fin de asegurar la realización de un **nuevo debate**. ASÍ VOTO. SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: De conformidad a lo votado en la cuestión anterior, y a fin de no revictimizar a la denunciante A M. con la realización de un nuevo debate, ante el incumplimiento de la sentenciante de las normas internacionales y nacionales que impone la temática de género, estimo procedente casar la Sentencia N° 2.828 originaria del Juzgado Penal Colegiado n° 2, y sus fundamentos.

En consecuencia, corresponde revocar el resolutivo de la mencionada sentencia (fs.47), que quedará redactado de la siguiente forma: «I.- Condenar a E J. G. H, ya filiado, como autor penalmente responsable de los delitos de lesiones leves dolosas agravadas por mediar relación de pareja y por mediar violencia de género (dos hechos), amenazas simples en contexto de violencia de género y lesiones leves dolosas

agravadas por el vínculo, todo en concurso real (arts. 92 en función con el 89 y 80 inc. 1° y 11, 149 bis 1° párrafo, 1° supuesto, arts. 92 en función con el 89 y 80 inc. 1° y 55 del CP.), que se le atribuyen en los autos n° P-71.551/18. II.- Imponer las costas a la vencida (arts 557 y 558 CPP)».

Consecuentemente, deberán remitirse las presentes actuaciones al Juzgado Penal Colegiado N° 2 a fin de que la OGAP siga el trámite de ley, conforme al resultado aquí arribado, para que se determine la pena aplicable E J. G. H.

En tal sentido, resultando en este caso una situación análoga a la prevista en el art. 38 de la ley 9.106, y por ser esta ley posterior a la ley 6.730 –y sus modificatorias–, corresponde, en tanto resulte compatible, aplicar el procedimiento previsto en el inc. “b” de la citada norma para la determinación de la pena aplicable.

Esto último por cuanto resulta necesario asegurar a G. H el **doblo conforme** en relación a la sanción que se determine, así como también respecto a la condena impuesta en esta instancia. Ello de acuerdo a lo dispuesto por la CJSN en los **precedentes “Duarte”** (Fallos 337:901) y “P., S.M.” (sentencia del 26 de diciembre del 2019). **ASÍ VOTO.**

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

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN EL DR. JOSÉ V. VALERIO, EN DISIDENCIA, DIJO: Como adelantara al momento de abordar la primera cuestión, disiento con la consecuencia que implica la procedencia en esta instancia del recurso de casación formulado, por lo que me remito a los argumentos allí expuestos. **ASÍ VOTO.**

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

SENTENCIA:

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

1.- Hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 49/61 por la **Fiscal** titular de la Fiscalía de Instrucción N° 37 de la Unidad Fiscal de Violencia de Género y, en consecuencia, casar la Sentencia N° 2.828 y sus fundamentos. De tal manera, corresponde revocar el resolutivo de la mencionada sentencia (fs.47), que quedará redactado de la siguiente forma: «**Condenar a E J. G. H,** ya filiado, como autor penalmente responsable de los delitos de lesiones leves dolosas agravadas por mediar relación de pareja y por mediar violencia de género (dos hechos), amenazas simples en contexto de violencia de género y lesiones leves dolosas agravadas por el vínculo, todo en concurso real (arts. 92 en función con el 89 y 80 inc. 1° y 11, 149 bis 1° párrafo, 1° supuesto, arts. 92 en función con el 89 y 80 inc. 1° y 55 del CP), que se le atribuyen en los autos n° P-71.551/18. II.- Imponer las costas a la vencida (arts 557 y 558 CPP)». 2.- Remitir las presentes actuaciones al Juzgado Penal Colegiado N° 2 a fin de que la OGAP siga el trámite de ley, conforme al resultado aquí arribado. En tal sentido, resultando en este caso una situación análoga a la prevista en el **art. 38 de la ley 9.106**, y por ser esta ley posterior a la ley 6730 y sus modificaciones, corresponde, en tanto resulte compatible, aplicar el procedimiento previsto en el inc. “b” de la citada norma para la determinación de la pena aplicable. Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro

14- OLGUIN. 14-10-20.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201014_FcOME.pdf

Lex: Art. 92 en función del art. 89 y 80 inc. 1° y 11° del CP. Ley 26485.

Vox: VG. Lesiones leves dolosas agravadas. Pareja. Violencia de género. Retracción.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **seis meses de prisión de cumplimiento efectivo** como autor del delito de lesiones leves agravadas por la relación de pareja y por mediar violencia de género en dos hechos en concurso real (45, 92 en función del 89 y 80 inc. 1° y 11 y 55 del Código Penal).

La **defensa** interpone recurso de casación.

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

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 649 (27-09-19), pronunciada por el TPC N° 1- 2° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Galdeano Reyes. 31-07-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=242>
- Muñoz García. 11-11-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=223>
- Concha Jesús. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- Merlo Lassa. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=243>
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Ojeda Pérez: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>
- Brancelo Urbon. 05-03-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200305_FcBUD.pdf
- Di Cesare Morales. 26-06-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=156>
- Mejía Salvador. 10-09-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=197>

Doctrina citada.

UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017

<https://www.unicef.org/argentina/media/1516/file/Perspectiva%20de%20q%C3%A9nero.pdf>

<https://www.unicef.org/argentina/informes/comunicaci%C3%B3n-infancia-y-adolescencia-guia-para-periodistas>

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

Fallo:

CUIJ: 13-04964431-5/1((028601-57)) FC/ O M E P/ LESIONES CALIFICADAS EN CONCURSO REAL CON COACCION AGRAVADA A CAROLINA RAQUEL IBARRA (57) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105134623*

En Mendoza, a los catorce días del mes de octubre del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N°13-04964431-5 caratulada "F. C/O M E /CASACIÓN".

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

A fs. 334/340 la defensa técnica de M E O, promueve recurso de casación en contra de la Sentencia N° 649 de fecha 27 de septiembre de 2019 obrante a fs. 316 y vta. y sus fundamentos de fs. 326/331, en tanto condena al nombrado a la pena de seis meses de prisión de cumplimiento efectivo como autor del delito de lesiones leves agravadas por la relación de pareja y por mediar violencia de género en dos hechos en concurso real (45, 92 en función del 89 y 80 inc. 1° y 11 y 55 del Código Penal).

El pronunciamiento fue dictado por Sala Unipersonal del Tribunal Penal Colegiado n° 1 de la Segunda Circunscripción Judicial en autos N° 57.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

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

1.- La sentencia recurrida

La resolución puesta en crisis, tuvo por acreditado que en fecha 25 de noviembre de 2016, aproximadamente a las 16:30 hs., M E O golpeó a C R Y P, con quien convivía desde hacía un año, cuando se encontraban en el domicilio sito en calle Tras suscitarse una discusión en la que O insultó a Ybarra y la acusó de que «estaba con otro hombre», aquel aplicó golpes de puño en el rostro, brazos y piernas de la nombrada, provocándole «laceraciones en brazo izquierdo, zona interna, hematoma en zona anterior izquierda y cervical», lesiones que fueron constatadas por la Dra. E B. Así también entendió probado que el 10 de enero de 2017, aproximadamente a las 1:30 hs., también en el interior del domicilio donde convivían O e Y, ubicado en, cuando C R Y se dirigía a dormir, M O la interceptó –desde atrás– e intentó asestarle un puntazo en el rostro y luego en el brazo con un arma blanca, tipo cuchillo de fabricación casera, al tiempo que le decía «tendría que haberte dejado dormir para matarte». Ybarra empujó a O, quiso salir por la puerta mas no pudo porque se encontraba cerrada con llave por O, motivo por el cual salió de la vivienda por una ventana y se dirigió al domicilio ubicado a metros del lugar de K E F mientras el imputado la seguía con el cuchillo diciéndole «vamos a hablar». C R Y presentó «herida cortante de 4 cm. A la altura del hombro izquierdo y herida cortante de 3 cm. con costra en zona lateral izquierda».

Para así decidir el juez de sentencia valoró las testimoniales prestadas en audiencia de debate por C R Y, R C, K Fs, C R, N B y el resto de los elementos de prueba debidamente incorporados.

II.- El recurso de casación

Promueve recurso de casación el defensor oficial a cargo de la asistencia técnica de E M O, a tenor de ambos incisos del art. 474 del CPP.

Entiende que el acto sentencial criticado ha **aplicado erróneamente la ley sustantiva**, en relación a la aplicación de los arts. 92 en función del 89 y art. 80 inc. 1° y 11 del Código Penal.

Explica que la jueza de la instancia anterior tuvo por acreditado que su asistido, en fechas 25 de noviembre de 2016 y 10 de enero de 2017, lesionó a C R Y P en el domicilio donde convivían en calle Señala que no quedó acreditado, con el grado de certeza plena, que los hechos se hayan producido tal como los tipifica el art. 92 en función del art. 89 del CP, toda vez que el imputado en su declaración en la etapa de investigación negó haber sido el autor de los hechos endilgados. Así, refiere que aquél contó cómo en realidad habían sucedido los hechos y dijo que nunca había lesionado a su esposa.

A criterio de la defensa, su relato fue corroborado por la denunciante y actual pareja de O. Entiende que la declaración de su asistido es conteste con la prueba rendida en la causa que da cuenta que el hecho no ocurrió como lo expuso el Ministerio Público Fiscal. Refiere que C Y en audiencia de debate dijo que los hechos habían ocurrido en un marco de discusión en el comienzo de la relación.

Sin embargo, señaló que el imputado nunca la lesionó ni la amenazó, que no se sentía amenazada ni atemorizada, que habían superado sus discusiones y que tenían una hermosa familia.

Señala que la testigo dijo cuando se hizo atender por la Dra. Bustamante que los hematomas fueron en el trabajo.

En relación a la acusación descrita como tercer hecho, explicó que no recordaba demasiado y las lesiones –un corte– no se lo había hecho O, en tanto se había producido en su trabajo con un alambre de cajón. Refiere el testimonio de R H C –madre del imputado– quien dijo no recordar los hechos por los que su hijo fue detenido en aquella ocasión.

Expresa que los testigos F y R no lograron reconstruir históricamente el hecho. En relación a la lesión constatada por la Dra. Bustamante refiere que al no poderse citar al debate no pudieron evacuarse dudas sobre el término laceración.

Considera que las declaraciones del Dr. N B , titular del CMF de Gral. Alvear, contrastadas con los dichos de Y , corroborarían lo expresado por aquella. Examina el informe técnico llevado a cabo por el Dr. Habijan y la Lic. Dardanelli y cuestiona la interpretación llevada a cabo por la sentenciante.

Afirma que correspondía la absolución de su defendido por el delito de lesiones leves calificadas ya que tanto Y como el imputado niegan que se hayan producido las lesiones descriptas en los hechos.

Con matices distintos, pero ambos corroboraron que estaban solos y no hubo ningún testigo que presenciara lo ocurrido.

Entiende que la sentencia padece también de vicios in procedendo. Concretamente que se violó la norma del art. 416 inc. 4 del CPP.

A su criterio la pieza impugnada resulta nula por cuanto la fundamentación infringió los principios que gobiernan el correcto entendimiento humano.

Señala que ello surge en tanto muchas de las premisas fácticas sentadas por el tribunal a quo, como presupuestos de tal atribución carecen de respaldo en la causa y no son más que simples afirmaciones sin correlato en la prueba que se invoca.

Critica que en ella se pondera la declaración de testigos que no presenciaron el hecho por sobre la principal declaración de la testigo presencial y denunciante de autos.

Refiere a la declaración del único testigo técnico que asistió al debate. Expone que el informe de fs. 308 y vta. denota lo que expuso la testigo, pero la jueza atribuyó el informe a que resultó tardío y que la declaración de Y es infantil e inmadura.

Entiende que la falta de realización oportuna de un informe psicológico no puede recaer en perjuicio de su asistido.

Se queja en relación a la falta de dilucidación del término «laceración» empleado en el informe de fs. 146/149 por parte de quien lo constató –Dra. Bustamante–.

Entiende el recurrente que tal explicación debió ser vertida por la profesional que realizó el examen. Considera que se han vulnerado garantías constitucionales amparadas por el art. 75 inc. 2º de la CN, CADH art. 8 inc. 2º y 14 inc. 3 del PIDCYP. Formula reserva del caso federal.

III.- Dictamen del señor Procurador General

A fs. 348/350 se expide el Procurador General y luego de analizar los agravios formulados refiere que el recurso procede formalmente, mas no en lo sustancial.

Expresa que la sentenciante efectuó un análisis global de la prueba rendida en autos y por ello decidió dar preponderancia a las declaraciones prestadas en el primer momento de la investigación.

De tal manera entiende que la joven se retractó de sus dichos en el debate con la intención de beneficiar al imputado y con el objeto de mantener la relación con aquel.

Así considera que la a quo encuadró el delito en la perspectiva de violencia de género y dio razones suficientes para ello. En relación a las lesiones considera que la jueza tuvo en cuenta datos objetivos que revelan que los hechos denunciados por Y se encuentran plenamente acreditados.

Estima que las heridas que presentaba la denunciante en su cuerpo se encuentran certificadas por distintos profesionales médicos que confirmaron las versiones iniciales y desvirtúan lo declarado por Y en el juicio. Concluye señalando que la jueza contó con los elementos de convicción necesarios para llegar a la certeza requerida.

Agrega que el acto sentencial no contiene vicios en su motivación, no resulta arbitrario, ni se aparta de la sana crítica racional, por lo que el planteo no debe prosperar.

Por lo expuesto, aconseja el rechazo del recurso casatorio y la convalidación de la sentencia impugnada.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Analizado el recurso casatorio promovido y la sentencia impugnada adelanto opinión en el sentido de que el primero de los nombrados debe ser rechazado en atención a los motivos que a continuación paso a exponer.

De forma preliminar corresponde aclarar que al efecto de contestar los agravios expresados por el recurrente, principiaré por aquéllos que cuestionan la fundamentación de la sentencia puesta en crisis. Contrariamente a lo que sostiene el censurante, considero que la motivación de la sentencia fue llevada a cabo acertadamente por la jueza sentenciante.

Es por cuanto la acreditación del hecho la asentó en la valoración de los elementos convictivos válidamente incorporados.

En tanto que la tarea de interpretación de aquellos se llevó a cabo respetando los principios de la sana crítica racional, la lógica y la experiencia, como también los parámetros establecidos por este cuerpo en relación a hechos cometidos en el marco de la violencia de género. De manera acertada la a quo adoptó al momento de examinar el plexo probatorio incorporado una mirada de género en pos de «hacer efectivo el principio de **igualdad ante la ley**» (ver fs. 328).

Contrariamente a lo que sugiere el recurrente, entiendo que tal contexto de violencia surge probado de las constancias de la causa.

En tal sentido, concuerdo con la apreciación efectuada por la sentenciante en relación a que, si bien el informe de fs. 308 descarta indicadores emocionales o conductuales de violencia de género, detalla que el vínculo entre Y y O al inicio de su relación –esto es al momento de los hechos– fue conflictivo, inmaduro y celotípico.

Esta forma de ser del vínculo también fue descripta por la denunciante en las primeras exposiciones que brindó en la causa (ver fs. 1, 16 y 95).

Por ello es que entiendo que la jueza acertó al asignar mayor preponderancia a las declaraciones prestadas por C Y en un primer momento puesto que como se señala en la sentencia –se compadecen con los demás datos ingresados por los medios de prueba– (fs. 328) y, por otro lado –a mi criterio– se verifica el fenómeno de retractación.

Así, al momento de fundar la sentencia condenatoria la sentenciante señaló que en sus comienzos el vínculo entre Y y O estuvo teñido por actos de violencia por parte del imputado hacia la denunciante.

Luego, describió el ciclo de enamoramiento (fs. 329) y mencionó las asimetrías en la relación de ambos – diferencia de edad, escasos recursos económicos, poca formación, niños pequeños y precaria situación laboral–, resultando O el encargo del sustento del hogar (fs. 329 vta.).

Por otro lado, en la tarea de valorar los elementos probatorios, concretamente la veracidad o no de los dichos de C Y en el debate –luego de contrastarlos con sus anteriores declaraciones–, la a quo se sirvió también de las declaraciones de K F y C R .

Al efecto, señaló que no era posible dudar de su objetividad y ausencia de interés en el resultado del proceso. Advierto al respecto que el relato de aquéllos especificó el contexto en que se desarrolló la reunión que compartieron con Y y O y que culminó en las lesiones sufridas por aquella en fecha. En tanto que K F a fs. 130/132 aludió a una lesión en el cuello de Y y el tobillo hinchado.

Concuerdo con el Procurador General en que también existen medios de prueba objetivos que dan cuenta de las lesiones sufridas por la denunciante en tanto fueron certificados por profesionales de la salud en momentos posteriores a su producción.

Así a fs. 8 el informe relativo a las lesiones constadas por el Dr. Nicolás Beresiarte (en relación al hecho de fecha 10 de enero de 2017) – quien asistió al debate y brindó testimonial– y señaló que la herida cortante del hombro y la de zona lateral izquierda del cuello eran compatibles con herida de arma blanca. En tanto que las lesiones ocurridas a raíz del hecho de fecha 25 de noviembre de 2016 fueron constatadas por la Dra. Emilce Bustamante (ver fs. 16 y vta. y 147) y, más allá del argumento de la defensa relativo a la falta de dilucidación del significado laceración en relación a las lesiones verificadas, coincido con la jueza la duda sobre su alcance –que a criterio del recurrente resulta trascendente–, pudo ser zanjada por el profesional que asistió al debate mas no se le consultó al respecto.

Por otro lado, encuentro razonable la explicación brindada por la sentenciante en relación al argumento esgrimido por el defensor en torno al tipo de lesiones constatadas en C Y En razón de lo expuesto considero que al momento de determinar la plataforma fáctica la jueza contó con suficientes elementos probatorios y entendió corroboradas las declaraciones prestadas por C R Y a fs. 1, 16 y 95 con elementos periféricos de convicción. Entiendo que la labor llevada a cabo por la sentenciante ha sido adecuada por cuanto nos encontramos frente a un hecho ocurrido en un contexto de violencia de género.

Por los motivos expuestos es que el vicio in procedendo formulado no puede tener acogida favorable puesto que la valoración de los medios probatorios incorporados en la presente se llevó a cabo adecuadamente por la jueza de instancia anterior, tomando en consideración los parámetros antes señalados.

En este sentido debo señalar que sobre la cuestión tuve ocasión de pronunciarme en diversos precedentes (**«Cruz Caporiccio», «Merlo Lassa»; «Quiroga Morales»; «Ojeda Pérez»; «Vázquez Tumbarello»; entre otros**). En especial en **«Ojeda Pérez»** sostuve que «[...] comparto que aquella concepción según la cual la perspectiva o visión de género es una “categoría analítica que toma los estudios que surgen desde las diferentes vertientes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma, cuestionar los estereotipos y elaborar nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad al servicio de la igualdad y la equidad” (UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017).

Destaco la idea de igualdad contenido en la definición en tanto se encuentra no sólo consagrada expresamente en el texto constitucional (art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza), sino, también, en el ámbito de la normativa internacional. Así, entre otros, la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” -Belem Do Pará-, garantiza que toda mujer tiene “el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley” (art. 4, inc. “f”).

Sostuve también en esa ocasión que «[...] en nuestro ordenamiento interno, la ley nacional 26.485 es una norma orientada pura y exclusivamente a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las "mujeres".

En tal sentido, entre sus objetivos primordiales, el propio texto promueve y garantiza “la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida”, “el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia”, “las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos”, como también, “la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres”(art 2, inc. a, b, c y e respectivamente)».

Así, «[...] ese texto normativo vino a imponer un verdadero “deber jurídico” para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas.

Sus destinatarios directos son aquellos sujetos que integran los órganos decisores en el marco de los procesos judiciales penales, ya sea por el lado de quienes resultan facultados para disponer sobre el curso de investigación, como también, respecto de quienes son los encargados de su juzgamiento».

Ese deber jurídico no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley. Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que «[l]os organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativos, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional [...] los siguientes derechos y garantías: i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son su naturales testigos [...]» (art. 16)».

Ahora bien, «[...] además de ese deber genérico, ya en el terreno que resulta propio a la actuación de los órganos de justicia dentro de los procedimientos jurisdiccionales penales, el texto legal contiene dos normas que consagran lineamientos funcionales para los operadores del sistema de administración de justicia en el abordaje de la problemática de género. En consonancia con el sistema de protección integral, se consagra el principio de «amplia libertad probatoria» para tener por acreditados “los hechos denunciados, evaluándose las pruebas ofrecidas de acuerdo con el principio de la sana crítica. Se considerarán las presunciones que contribuyan a la demostración de los hechos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes” (art 31)».

De tal manera «[...] el texto legal vigente [ley 26.485] no introduce un nuevo método de valoración probatoria para los casos de violencia de género, puesto que siempre la prueba debe valorarse conforme al sistema de la sana crítica racional (**art. 206 y 409 del CPP**). A mi modo de ver, la imposición de un método de valoración de la prueba como herramienta obligatoria para el abordaje de esta problemática, se justifica ante la necesidad de evitar que los órganos jurisdiccionales decisores puedan apartarse en la adopción de decisiones, del contexto fáctico que es propio a este género de conductas delictivas».

Así, «[...] el acierto de la ley consistió en establecer, en forma igualitaria, un método de valoración que evite la discriminación que en ocasiones ocurría por prácticas derivadas de la cultura jurídica patriarcal inquisitiva, que se transformaron en consuetudinarias, y que era necesario erradicar. Repárese que es la propia Convención Belem Do Pará donde se fija, como un deber de los Estados el “tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer” (art. 7, inc. “e”)».

Ello no resulta novedoso para la labor jurisdiccional en razón de que «[...] siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba –objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento.

Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto. Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas».

Conforme a lo expresado «[...] es el contexto en el que se inserta el hecho delictivo el que viene a determinar el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio. Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres el testimonio de la víctima ostenta un valor fundamental en la comprobación de los extremos de una imputación delictiva, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la responsabilidad penal derivada del mismo».

Por todo ello, uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo.

A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables. De tal manera «[...] uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo.

A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables». De no proceder de esta manera estaríamos recreando la sociedad estamental –con características propias– del Estado premoderno, lo que implicaría una vulneración del principio de igualdad –consagrado en el art. 16 de la CN y 7 de la CM–, el que, a su vez, constituye uno de los pilares de la República Federal.

A lo señalado debe sumarse, tal como destaqué en el **precedente «Vázquez Tumbarello»**, la relevancia de la ley 27.499, denominada «Ley Micaela», en tanto dispuso la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra la mujer para todas las personas que desempeñen la función pública, en

cumplimiento del objetivo señalado. En coincidencia con aquella normativa **la Acordada n° 29.318** de esta Suprema Corte de Justicia, y su anexo «Programa de capacitación permanente para la incorporación de la perspectiva de género en el marco de la Suprema Corte de Justicia». Así, con fundamento en el principio de igualdad y la consecuente prohibición de discriminación, se dispusieron una serie de acciones concretas para asegurar la «igualdad real» de las mujeres en sus relaciones interpersonales.

En conclusión, entiendo que la trascendencia de la ley 26.485 radica no en conformar un estatus jurídico distinto aplicable a la mujer, sino que mediante la capacitación dirigida a los funcionarios públicos y, en lo que aquí interesa, a funcionarios y magistrados del poder judicial, se otorgue una perspectiva para valorar los elementos probatorios bajo el prisma de la igualdad consagrada en la normativa nacional. Ella debe estar despojada de estereotipos y prácticas relacionadas con la cultura jurídica patriarcal-inquisitiva, plasmada en usos y costumbres que importaron, e importan, prácticas que impiden poner en contexto los medios convictivos al momento de su ponderación.

Estas consideraciones, como adelanté, las entiendo plenamente aplicables al caso por cuanto nos encontramos frente a un supuesto de violencia de género en donde el tribunal de instancia anterior ha tenido en cuenta los parámetros antes referidos al momento de la ponderación de los elementos de prueba obrantes en la causa.

Ahora bien, respecto al vicio sustantivo invocado por el recurrente en tanto considera erróneamente aplicados los arts. los arts. 92 en función del 89 y art. 80 inc. 1° y 11 del Código Penal, entiendo que el argumento reposa la pretensión de ausencia de acreditación del hecho en atención a la declaración prestada por su defendido y por Carolina Raquel Ybarra en el debate.

El recurrente para sustentar el vicio sustantivo que invoca ha desconocido los hechos fijados asignando una distinta interpretación a los medios de prueba.

Al respecto debe señalarse que al expedirme en relación a que la valoración de los elementos de prueba luce correcta, respetuosa de los principios que gobiernan la sana crítica racional y que se llevó a cabo en sintonía con los parámetros establecidos por este Tribunal, la calificación legal asignada ha sido correcta. En este sentido este Tribunal ha señalado que «[e]l recurrente debe ceñir su pretensión impugnativa a los hechos acreditados, toda vez que quien invoca un vicio sustantivo no puede desconocerlos ni modificarlos.

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

En igual sentido se ha señalado que «[l]a invocación de un vicio sustantivo supone el respeto inexorable de los hechos fijados en la sentencia, por ende, no puede esgrimirse un error en la aplicación de la norma sobre la base de un error en la motivación del fallo. **Quien invoca un vicio in iudicando debe atenerse a los hechos fijados por el a quo, sin discutirlos ni modificarlos**» (LS 473-163 y LS 464-080, respectivamente).

Por las razones precedentemente expuestas y opinión concordante con el señor Procurador General, entiendo que el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica de M E O debe ser rechazado y la resolución impugnada confirmada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere. Ampliatorio.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, EN VOTO AMPLIATORIO, DIJO: Puesto a resolver el recurso de casación promovido con acuerdo con la solución adoptada en relación a los agravios formulados por el recurrente.

No obstante, corresponde señalar, como en pronunciamientos anteriores que la violencia contra las mujeres por razones de género ha merecido un especial amparo tanto a nivel supranacional como nacional. De esta manera se han establecido claros lineamientos en lo relativo a la interpretación de los medios de prueba que suponen una amplitud en los estándares probatorios y una especial ponderación del testimonio de la víctima.

Ello, teniendo en cuenta en el contexto valorativo la particular situación de vulnerabilidad de este sector de la población y las implicancias que el ciclo de violencia genera en la personalidad de las mujeres. Al respecto he señalado que la violencia contra las mujeres constituye «[...] una problemática compleja que afecta un colectivo de personas en situación de vulnerabilidad que, por distintas circunstancias o factores, se ven privadas del pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales [...] el administrador de justicia al valorar elementos probatorios –particularmente pero no excluyentemente en la esfera penal– debe ponderar los patrones socioculturales y estereotipos sobre los que se construye esta problemática, a fin de tener una verdadera comprensión del fenómeno de violencia de género y, de esta manera, poder lograr desde el Derecho aportar soluciones que contribuyan a atacar el flagelo de la violencia y trabajar en pos de la igualdad de género» (ver al respecto «**Galdeano Reyes**»).

En ese precedente señalé que como primer orden de dificultad advertía que las normas procesales que regulan la adquisición, producción y valoración de la prueba son neutrales al género; es decir, no establecen lineamientos específicos en orden al tratamiento de este fenómeno.

Por este motivo resulta imperioso llevar a cabo un control constante de la aplicación de los estándares de convencionalidad en la valoración de la prueba, a fin de garantizar una efectiva prestación de servicio de justicia con perspectiva de género y, colateralmente, evitar posibles responsabilidades internacionales.

De tal manera en la **causa «Ontiveros Arancibia»** afirmé que «[...] si bien la aplicación del orden supranacional y el ejercicio del control de convencionalidad deben ser llevados a cabo, prima facie, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no podemos dejar de evaluar que también los órganos públicos internos nacionales se encuentran obligados a su aplicación y ejercicio, con anterioridad a que la causa bajo cuestión llegue a los estrados de estos órganos institucionales supranacionales, ya que la intervención y conocimiento de éstos se establece solo de forma subsidiaria a los órganos internos estatales».

Por otro lado, en lo que respecta a la investigación criminal como garantía del derecho a la verdad, interesa destacar que tanto la Corte como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH y CIDH respectivamente), han sostenido que el derecho a la verdad se vincula de manera directa con los derechos a las garantías judiciales y de protección judicial, los cuales se encuentran establecidos en los artículos XVIII y XXIV de la Declaración Americana, así como en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana (Cfr. **Informe CIDH, Derecho a la verdad en las Américas, 13 de agosto de 2014, párr. 66**).

Tal compromiso implica que el Estado tiene la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para investigar seriamente lo sucedido y, en su caso, sancionar a los responsables de los hechos. Este derecho no sólo pertenece a la víctima y sus familiares, sino también a la sociedad en su conjunto, cuando se han vulnerado derechos humanos (sobre la cuestión, ver lo señalado en «**Concha, Jesús**»).

Por lo expuesto considero que resulta necesario examinar la cuestión traída a conocimiento tomando en cuenta los parámetros señalados. Así es que considero que la jueza valoró los elementos de juicio con una mirada integral de la problemática, toda vez que meritó las manifestaciones de la denunciante con la necesaria perspectiva de género que el tema reclama.

Esto es teniendo en cuenta el impacto del ciclo de violencia en la personalidad de la mujer, circunstancia que justifica posibles inconsistencias e inclusive la retractación –como en el caso traído a estudio–. Por último y en relación a la violencia económica advertida por la sentenciante conviene señalar que ha sido expresamente reconocida como una de las manifestaciones de violencia contra la mujer (art. 5, Convención Belem Do Pará; art. 4, ley 26.485) –al respecto ver el **precedente «Muñoz García»**–. Así, el Comité de la CEDAW, en la Recomendación n° 19, afirma que la violencia contra las mujeres es una forma de discriminación que inhibe gravemente la capacidad de éstas para gozar de sus derechos y libertades en pie de igualdad con los varones. Entre las observaciones refiere que «[l]a falta de independencia económica obliga a muchas mujeres a permanecer en situaciones violentas [...]».

Por ello es que los agravios formulados por el recurrente no pueden tener acogida favorable ya que en atención al plexo probatorio ponderado por la jueza surge que el impugnante omite al formular sus críticas toda consideración de los indicios que dan cuenta del contexto de violencia de género advertido en autos. Por ello, corresponde dar respuesta negativa a la primera cuestión propuesta. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere. Ampliatorio.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, EN VOTO AMPLIATORIO, DIJO: Puesto a resolver el recurso casatorio promovido comparto la solución a la que llegan mis colegas de sala y, en relación a las consideraciones relacionadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género y, en cuanto a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género, me remito a lo oportunamente señalado en «**Di Cesare Morales**» y «**Mejía Salvador**» por resultar aplicable en ese aspecto el presente caso. ASÍ VOTO.

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

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

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación promovido a fs. 334/339 vta. por el defensor técnico de M E O.
- 2.- Tener presente la reserva federal formulada.
- 3.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen a sus efectos.

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

15- ORTEGA ESPECHE. 24-11-20.

| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
|----|----|----|------|--------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|-------------|---|------------|
| VG | - | - | - | - | - | - | - | - | - | - | - | - | N | 466 474 |

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201124_FcOER.pdf

Lex: Art. 466, 474, 417 quinquies del CPP. Ley 26485.

Vox: VG. Lesiones. Falta de acción. Nulidad. Gravedad institucional. Perspectiva de género. Apelación. Casación.

Summa:

El **TPC** declaró mal concedido el recurso de apelación formulado contra la resolución del JPC dictada en el marco de la audiencia de acusación prevista en el art. 417 quinquies del CPP, declarando **la nulidad de todo lo actuado** al hacer lugar a la **excepción de falta de acción** solicitada por la defensa del acusado.

El tribunal de instancia previa, indicó que, de una interpretación conjunta de los arts. 449, 466 y 475 del CPP, se desprende que las decisiones adoptadas por los **judices correccionales** en el contexto de un procedimiento correccional **no son susceptibles de apelación** y que, en el caso concreto, la decisión del Juzgado Penal Colegiado interviniente, que declaró la nulidad de lo actuado en el proceso, fue pronunciada en el marco de la audiencia de acusación reglada para el juicio correccional.

La **Titular de la Fiscalía** de Instrucción N° 04, Unidad Fiscal de Violencia de Género, interpone recurso de casación contra el auto dictado por el **TPC**.

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

La **SCJM** resolvió hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la Titular de la Fiscalía de Instrucción N° 4, Unidad Fiscal de Violencia de Género, y anular la resolución originaria del JPC, remitiendo las actuaciones al JPC a fin de que la OGAP determine el juez que habrá de intervenir en una nueva audiencia de acusación conforme con el art. 417 quinquies del CPP.

Resolución cuestionada: Auto pronunciado por el TPC N° 1- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Galdeano Reyes. 31-07-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=242>
- Merlo Lassa. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=243>
- Ojeda Pérez: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Di Cesare Morales. 26-06-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=156>
- Mejía Salvador. 10-09-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=197>
- Mc Garry. 14-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=175>

b-CSJN

- CSJN, Fallos 327:1430; 308:174, 327:5965; 315:656

Parágrafos destacados.

“Desde este punto de vista, la actuación del Tribunal Penal Colegiado se muestra adecuada, puesto que el camino correcto para impugnar la decisión del tribunal con competencia correccional, no se situaba en el planteamiento de un recurso de apelación, sino en el impulso de la **vía casatoria**, desde que los límites

que plantea el **art. 466 del CPP** no perdieron vigencia y en razón de que, a los efectos de la casación, la decisión del tribunal correccional se muestra como equiparable a definitiva. ...Pero, por otro lado, este Tribunal tampoco puede dejar de tener en cuenta la **debida diligencia** que se impone en casos como el presente, en el que se investiga un hecho calificado como lesiones agravadas por el vínculo y por mediar violencia de género (art. 7 inc. b, Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, “**Convención Belém do Pará**”). “

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

Fallo:

CUIJ: 13-04813207-8/1((018601-102060)) F. C/ O. E. R. N. P/ LESIONES LEVES DOLOSAS AGRAVADAS POR EL VINCULO Y POR MEDIA CONTEXTO DE VIOLENCIA DE GENERO P/ RECURSO DE CASACION *104893610*

En Mendoza, a los veinticuatro días del mes de noviembre del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04813207-8/1, caratulada "F. C/ O. E. R. N. P/ LESIONES LEVES DOLOSAS AGRAVADAS POR EL VÍNCULO Y POR MEDIAR CONTEXTO DE VIOLENCIA DE GÉNERO P/CASACIÓN".

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

La Titular de la Fiscalía de Instrucción N° 04, Unidad Fiscal de Violencia de Género, interpone recurso de casación contra el auto dictado por el Primer Tribunal Penal Colegiado obrante a fs. 70/71, que declaró mal concedido el recurso de apelación formulado contra la resolución del Primer Juzgado Penal Colegiado de fs. 33.

Mediante esta resolución, en el marco de la audiencia de acusación prevista en el art. 417 quinquies del CPP, el Juzgado Penal Colegiado declaró **la nulidad de todo lo actuado al hacer lugar a la excepción de falta de acción solicitada por la defensa del acusado.**

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

Conforme con la resolución criticada, el recurso de apelación interpuesto por la titular de la Fiscalía de Instrucción n° 4 de la Unidad Fiscal Especial de Violencia de Género, había sido mal concedido, toda vez que la resolución atacada mediante dicha vía ponía fin al proceso en el marco de un procedimiento correccional, siendo un acto para cuya impugnación no se dispuso el recurso de apelación (cfr. arts. 466, 417 a 417 quinquies del CPP) impugnación.

En este sentido, el tribunal de instancia previa indicó que, de una interpretación conjunta de los arts. 449, 466 y 475 del CPP, se desprende que las decisiones adoptadas por los jueces correccionales en el contexto de un procedimiento correccional **no son susceptibles de apelación** y que, en el caso concreto, la decisión del Juzgado Penal Colegiado interviniente, que declaró la nulidad de lo actuado en el proceso, fue pronunciada en el marco de la audiencia de acusación reglada para el juicio correccional.

Además, sostuvo que la implementación legislativa del procedimiento correccional no previó un tribunal inferior cuyas resoluciones fueran susceptibles de ser revisadas en apelación por otro tribunal superior, razón por la que, analógicamente, este procedimiento podía ser asimilado al de flagrancia, en el sentido de que funciona como tribunal de única instancia.

Así manifestó que, sin perjuicio de que la reforma procesal de la ley 9.040 convirtió a los antiguos jueces correccionales en miembros de cuerpos colegiados con funciones indistintas (como jueces de garantía, de flagrancia, correccional y de ejecución), el procedimiento correccional no se modificó, de modo que ampliar las vías impugnativas implicaría una postura contra legem (ver resolución de fs. 70/71).

2.- El recurso de casación

La recurrente articula su reclamo en función del art. 474 incisos 1 y 2 del CPP.

Preliminarmente argumenta que, si bien la resolución impugnada no se encuentra en el universo casable –pues no pone fin a la acción penal–, de hecho, hace imposible que continúe el proceso, pues implica convalidar la resolución dictada por el Primer Juzgado Penal Colegiado que, en el marco de la audiencia de **acusación prevista en el art. 417 quinquies del CPP**, declaró la nulidad de todo lo actuado por el Ministerio Público Fiscal por no haberse instado correctamente la acción penal.

Explica que dicha decisión se basó en un planteo defensivo de **exclusión probatoria y excepción de falta de acción**, que fue resuelto de manera arbitraria y sin perspectiva de género en la valoración de la prueba. En este sentido, por un lado, indica que el tribunal resolvió el planteo defensivo sin darle vista al Ministerio Público Fiscal y, por otro lado, que, para decidir sobre el planteo, valoró sin perspectiva de género la denuncia y la instancia de la acción penal formuladas por la víctima en la sede de la Oficina Fiscal interviniente.

Respecto de este último aspecto destaca que, en detrimento de la voluntad expresada por la víctima al instar la acción penal, el tribunal dio preeminencia a dichos expresados anteriormente, en un contexto en el que, ante la presencia de personal policial y su agresor, sostuvo que no deseaba formular una denuncia. Señala, además, que el tribunal declaró la nulidad del informe elaborado por el Equipo Profesional Interdisciplinario (E.P.I.), por considerar que no es un informe, sino una pericia elaborada sin objetividad y, asimismo, critica la posición asumida por el a quo en la audiencia de acusación, en el sentido que, restándole importancia a la denuncia formulada, le recomendó a la víctima y al imputado que recompusieran la relación sin violencia o agresiones. Señala que, en este sentido, el tribunal incluso leyó a la denunciante el informe psíquico del acusado y el informe del E.P.I. y le dijo que «sacara sus propias conclusiones».

La recurrente menciona que, contra la resolución del Juzgado Penal Colegiado, interpuso recurso de apelación que fue declarado mal concedido por el tribunal de alzada. Según indica, el Tribunal Penal Colegiado en función de apelación argumentó que el recurso fue formulado ante una decisión no susceptible de ser revisada por dicha vía de impugnación.

Repasa los argumentos del Tribunal y sostiene que posee vicios susceptibles de ser corregidos en casación. En primer lugar, entiende que la resolución casada posee **vicios in procedendo**, referidos a la interpretación de la normativa procesal.

Explica que, al rechazar el recurso interpuesto por considerarlo mal concedido, el tribunal en función de apelación privó a la víctima del acceso efectivo a la justicia y, de este modo, a una rápida revisión de lo actuado por el Juzgado Penal Colegiado interviniente.

Entiende que, si bien es cierto que la inexistencia de una vía ordinaria de impugnación contra las resoluciones dictadas en el marco del procedimiento correccional, puede favorecer la celeridad en el avance del proceso, también es cierto que, en el caso de dictarse una decisión que genere un gravamen irreparable, es necesaria una valoración diferente de los límites del **art. 466 del CPP**.

Explica que, en este caso, es notorio el perjuicio, toda vez que la decisión del Primer Juzgado Penal Colegiado vació de contenido la investigación fiscal en el contexto de una actuación manifiestamente nula y arbitraria.

Apunta que no puede desconocerse que la víctima de violencia intrafamiliar, golpeada por su pareja, llamó al 911, solicitó la presencia policial y formuló una denuncia penal, instando la acción por el delito de lesiones leves dolosas calificadas.

Entiende, asimismo, que resulta «absurdo» que la víctima encuentre cercenado su derecho a un juicio oportuno por la nula actuación del Juzgado Penal Colegiado, bajo el argumento de que la resolución fue dictada en el marco de un procedimiento correccional.

Por ello, considera que la lógica de la irrecurribilidad de las decisiones tomadas por una magistrada en función correccional no puede aplicarse en el presente caso, de modo que debió concederse el recurso de apelación presentado.

En otro orden de ideas, señala la presencia de **vicios in iudicando**, en la medida que el Tribunal Penal Colegiado en función de apelación ciñó su decisión solamente a lo previsto en el art. 466 del CPP, y no realizó una aplicación integral de toda la ley procesal vigente (arts. 8, 9, 108, 109 in fine, 466, 417 del CPP). Considera que una interpretación integral del código de rito tiene sentido en casos de violencia intrafamiliar como el presente, contexto en el que una declaración de nulidad como la criticada, y el consecuente impedimento procesal de revisión ante el tribunal superior, implican que el hecho investigado termine impune.

En este sentido, entiende que se ha suscitado una situación de **gravedad institucional** que demuestra la necesidad de reconsiderar el régimen normativo de vías ordinarias de impugnación pues, de lo contrario, se consolidaría la actuación irregular del tribunal correccional.

Con ello, señala que la impugnación de la resolución criticada del Juzgado Penal Colegiado en función correccional, mediante la vía del recurso de casación, hubiese implicado una excesiva duración del procedimiento y, eventualmente, la remisión de las actuaciones al tribunal de origen, provocando la revictimización de la denunciante.

Solicita la nulidad de la resolución dictada por el Tribunal Penal Colegiado en función de apelación y la remisión de la causa al subrogante legal.

3.- Dictamen del Procurador General

A fs. 130 el Procurador contesta la vista de ley y remite a los argumentos expuestos en el recurso de casación articulado por la titular de la Fiscalía de Instrucción N° 4 de la Unidad Fiscal de Violencia de Género.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso presentado por la representante del Ministerio Público Fiscal, considero que debe hacerse lugar a la pretensión recursiva.

Consecuentemente con ello, y en virtud de las razones que se formularán a continuación, debe anularse la resolución obrante a fs. 33, originaria del Primer Juzgado Penal Colegiado.

Preliminarmente, debe aclararse que el caso traído a estudio presenta ribetes particulares que demandan un tratamiento excepcional. Ello de acuerdo al adecuado abordaje que impone la **perspectiva de género**. Efectivamente, como se desprende de los antecedentes detallados párrafos arriba, el recurso de casación en tratamiento ha sido planteado contra la resolución del Primer Tribunal Penal Colegiado, que entendió improcedente un recurso de apelación que había sido formulado contra la decisión tomada por el Primer Juzgado Penal Colegiado.

Así planteado, esta Sala debería determinar si la resolución del Tribunal Penal Colegiado contiene los vicios que la recurrente invoca.

No obstante, el estudio de este Cuerpo recaerá sobre la resolución apelada en primera instancia, esta es, aquella que obra a fs. 33 de autos y que ha sido pronunciada por el Primer Juzgado Penal Colegiado en el marco de un procedimiento correccional.

Al respecto debe aclararse que, si bien **acierta el Tribunal Penal Colegiado, en cuanto sostuvo que la vía por la que se canalizó el planteo no era la adecuada**, lo cierto es que la voluntad recursiva de la representante del Ministerio Público Fiscal se ha manifestado, desde el inicio de las actuaciones, para subsanar los errores advertidos en la decisión tomada por el Juzgado Penal Colegiado en el marco de la audiencia de acusación celebrada de conformidad con el **art. 417 quinquies del CPP**.

En este sentido, por un lado, no puede soslayarse que **el órgano acusador equivocó la vía impugnativa** habilitada para el caso y que persistió en el error, en virtud de la concesión del recurso otorgada por el Juzgado Penal Colegiado.

Desde este punto de vista, la actuación del Tribunal Penal Colegiado se muestra adecuada, puesto que el camino correcto para impugnar la decisión del tribunal con competencia correccional, no se situaba en el planteamiento de un recurso de apelación, sino en el impulso de la **vía casatoria**, desde que los límites que plantea el **art. 466 del CPP** no perdieron vigencia y en razón de que, a los efectos de la casación, la decisión del tribunal correccional se muestra como equiparable a definitiva.

Pero, por otro lado, este Tribunal tampoco puede dejar de tener en cuenta la **debida diligencia** que se impone en casos como el presente, en el que se investiga un hecho calificado como lesiones agravadas por el vínculo y por mediar violencia de género (art. 7 inc. b, Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, **“Convención Belém do Pará”**).

En efecto, atender en este caso a la vía de impugnación, por encima de la pretensión recursiva en sí misma, constituiría un exceso de rigor formal que omitiría ponderar argumentos conducentes para una adecuada solución del caso (**CSJN, Fallos 327:1430; 308:174, 327:5965; 315:656**).

Esto, resulta inadmisibles cuando, en definitiva, la causa se encuentra en trámite ante este Tribunal y la pretensión recursiva ha sido ejercida en relación a la resolución cuestionada. Por otra parte, tampoco se puede eludir que la actuación del Primer Juzgado Penal Colegiado reviste particularidades subsanables que, como se explicará, de no corregirse implicarían convalidar un conjunto de circunstancias de claro carácter arbitrario.

Por ello, para este caso particular y de modo excepcional, se tratará la pretensión recursiva oportunamente formulada, más allá que se **canalizara erróneamente por la vía de apelación**. Referido lo expuesto, corresponde decir entonces que los agravios formulados por la representante del órgano acusador deben prosperar.

En efecto, le asiste razón al recurrente al indicar que la actuación del Primer Juzgado Penal Correccional en la audiencia de acusación celebrada en esta causa, se ha valido de vicios que convierten en nulo al acto dictado en consecuencia.

La compulsión de las actuaciones permite observar que, tras que el Ministerio Público Fiscal hiciera un relato de los hechos acusados, los subsumiera jurídicamente, y mencionara la prueba que apoyaba la imputación, se dio espacio para que las partes impugnaran la incorporación de la prueba ofrecida.

En este contexto, la defensa impulsó la exclusión probatoria del acta de procedimientos de fs. 30 y 68 y del informe elaborado por el E.P.I., y luego planteó una excepción de falta de acción, por considerar que la denunciante fue compelida por funcionarios policiales y de la Oficina Fiscal interviniente, para formular la denuncia penal (ver audiencia de acusación acompañada, a partir del minuto 11:15).

Aquí, en primer lugar, se observa que, para resolver el **incidente de excepción de falta de acción** que propició la defensa del acusado y que determinó la declaración de nulidad de todo lo actuado hasta entonces, la jueza en función correccional no corrió vista al órgano acusador, contrariamente a lo dispuesto al **art. 21 del CPP**.

Esta irregularidad, de conformidad con lo previsto en el art. 198 del CPP, ha vulnerado la intervención y participación del Ministerio Público Fiscal en un acto que fue determinante para el proceso.

En este sentido, también resulta criticable la actitud mostrada por la jueza a quo frente al conflicto, en la medida en que, luego de oír a la defensa, dedicó varios minutos de la audiencia para entrevistar a la denunciante, presente en la sala, incorporando así información que no pudo ser controvertida por el órgano fiscal.

En concreto, se destacan intervenciones de la jueza a quo como: «¿Usted llamó al personal policial?»; «Usted manifestó que no deseaba formular la denuncia, ¿esto es así?»; «El señor O., ¿salió del domicilio porque lo llamó la policía?, ¿y lo entrevistó en la puerta?»; «¿Usted fue detrás del móvil?, ¿la policía le dijo que fuera detrás de ellos?»; «¿Por qué llamó usted a la Policía?».

De este modo, la jueza de instancia previa se procuró información de manera parcial y, con las respuestas ofrecidas por la denunciante, dio paso directo a la resolución del incidente sin la debida intervención del Ministerio Público Fiscal (ver audiencia de acusación acompañada, entre minutos 25.35 y 32.45).

En segundo lugar, también se advierte que, para sostener que la denuncia de los hechos no fue formulada libremente, sino a partir de una actitud coercitiva de los funcionarios policiales y judiciales que participaron de las actuaciones, la jueza a quo no analizó las intervenciones de la denunciante con perspectiva de género, tal como lo ha sostenido esta Sala en diversos precedentes («**Di Cesare Moreles**», «**Mejía Salvador**», «**Galdeano Reyes**», «**Merlo Lassa**», «**Ojeda Pérez**», entre otros).

En efecto, si bien es cierto que, según lo asentado en el acta de fs. 30 y fs. 68 y lo dicho en la audiencia de acusación, la presunta víctima de los hechos relatados al 911 declaró que no deseaba formular una denuncia, también es cierto que tales manifestaciones fueron proferidas frente a la persona que la habría agredido.

Esta circunstancia, sumada al contenido de la denuncia de fs. 1/3 –en la que la denunciante no sólo manifestó que deseaba instar la acción penal, sino que, también, relató otros hechos pasados de violencia que no quiso denunciar–, construyen, según estimo, un cuadro relevante con miras a determinar si la voluntad de no denunciar, no fue, en realidad, manifestada en el marco de la dinámica cíclica tan característica en los procesos de violencia doméstica.

Al respecto de este problema, el tribunal correccional no formuló valoración alguna. Por último, también le asiste razón a la recurrente al indicar que el informe proveniente del Equipo Profesional Interdisciplinario (E.P.I.) fue declarado nulo con argumentos inadecuados.

En efecto, según ha dicho este Cuerpo al expedirse en el **precedente «Mc Garry»**, el hecho de que el informe de riesgo elaborado por el E.P.I. contenga conclusiones que no puedan ser calificadas como puramente descriptivas, no convierte por sí solo a ese elemento de prueba en un dictamen pericial.

En este sentido, no puede soslayarse que la intervención del E.P.I. para este tipo de casos se entiende en función de la estrategia asumida por el Estado argentino en la lucha contra un delito que, prima facie, encuadra en un contexto de violencia de género, fenómeno que se caracteriza por un ciclo de repetitividad o maltrato crónico que demanda la adopción de medidas tempranas.

Asimismo, debe recordarse que la urgencia en la intervención del E.P.I. y en la determinación del grado de riesgo presente en el caso, no obedece a la urgencia en la producción de una indagación pericial que,

de producirse con demora, se hubiese perdido (ver art. 249 del CPP), sino que, obedece a la premura propia de las medidas preventivas que habilita la ley 26.485 (ver art. 26).

Según se desprende de las actuaciones, el objetivo de la producción del informe anulado por el tribunal de mérito no fue el de descubrir o valorar un elemento de prueba para el que fuere necesario o conveniente poseer conocimientos especiales (**art. 244 del CPP**), sino el de adecuar la investigación a los compromisos asumidos por el Estado nacional en la prevención, sanción y erradicación de la violencia contra las mujeres (**ver ley 26.485, arts. 2, 3, 26 y 29**). Fiel a este sentido, la intervención del E.P.I. en este proceso, fue ordenada a fin de determinar el grado de riesgo presente en el caso y, en función de sus resultados, adoptar medidas de protección (ver actuaciones de fs. 7, 9, 35/36, 49, 71/72, 79/80).

En definitiva, si bien es cierto que, para determinar el grado de riesgo de violencia presente en el caso concreto, el cuerpo interdisciplinario se basó en tareas de tipo valorativo, esto no supone necesariamente que se esté frente a una tarea pericial.

Por lo tanto, los argumentos del tribunal respecto de la validez del informe del E.P.I. no resultan adecuados y constituyen una razón más para anular su pronunciamiento.

Por las razones expuestas precedentemente, entiendo que corresponder responder de manera afirmativa a la primera cuestión planteada, por lo que el recurso de casación presentado por la representante del Ministerio Público Fiscal debe ser receptado en esta instancia. **ASÍ VOTO.**

Voto Dr. Valerio y Dr. Adaro. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y MARIO D. ADARO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de la cuestión anterior, corresponde anular la resolución originaria del Primer Juzgado Penal Colegiado, obrante a fs. 33 de autos. Consecuentemente, debe remitirse las presentes actuaciones al Primer Juzgado Penal Colegiado a fin de que la OGAP determine el juez que habrá de intervenir en una nueva audiencia de acusación conforme con el art. 417 quinquies del CPP. **ASÍ VOTO.**

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

SENTENCIA:

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

- 1.- Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la Titular de la Fiscalía de Instrucción N° 4, Unidad Fiscal de Violencia de Género, y anular la resolución obrante a fs. 33 originaria del Primer Juzgado Penal Colegiado.
- 2.- Remitir las presentes actuaciones al Primer Juzgado Penal Colegiado a fin de que la OGAP determine el juez que habrá de intervenir en una nueva audiencia de acusación conforme con el art. 417 quinquies del CPP.

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

16- YUCA JANDI. 01-12-20.

| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
|-----------|-------------|----|------|------------|---------|---------|----------|---------|---------|---------|---------|-------------|---|------------|
| | | | | | | | | | | | | | | 474 |
| VG | Par. | - | - | PCC | - | - | A | - | - | - | - | - | - | 412 |

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201201_FcYJC.pdf

Lex: Art. 89 en función con los arts. 92 y 80 incs. 1 y 11 del CP. Art. 412, 2° párrafo y 416 inc. 4° del CPP.

Vox: VG. Lesiones dolosas agravadas. Relación de pareja. Violencia de género. Nulidad del debate. Incorporación extemporánea de fundamentos.

Summa:

El JPC condenó al nombrado a la pena de **seis meses de prisión de ejecución condicional** como autor del delito de lesiones leves dolosas agravadas por la relación de pareja y por mediar violencia de género (art. 89 en función con los arts. 92 y 80 incs. 1 y 11 del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación.

El **Procurador General** entiende que corresponde hacer lugar al recurso interpuesto.

La **SCJM** resolvió hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa técnica, anular el debate efectuado, la Sentencia y sus fundamentos, y remitir las actuaciones al JPC correspondiente a fin de que la OGAP determine el juez que habrá de intervenir en la realización del nuevo debate.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1903, pronunciada por el JPC N° 1- 1° CJ.

Doctrina citada.

DONNA Edgardo Alberto - Maiza María Cecilia, "Código Procesal Penal y Leyes Complementarias", Editorial Astrea, Buenos Aires, 1.994, p. 467

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

Fallo:

**CUIJ: 13-04778015-7/1((018501-71788)) FC/ Y. J. C. P/ LESIONES LEVES DOLOSAS CALIFICADAS (71788)
P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104856714***

En Mendoza, el primero de diciembre del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04778015-7/1, caratulada "F. C/ Y. J., C. G. S/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN".

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

A fs. 136/144 la defensa técnica de C. G. Y. J. promueve recurso de casación contra la Sentencia N° 1.903 (fs. 124 y vta.) y sus fundamentos (fs. 129), en tanto condena al nombrado a la pena de seis meses de prisión de ejecución condicional como autor del delito de lesiones leves dolosas agravadas por la relación de pareja y por mediar violencia de género (art. 89 en función con con los arts. 92 y 80 incs. 1 y 11 del CP), pronunciamiento dictado en la causa N° P-71.788/18 por el Primer Juzgado Penal Colegiado de la Primera Circunscripción.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

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

I.- Sentencia recurrida

La resolución establece, en lo que aquí respecta, que ha quedado acreditado en el debate que «[q]ue para fecha 2 de setiembre del 2018, a las 22:00 hs. aproximadamente, en el domicilio ubicado en calle.....Y. J. C. C. propinó diversos golpes de puño y cachetadas en el rostro a su pareja J. L. A.i provocando las siguientes lesiones según informe del Cuerpo Médico Forense: equimosis en párpado superior bilateral, erosión de mucosa de labio inferior, edema de 2 centímetros en región frontal izquierda y edema de 3 centímetros en región parietal derecho, todas ellas con un tiempo de curación menor a un mes».

Para decidir en tal sentido, el a quo valoró la declaración testimonial de J. L. A., el informe del examen físico del Cuerpo Médico Forense realizado a la víctima, el informe brindado por el Equipo Profesional Interdisciplinario (EPI) y demás elementos de juicio incorporados al debate.

II.- Recurso de casación

La defensa plantea recurso de casación contra la resolución antes individualizada en razón de lo dispuesto por el art. 474 inc. 2° del CPP, es decir, por adolecer el pronunciamiento cuestionado de **vicios in procedendo**.

Cuestiona en primer orden, la **incorporación extemporánea de los fundamentos de la resolución que cuestiona, de conformidad a los arts. 412 2° párrafo y 416 inc. 4 del CPP**.

Explica que la parte dispositiva de la sentencia se dictó el día 15 de febrero del 2019, y que los fundamentos debieron incorporarse el quinto día hábil posterior al dictado de la parte dispositiva, es decir, el día 22 de febrero del 2019.

Reseña las diversas gestiones efectuadas a fin de poder obtener los fundamentos de la sentencia. Aclara en tal sentido que, con posterioridad a la fecha en que debió darse lectura, no se encontraron los fundamentos agregados ni al legajo, ni al expediente, ni al protocolo digital, ni suelto en las respectivas oficinas.

Adjunta constancias y copias del legajo de donde se desprende que los fundamentos no estuvieron ni en tiempo ni en forma agregados a las presentes actuaciones. Refiere que, ante tal situación, el día 28 de febrero solicitó la suspensión de los plazos procesales, y que en fecha 1 de marzo de 2019 se hizo lugar a lo solicitado mediante decreto que luce a fs. 131.

Cuestiona que este decreto fue firmado por el Dr. Pereyra quien, según constancia de fs. 131 vta., se encontraba en uso de licencia desde fecha 18 de febrero hasta el día 11 de marzo del 2019. Relata que con posterioridad le entregaron una copia de los fundamentos con firma en original, sin aclaratoria, la cual posee fecha 25 de febrero de 2019.

Ante ello, cuestiona por qué razón el juez hizo lugar a la suspensión de los plazos procesales el día 1 de marzo, si los fundamentos ya estaban redactados por el sentenciante. Por otra parte, señala que para esa fecha el juez se encontraba de licencia.

Finalmente, añade que se tardaron más de un mes en protocolizar digitalmente los fundamentos (26 de marzo de 2019).

Indica que el día 15 de marzo fueron anoticiados del cómputo de la pena, el que se practicó cuando la sentencia aún no estaba firme. Agrega que, independientemente de ello, lo cierto es que no estaban disponibles los fundamentos.

Refiere, como otra irregularidad, que la protocolización de la parte dispositiva de la Sentencia N° 1.903 tiene fecha 20 de febrero de 2019.

En virtud de las consideraciones expuestas, solicita la declaración de nulidad de la sentencia y del debate, y que se ordene la realización de un nuevo juicio (arts. 412, 416 inc. 4 y 203 del CPP).

En segundo orden, plantea la nulidad de la resolución cuestionada por entender que adolece de fundamentación suficiente.

En tal sentido, entiende que las pruebas tuvieron una errónea interpretación con relación a los hechos que se investigan y se omitió prueba testimonial de vital importancia, como la declaración testimonial del perito del Cuerpo Médico Forense, lo declarado por los efectivos policiales que intervinieron, el acta de denuncia y las constancias del protocolo de actuación fiscal.

Menciona que en el único párrafo que el juez desarrolla las razones en que sustenta su decisión, se limitó a esbozar en forma sesgada el caudal probatorio.

Cuestiona que entre los argumentos brindados por la resolución que cuestiona, el sentenciante hizo referencia a la confesión del imputado en la audiencia, lo que no se condice con las constancias de autos, ya que el imputado nunca prestó declaración en audiencia de debate.

Por otro lado, y luego de analizar las distintas declaraciones testimoniales, el acta de procedimiento y el protocolo de la toma de denuncia, concluye que la víctima no tenía lesiones visibles, que las lesiones constatadas con posterioridad podrían tener múltiples causas, y que J. A. efectuó la denuncia bajo amenazas.

En razón de ello, sostiene que el imputado Y. no fue el autor de las lesiones y que la prueba fue valorada de modo insuficiente, aparente, vulnerando las reglas de la sana crítica racional.

Por último, sostiene que el sentenciante no brinda fundamento alguno respecto a la calificación legal ni de la pena impuesta.

Hace reserva del caso federal.

III.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General entiende que corresponde hacer lugar al recurso de casación impetrado.

Sostiene al respecto que de las constancias de autos se advierte que los fundamentos de la sentencia fueron agregados en forma extemporánea, de conformidad a las previsiones del art. 412 del CPP.

Aclara que si bien se trata de una nulidad relativa, ésta no ha sido consentida por las partes, ello por cuanto al advertir la defensa esta situación, solicitó la suspensión del plazo procesal, los que fueron suspendidos según constancia de fs. 130/131.

Por otro lado, advierte que los fundamentos habrían sido redactados el día 25 de febrero de 2019, fecha en la que el magistrado interviniente se encontraba de licencia, según surge de la constancia de fs. 131 vta.

Por último, señala que los fundamentos habrían sido agregados al expediente a finales del mes de marzo, cuya protocolización digital data del día 26 de marzo de 2019. Agrega que esta incorporación se efectuó después de haber practicado el cómputo de la pena y de haber procedido a su notificación, razón por la cual su extemporaneidad resulta patente.

Por último, concluye que la sentencia es un acto complejo que se completa con la lectura de los fundamentos que deben ser brindados en tiempo y forma.

Por ello, sostiene que corresponde declarar la nulidad de la Sentencia N° 1.903 y del debate como acto conexo, con el respectivo reenvío al subrogante legal para la realización de un nuevo juicio, deviniendo en abstracto expedirse respecto al resto de los agravios enunciados por el recurrente.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Analizadas las constancias incorporadas a la presente causa, entiendo que corresponde hacer lugar al remedio casatorio oportunamente interpuesto y, en consecuencia, anular el debate y la sentencia emitida a fin de que sustancie un nuevo debate. Doy razones.

En forma preliminar, corresponde destacar que este Cuerpo –en sus diferentes integraciones– ha sostenido reiteradamente el criterio según el cual es atribución del tribunal de casación tratar el motivo casatorio que más convenga a la solución del caso, en razón de que la ley adjetiva no establece un orden de procedencia que imperativamente deba seguirse en el examen de las causales de impugnación extraordinaria (L.S. 183-188; 202-001; 269-234, entre otros).

Es por ello que centraré el análisis de la presente causa en uno de los vicios formales denunciados por el recurrente vinculado a la **incorporación extemporánea de los fundamentos** de la resolución que cuestiona.

Ello por cuanto de prosperar esta causal de impugnación, conduciría a la anulación de la resolución cuestionada por este remedio casatorio, a tenor de lo normado por el art. 416 inc. 4) del CPP., relevándome del tratamiento de los restantes agravios esgrimidos por el censurante. Al respecto, el artículo 412 del CPP reglamenta el modo en que debe proceder el tribunal de juicio en la oportunidad de dictar la sentencia luego del debate.

La regla dispone que seguidamente a la protocolización de la sentencia, se procederá a su lectura en audiencia pública, bajo sanción de nulidad.

Sin embargo, prevé que, por la complejidad del asunto o lo avanzado de la hora, en dicha oportunidad pueda leerse tan sólo su parte dispositiva. En tal caso, la lectura integral de la sentencia se efectuará en las mismas condiciones que aquélla y en el plazo máximo **de cinco días a contar desde el cierre del debate**, bajo la pena de nulidad.

De la debida compulsas de las constancias de autos, se desprende que en fecha 15 de febrero del 2019, se pronunció sentencia condenatoria al imputado C. G. Y. J., y se dispuso que la lectura de los fundamentos

se efectuara el quinto día hábil posterior al dictado de la sentencia, esto es, el día 22 de febrero del 2019. En fecha 28 de febrero del 2019 la defensa de Y. J., luego de realizar una reseña de las actuaciones que – sin éxito– llevó a cabo a fin de compulsar los fundamentos de la sentencia, solicitó la suspensión de los plazos procesales a los fines de ejercer el derecho a recurrir (ver fs. 130).

Sin embargo, a fs. 129 se encuentran incorporados los fundamentos de la sentencia con fecha 25 de febrero del 2019, y con fecha de protocolización digital el día 26 de marzo del 2019. No obstante ello, el juez de sentencia dispuso, por los motivos solicitados por el censurante, la suspensión de los plazos procesales. Se advierte, por otra parte –tal como lo destaca la defensa–, que a fs. 131 vta. el administrador de la OGAP dejó constancia que el magistrado de referencia se encontraba en uso de licencia desde el día 18 de febrero al 11 de marzo del 2019 (fs. 131).

No obstante las irregularidades señaladas, lo cierto y conducente a los agravios de la defensa es lo vinculado a la extemporaneidad de la incorporación de los fundamentos de la sentencia cuya validez cuestiona.

Ello, sea que estos hayan sido incorporados en fecha 25 de febrero, tal como se desprende de la secuencia de los actos procesales descriptos o, como lo sostiene la defensa, a fines del mes de marzo, conforme surge de las constancias de autos y de la fecha de protocolización digital. Al respecto, esta Sala con distinta conformación ha tenido oportunidad de referirse al tema en estudio en términos aplicables al presente, en un supuesto en donde los fundamentos se incorporaron a los autos al sexto día del plazo inicial. En tal ocasión se sostuvo que «[...] la sanción ineludible es la nulidad de lo actuado hasta ese momento» (L.S. 286-454).

En este sentido se ha expedido también la doctrina, estableciendo que «[e]l plazo de suspensión es perentorio, y surge del principio de concentración y de continuidad [...]

La nulidad surge de la violación del plazo, y no de la ausencia de las partes, de modo que la obligatoriedad de la lectura de la sentencia dentro del plazo legal se hace inexcusable» (**Edgardo Alberto Donna - María Cecilia Maiza, "Código Procesal Penal y Leyes Complementarias", Editorial Astrea, Buenos Aires, 1.994, p. 467**).

De los argumentos desarrollados se deriva la invalidez de los actos llevados a cabo por el a quo, toda vez que violan el principio de continuidad, base de la nulidad contemplada en el art. 412 C.P.P. Por ello, y oído el Procurador General, se debe anular el debate, la Sentencia N° 1.903 y sus fundamentos, a fin de que se sustancie un nuevo debate, relevando la decisión precedentemente adoptada, el tratamiento de los otros agravios esgrimidos. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio y Dr. Palermo. Adhieren.

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren por los fundamentos al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: De conformidad a lo votado en la cuestión anterior, corresponde anular el debate efectuado, la Sentencia N° 1.903 y sus fundamentos, debiendo remitirse las actuaciones al Juzgado Penal Colegiado correspondiente a fin de que la OGAP determine el juez que habrá de intervenir en la realización del nuevo debate. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

SENTENCIA:

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

- 1.- Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa técnica de C. G. Y. J..
- 2.- Anular el debate efectuado, la Sentencia N° 1.903 y sus fundamentos, y remitir las actuaciones al Juzgado Penal Colegiado correspondiente a fin de que la OGAP determine el juez que habrá de intervenir en la realización del nuevo debate.

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

17- MUÑOZ OLMEDO. 01-12-20.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201201_FcMOS.pdf

Lex: Art. 92 en función de los arts. 89 y 80 incs. 1° y 11°, arts. 149 bis, 2° párrafo y 55 del CP.

Vox: VG. Lesiones leves calificadas. Vínculo. Violencia de género. Coacción. Concurso real.

Summa:

El TPC condenó al señalado a la pena de **dos años y seis meses de prisión de cumplimiento efectivo** como autor penalmente responsable de los delitos de lesiones leves calificadas por el vínculo y por mediar violencia de género y coacción, en dos hechos independientes en concurso real (art. 92 en función de los arts. 89 y 80 incs. 1 y 11, arts. 149 bis, segundo párrafo y 55 del Código Penal).

La **defensa** interpone recurso de casación.

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

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 839, pronunciada por el TPC N° 1-2° CJ.

Precedentes citados

a- Precedentes citados

a-SCJM

- Ruiz Gutierrez. 18-02-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=8>
- Concha, Jesús. 20-09-18. https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- Alaniz Pineira. 23-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=37>
- Galdeano Reyes. 31-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180731_FcGRJ.pdf
- Merlo Lassa. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=243>
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>
- Brancelo Urbon. 05-03-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200305_FcBUD.pdf
- Di Cesare Morales. 26-06-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=156>
- Mejía Salvador. 10-09-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=197>

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

Fallo:

CUIJ: 13-05314422-9/1((028601-730921)) FC/ M. O. P/ LESIONES LEVES AGRAVADAS (730921) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105483167*

En Mendoza, el primero de diciembre del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N°13-05314422-9/1, caratulada "F. C/ M. O., S. D. P/ LESIONES LEVES AGRAVADAS S/ CASACIÓN".

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

La defensa de S.D.M.O. interpone recurso de casación (fs. 128/132 vta.), contra la Sentencia N° 839 (fs. 105/106) y sus fundamentos (fs. 117/121), mediante la cual se lo condenó a la pena de dos años y seis meses de prisión de cumplimiento efectivo como autor penalmente responsable de los delitos de lesiones leves calificadas por el vínculo y por mediar violencia de género y coacción, en dos hechos independientes en concurso real (art. 92 en función de los arts. 89 y 80 incs. 1 y 11, arts. 149 bis, segundo párrafo y 55 del Código Penal) en la causa P-730921/19.

El pronunciamiento fue dictado por el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Segunda Circunscripción Judicial.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

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

1.- Sentencia recurrida

El tribunal de juicio tuvo por acreditado que los hechos ocurrieron tal como lo sostuvo la acusación pública, esto es que: «...para fecha 15 de julio de 2019, siendo alrededor de las 21:00 hs., momentos en que la Sra. T. G. A. se encontraba en el interior de su vivienda sita en ..., provincia de Mendoza, en compañía de quien fuera su pareja el Sr. S.D.M.O , tras mediar una discusión el hoy imputado utilizando un control remoto de televisor golpeó en el rostro a la Sra. A., para acto seguido propinarle un golpe con la palma abierta en la misma zona, lesionándola levemente al causarle excoiación en mucosa oral del labio inferior izquierdo. Posteriormente y a sabiendas de la historia familiar de la víctima, el encartado haciendo uso de amenazas le manifestó a la Sra. A. que si lo dejaba, él se iba a quitar la vida, con el claro fin de obligar a la denunciante a hacer algo contra su voluntad, ocasionándole temor ya que lo cree capaz de cumplir con sus dichos».

Para así decidir el sentenciante valoró, entre los elementos más importantes las declaraciones testimoniales de T.G.A. y de la menor A. A. A. G., receptado mediante sistema de videograbación similar a Cámara Gesell; el acta de procedimiento (fs. 01); el acta de denuncia (fs. 04/05); el informe de suceso del CEO (fs. 22/25); el acta de visu (fs. 26); el informe del examen físico practicado a la víctima por el Cuerpo Médico Forense (fs. 51 y vta.) y el examen psíquico realizado a la víctima por el Equipo Profesional Interdisciplinario (fs. 49/50 vta.).

2.- Recurso de casación

La defensa formula su impugnación de acuerdo a las disposiciones del art. 474 incs. 1 y 2 del CPP.

Señala que el sentenciante no analizó si era verdad o no lo relatado por la supuesta víctima y su hermana menor. A su entender, el a quo creyó solamente en los dichos de la víctima. Sostiene que la menor A.A.A. relató en Cámara Gesell que cuando su papá estaba mirando la televisión y su mamá iba a apagarla, él le quitó el control y le pegó en el mentón. Fue ahí cuando su mamá se encerró en el baño y llamó a la policía. Al respecto la defensa considera que en ningún momento A. fue coaccionada, tal como entiende el a quo, ya que pudo llamar a la policía y hacer la denuncia.

Agrega que nunca el acusado la obligó hacer o no hacer algo contra su voluntad, por lo que solicita la desestimación de la presente condena y su revocatoria. Argumenta que debe descartarse toda mención generalizada y que se debe indicar, motivar y fundar las razones objetivas que permitan afirmar que M. fue el que cometió el ilícito tal como se menciona.

Por lo que solicita que se declare nula la sentencia atacada por falta de fundamentación.

3.- Dictamen del Procurador General

El Procurador General al momento de dictaminar considera que debe rechazarse el recurso formulado y, en consecuencia, confirmarse la validez de la sentencia impugnada.

Advierte que el defensor pone en evidencia su discrepancia con la valoración que efectúa el juzgador de las pruebas producidas en el debate como así también de las legalmente incorporadas.

Estima que la sentencia luce debidamente fundada. Sostiene que el juez contó con los elementos necesarios para lograr la certeza requerida en ese estadio procesal a los fines de condenar al imputado S.D.M.O tal como lo hizo.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso de casación formulado considero, por los motivos que a continuación se exponen, que no corresponde hacerle lugar. Paso a explicarlo.

En efecto, estimo que la motivación cuestionada es suficiente para mantener **el dictum como acto jurisdiccional válido**, en tanto no adolece de falencias que impliquen su anulación.

Ello a tenor de la jurisprudencia reiterada de esta Sala que ha establecido que, para que los defectos en la fundamentación conlleven tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (conf. LS. 186-427, 153-011, 354-218, 392-094 y 397-177, entre otros); lo que en la especie no ocurre.

a.- Consideraciones generales sobre la valoración probatoria con perspectiva de género

En primer lugar debe señalarse, que el sentenciante al momento de resolver asumió una perspectiva integral en relación a los criterios de valoración señalados en la Ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollan sus relaciones interpersonales. En este sentido debo señalar que sobre esta cuestión tuve ocasión de pronunciarme en diversos precedentes (**“Cruz Caporiccio”, “Merlo Lassa”; “Quiroga Morales”; “Ojeda Pérez”; “Vázquez Tumbarello”; “Brancello Urbón”; entre otros**).

En especial en **“Ojeda Pérez”** sostuve que «[...] comparto que aquella concepción según la cual la perspectiva o visión de género es una “categoría analítica que toma los estudios que surgen desde las diferentes vertientes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma, cuestionar los estereotipos y elaborar nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad al servicio de la igualdad y la equidad” (UNICEF, **“Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017**).

Destaco la idea de igualdad contenido en la definición en tanto se encuentra no sólo consagrada expresamente en el texto constitucional (art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza), sino, también, en el ámbito de la normativa internacional.

Así, entre otros, la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” - **Belem Do Pará** -, garantiza que toda mujer tiene “el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley” (art. 4, inc. “f”). Sostuve también en esa ocasión que «[...] en nuestro ordenamiento interno, la ley nacional 26.485 es una norma orientada pura y exclusivamente a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las "mujeres".

En tal sentido, entre sus objetivos primordiales, el propio texto promueve y garantiza “la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida”, “el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia”, “las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos”, como también, “la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres”(art 2, inc. a, b, c y e respectivamente)».

Así, «[...] ese texto normativo vino a imponer un verdadero “deber jurídico” para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas.

Sus destinatarios directos son aquellos sujetos que integran los órganos decisores en el marco de los procesos judiciales penales, ya sea por el lado de quienes resultan facultados para disponer sobre el curso de investigación, como también, respecto de quienes son los encargados de su juzgamiento».

Ese deber jurídico no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley. Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que «[l]os organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativos, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional [...] los siguientes derechos y garantías: i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son su naturales testigos [...]» (**art. 16**)».

Ahora bien, «[...] además de ese deber genérico, ya en el terreno que resulta propio a la actuación de los órganos de justicia dentro de los procedimientos jurisdiccionales penales, el texto legal contiene dos normas que consagran lineamientos funcionales para los operadores del sistema de administración de justicia en el abordaje de la problemática de género.

En consonancia con el sistema de protección integral, se consagra el principio de «**amplia libertad probatoria**» para tener por acreditados “los hechos denunciados, evaluándose las pruebas ofrecidas de acuerdo con el principio de la sana crítica. Se considerarán las presunciones que contribuyan a la demostración de los hechos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes” (**art 31**)».

De tal manera «[...] el texto legal vigente [ley 26.485] no introduce un nuevo método de valoración probatoria para los casos de violencia de género, puesto que siempre la prueba debe valorarse conforme al sistema de la sana crítica racional (**art. 206 y 409 del CPP**).

A mi modo de ver, la imposición de un método de valoración de la prueba como herramienta obligatoria para el abordaje de esta problemática, se justifica ante la necesidad de evitar que los órganos jurisdiccionales decisores puedan apartarse en la adopción de decisiones, del contexto fáctico que es propio a este género de conductas delictivas».

Así, «[...] el acierto de la ley consistió en establecer, en forma igualitaria, un método de valoración que evite la discriminación que en ocasiones ocurría por prácticas derivadas de la cultura jurídica patriarcal inquisitiva, que se transformaron en consuetudinarias, y que era necesario erradicar.

Repárese que es la propia Convención Belem Do Pará donde se fija, como un deber de los Estados el “tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer” (art. 7, inc. “e”).

Ello no resulta novedoso para la labor jurisdiccional en razón que «[...] siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba –objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento.

Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto. Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas».

Conforme a lo expresado «[...] es el contexto en el que se inserta el hecho delictivo el que viene a determinar el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio. Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres el testimonio de la víctima ostenta un valor fundamental en la comprobación de los extremos de una imputación delictiva, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la responsabilidad penal derivada del mismo».

De tal manera «[...] uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo. A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables».

De no proceder de esta manera estaríamos recreando la sociedad estamental –con características propias– del Estado premoderno, lo que implicaría una vulneración del principio de igualdad –consagrado en el art. 16 de la CN y 7 de la CM–, el que, a su vez, constituye uno de los pilares de la República Federal. A lo señalado debe sumarse, tal como destaqué en el **precedente “Vázquez Tumbarello”, la relevancia de la ley 27.499, denominada «Ley Micaela»**, en tanto dispuso la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra la mujer para todas las personas que desempeñen la función pública, en cumplimiento del objetivo señalado.

En coincidencia con aquella normativa la Acordada n° 29.318 de esta Suprema Corte de Justicia, y su anexo «Programa de capacitación permanente para la incorporación de la perspectiva de género en el marco de la Suprema Corte de Justicia».

Así, con fundamento en el principio de igualdad y la consecuente prohibición de discriminación, se dispusieron una serie de acciones concretas para asegurar la «igualdad real» de las mujeres en sus relaciones interpersonales.

En conclusión, entiendo que la trascendencia de la ley 26.485 radica no en conformar un estatus jurídico distinto aplicable a la mujer, sino que mediante la capacitación dirigida a los funcionarios públicos y, en lo que aquí interesa, a funcionarios y magistrados del poder judicial, se otorgue una perspectiva para valorar los elementos probatorios bajo el prisma de la igualdad consagrada en la normativa nacional.

Ella debe estar despojada de estereotipos y prácticas relacionadas con la cultura jurídica patriarcal-inquisitiva, plasmada en usos y costumbres que importaron, e importan, prácticas que impiden poner en contexto los medios convictivos al momento de su ponderación.

Estas consideraciones, como adelanté, las entiendo plenamente aplicables al caso por cuanto nos encontramos frente a un supuesto de violencia de género en donde el tribunal de instancia anterior ha tenido en cuenta los parámetros antes referidos al momento de la ponderación de los elementos de prueba obrantes en la causa.

En función de las pautas señaladas es que analizaré las impugnaciones formuladas en la presente causa.

b.- Acerca de los cuestionamientos realizados por la defensa a la valoración probatoria realizada por el juez de sentencia y al modo de fundamentar su decisión

En segundo lugar, el recurrente ataca la valoración que hace el sentenciante del testimonio de la víctima T.G. A. y de la menor A. A. A., en tanto considera que el acusado no obligó a la víctima hacer o no hacer algo contra su voluntad. Sobre el planteo, debe señalarse que T.G.A., tanto en la denuncia como en sus declaraciones testimoniales realizadas durante la investigación penal preparatoria y el juicio oral, ha mantenido su versión de los hechos en forma coherente y persistente. Por ello, a mi modo de ver, no hay motivo para dudar de su declaración.

Esto, atento a que, tal como lo sostuvo el juez de la instancia anterior, aquella declaración resulta respaldada a través de prueba objetiva.

Entre ella ocupa un lugar preponderante el visu practicado en la Oficina Fiscal (fs. 26), en el que se dejó constancia que la víctima presentaba, al momento de la denuncia, «[e]n la parte del labio un pequeño moretón, y en la parte interior del labio inferior tiene una pequeña lesión (corte)».

También, y en el mismo sentido avala sus dichos el informe del examen físico del Cuerpo Médico Forense (fs. 51 y vta.) en el que consta que T.G.A tenía «excoriación en mucosa oral del labio inferior lado izquierdo». Igualmente, debe tenerse en cuenta que del informe del examen psíquico practicado por el Equipo Profesional Interdisciplinario (fs. 49/50 vta.) surge que aquella «presentaba indicadores de sometimiento sostenido durante la relación, e indicadores de miedo y angustia compatibles con los episodios relatados. Al momento del examen, conforme a lo evaluado, **la valoración clínica estructurada arroja indicadores de riesgo de violencia física MODERADO**».

Asimismo es de resaltar que, si bien la menor A. A. G. no mencionó durante su declaración los dichos coaccionantes del acusado hacia la víctima, ello no resulta decisivo, dentro del contexto probatorio obrante en la causa, para restarle credibilidad a los dichos de T.G.A.

En tanto se advierte, del sistema de videograbación similar a Cámara Gesell que, ante el pedido de la profesional interviniente para que relatará lo que pasó esa noche, la menor, antes de comenzar, refirió tener mala memoria y que iba a contar lo que recordaba.

Por lo que perfectamente es plausible que la menor no pudiera no recordar con exactitud los dichos referidos por el acusado hacia la víctima.

Cabe señalar que la menor expresó que después que M. golpeará a A. en el mentón con el control remoto del televisor, comenzaron a discutir cada vez más, lo que resulta concordante con el relato de la víctima, en tanto que en el contexto de esa discusión se concretaron los dichos coaccionantes.

Además, debo agregar que estos dichos coaccionantes del acusado hacia la víctima «si lo dejaba, él se iba a quitar la vida», no sólo implicaba un daño para el propio acusado, sino también para la víctima y sus hijas, en tanto surge de los fundamentos de la sentencia que durante el debate la víctima manifestó que «ella tenía miedo que M. se fuera a matar, puesto que él siempre le decía eso por su historia de vida, ya

que su padre se suicidó cuando era pequeña y luego su hermano intentó hacer lo mismo, entonces M. siempre le decía que si ella lo dejaba, él se iba a colgar, inclusive en una oportunidad había armado todo para ahorcarse y le envió un mensaje avisándole» (fs. 118 vta.).

En síntesis, considero que la sentenciante sustentó su decisión en el análisis contextualizado de las pruebas producidas en el debate, las que ponderó de acuerdo a las reglas de la sana crítica racional, cuyo apartamiento el recurrente no ha podido demostrar.

Por todo lo expuesto, y en opinión concordante con la del Procurador General, corresponde contestar de manera negativa a la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de S.D.M.O. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Comparto los fundamentos por los cuales el voto preopinante considera que corresponde desestimar los agravios esgrimidos por la defensa S.D.M.O. En especial, adhiero a las consideraciones realizadas en torno a la valoración de los elementos de prueba en hechos acontecidos en un contexto de violencia de género, a los que ya me he referido en numerosos pronunciamientos (ver «Galdeano Reyes», «Merlo Lassa», «Concha, Jesús», «Alaniz Pineira», entre otros).

En esta última oportunidad señalé en relación a la valoración de los elementos de prueba en función de la perspectiva de género que «... que para juzgar los conflictos en los cuales las mujeres son víctimas de violencia en sus distintas manifestaciones, hay que partir de aceptar que la realidad se encuentra polarizada en torno a patrones de dominación masculina que reproducen la discriminación en los distintos ámbitos en donde la mujer desarrolla sus relaciones interpersonales».

Destaqué también que «...los distintos operadores del derecho, tanto en la recaudación de elementos probatorios como al momento de valorarlos, deben orientar también su labor a detectar las circunstancias estructurales que perpetúan la violencia estructural contra las mujeres con el fin de imprimir en su análisis una perspectiva de género».

En este sentido, señalé en el precedente «Galdeano Reyes» que «[...] no puedo dejar de soslayar que analizamos una problemática compleja que afecta un colectivo de personas en situación de vulnerabilidad que, por distintas circunstancias o factores, se ven privadas del pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales.

Los problemas derivados de esta especial situación de vulnerabilidad, así, exceden un abordaje meramente jurídico en tanto se trata de una problemática compleja que atraviesa y debe ser atendida, comprendida y abordada desde conocimientos interdisciplinarios.

Por ello, el administrador de justicia al valorar elementos probatorios – particularmente pero no exclusivamente en la esfera penal– debe ponderar los **patrones socioculturales y estereotipos** sobre los que se construye esta problemática, a fin de tener una verdadera comprensión del fenómeno de violencia de género y, de esta manera, poder lograr desde el Derecho aportar soluciones que contribuyan a atacar el flagelo de la violencia y trabajar en pos de la igualdad de género».

En definitiva, estimo que el Tribunal de instancia anterior aplicó en forma satisfactoria las pautas reseñadas, pues para considerar acreditados los hechos constitutivos de la agresión sufrida por la víctima ponderó los elementos de juicio incorporados legítimamente al debate bajo los parámetros de valoración que impone la temática en estudio. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Comparto la solución a la que llega mi distinguido colega de Sala y en lo referente a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria con perspectiva de género entiendo oportuno remitirme a lo señalado en los precedentes **«Mejía, Salvador»** y **«Di Césare Morales»**, los que entiendo aplicables al presente caso. ASÍ VOTO.

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

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

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

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

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuestos por la defensa de S.D.M.O.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva federal efectuada.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al Tribunal de origen, a sus efectos.

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

18- AGUILERA MALDONADO. 07-02-20.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200717_FcAguilera.pdf

Lex: Art. 104 del CP

Vox: Abuso de arma. Principio de congruencia. Valoración de la prueba.

Summa:

El **JPC** condenó al nombrado a la pena de **un año y seis meses de prisión condicional** por ser autor penalmente responsable del delito de abuso de armas (art. 104 CP).

La **defensa** interpone recurso de casación.

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

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 2532, pronunciada por el JPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Torres Surget. 03-05-18:
<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/sumfal.php?fallo=MTAwMDAwMDI0Nzc=&ta=bla=c2M=>

b-CIDH

- Fermín Ramírez vs. Guatemala. 20-06-05.
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_126_esp.pdf

Doctrina citada.

MAIER, JULIO J. B. Derecho Procesal Penal, 2ª ed., Buenos Aires, 2012, Tomo I Fundamentos, pág. 568

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

Fallo:

CUIJ: 13-04840853-7/1((018501-70853)) FC/ AGUILERA MALDONADO Y OTS P/ ABUSO DE ARMAS (70853) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104922660*

En Mendoza, a los diecisiete días del mes de julio del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04840853-7/1, caratulada “F. C/ AGUILERA MALDONADO Y OTROS P/ABUSO DE ARMAS S/ REC. EXT. DE CASACIÓN”.

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

La defensa técnica de Diego Ramón Aguilera Maldonado interpone recurso de casación (fs. 184/203) contra la sentencia N° 2840 (f. 169 y vta.) y sus fundamentos, mediante la cual el Primer Juzgado Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial condenó al nombrado a la pena de un año y seis meses de prisión condicional por ser autor penalmente responsable del delito de abuso de armas (art. 104 CP).

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

I.- Sentencia recurrida

La jueza sentenciante tuvo por acreditado, con la certeza requerida para el dictado de una sentencia condenatoria, que «el día 13 de julio de 2016, en horas de la tarde, Carlos Manuel Herrera Aguilera caminaba junto a su hermana Belén por la vía pública entre las manzanas A y C del Barrio La Gloria, cuando fue sorprendido por tres familiares armados. Uno de ellos, luego identificado por la víctima y su hermana como Diego Ramón Aguilera, disparó hacia el joven Herrera quien recibió un impacto de bala en su rodilla izquierda el que ocasionó lesiones leves, según informes médicos» (f. 172).

Para decidir en tal sentido, la a quo valoró el testimonio de la víctima, el de su hermana y el de su madre, así como los del personal médico que lo asistió; el descargo del imputado; la constancia de la comunicación del personal policial de la guardia del Hospital Paroissien; el acta de secuestro del proyectil extraído de la rodilla de Carlos Herrera; los informes balísticos y los informes del Hospital Paroissien, entre otras pruebas válidamente incorporadas al proceso.

II.- Recurso de casación

La defensa considera que la sentencia condenatoria dictada en contra de su representado padece vicios que ameritan su anulación parcial, en relación con el punto dispositivo número 2 (condena a su defendido).

a.- Violación del principio de congruencia

La defensa sostiene que la jueza interviniente modificó la acusación unilateralmente sin respetarse el procedimiento reglado en el art. 392 C.P.P. Así, expresa que en la acusación se sindicaba a Juan Carlos “Moncho” Aguilera como el ejecutor de los disparos, pero en la sentencia se condenó a Diego Aguilera, todo ello con base en la última versión brindada por la víctima durante el debate. Es aquí donde el

recurrente introduce su tesis sobre el valor del testimonio de la víctima, el cual según su opinión, habría dado lugar a este cambio en la plataforma fáctica.

b.- Fundamentación aparente y contradictoria

En este punto, el recurrente subraya que el tribunal se vale de prueba ofrecida por las partes para fundamentar la condena, pero que su sentido sería contradictorio, invalidando las premisas subyacentes a su conclusión.

Sumado a lo anterior, aprecia que el a quo ha realizado una referencia genérica a la prueba documental y testimonial, sin especificar qué valor le otorga o cómo se integra a su silogismo. Todo lo cual le dificultaría al imputado el ejercicio de su defensa. Acto seguido, presenta en detalle lo que es una de las objeciones centrales del recurso defensivo, esta es, que la víctima realiza variaciones en su relato que no pueden ser, sino contradicciones que hacen decaer su valor como prueba de cargo. Ataca también, en esta línea, la declaración de Belén Herrera, hermana de la víctima.

c.- Omisión de valoración de la prueba incorporada

La defensa sostiene que la herida no se habría producido el día de los hechos denunciados, sino que sería de vieja data. Brinda a favor de esta apreciación la constancia de f. 1 del médico Borgas Ciro que asistió a la víctima. A partir de aquí realiza una serie de derivaciones que refuerzan su posición.

Asimismo, en este tramo de la argumentación reitera su crítica en contra de la solidez del testimonio de la víctima con base en lo que sería la existencia de diversas versiones de los hechos que debilitarían su valor probatorio.

Realiza reserva del caso federal.

III.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General entiende que corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto (fs. 215/217).

Después de resumir los agravios del recurrente, los refuta individualmente. Señala, en primer lugar, que no advierte violación alguna del principio de congruencia, ello en tanto el imputado no fue sorprendido, ni se le endilgó un hecho del cual no se pudo defender.

Acto seguido, reitera las consideraciones del a quo en relación con las que son presentadas por la defensa como contradicciones en el testimonio de la víctima, las cuales habrían sido correctamente despejadas en la sentencia cuestionada y encontrarían sustento, a su vez, en el testimonio de su hermana.

Finalmente, y antes de concluir que la sentencia se encuentra debidamente fundada, el titular del Ministerio Público Fiscal brinda argumentos respecto de la antigüedad de la herida y la ausencia de secuestro de las prendas de ropa que echarían por tierra la toma de posición del recurrente.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante

En adelanto de las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que corresponde rechazar el recurso casatorio impetrado.

a.- Sobre la alegada violación del principio de congruencia.

En relación con este agravio, en otras oportunidades –ampliamente, véase «**Torres Surget**»– ya me he manifestado sobre el alcance de esta garantía, cuya matriz conceptual no tolera cualquier modificación de los hechos imputados, sino que, para hacer decaer la validez de la sentencia, debe implicar una variación que sorprenda al imputado y menoscabe su derecho de defensa.

De este modo, la pregunta central que corresponde contestar en relación con el agravio referido es si el imputado se vio sorprendido en relación con los hechos imputados.

La respuesta a esta cuestión, anticipo, es negativa. En orden a fundamentar tal afirmación realizaré unas consideraciones genéricas sobre la garantía referida (i.-) para después aplicarlas al caso en concreto (ii.-).

i.- Garantía

i.- En relación con este tramo del planteo defensivo, preliminarmente, han de explicitarse cuáles son los límites que la acusación impone al juzgador y cuáles son las posturas que éste puede adoptar frente a la calificación imputada, es decir, si es posible otorgar a los hechos objeto de debate una calificación jurídica diferente, sin violentar el principio de congruencia y, consecuentemente, el derecho de defensa del acusado.

Al respecto debe recordarse que –como he señalado en «**Torres Surget**»– en un modelo de enjuiciamiento penal de corte acusatorio, el límite de la actividad jurisdiccional queda delineado por el contenido de la acusación fiscal. Lo contrario implicaría asignar al juez facultades propias de la acusación y, en consecuencia, romper el equilibrio entre partes que debe prevalecer.

Esto es así debido a que la actividad defensiva se construye frente a la hipótesis delictiva efectuada por la parte acusadora.

En otras palabras, la selección de una estrategia procesal defensiva depende, en una gran medida, de aquellos elementos que el acusador tome como relevantes para requerir una declaración de responsabilidad penal del imputado.

Si ello es así, la defensa únicamente puede desacreditar la pretensión punitiva mediante el conocimiento previo de los elementos específicos que forman parte de esa hipótesis fiscal y la posibilidad de contar con el tiempo y las herramientas necesarias para preparar su defensa.

Con lo dicho, es importante determinar cómo debe interpretarse la prerrogativa incorporada por el legislador local en la norma del art. 413 del C.P.P. puesto que, de acuerdo con su literalidad, parece encontrarse allí una excepción al derecho del acusado y su defensa a conocer cualquier variación en el sentido de la imputación.

El sentido y alcance del principio *iura novit curia*, y su relación con el derecho de defensa en juicio y el debido proceso penal, fue objeto de análisis de la jurisprudencia interamericana en ocasión de expedirse en la solución del **caso «Fermín Ramírez vs. Guatemala»**.

Allí, al explicar el alcance de las garantías contenidas en el art. 8.2 de la CADH, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que «[l]a calificación jurídica [de los hechos] puede ser modificada durante el proceso por el órgano acusador o por el juzgador, sin que ello atente contra el derecho de defensa, cuando se mantengan sin variación los hechos mismos y se observen las garantías procesales previstas en la ley para llevar a cabo la nueva calificación».

El llamado ‘principio de coherencia o de correlación entre acusación y sentencia’ implica que la sentencia puede versar únicamente sobre hechos o circunstancias contemplados en la acusación» (ver considerando 67).

Asimismo, al expedirse con más detalle respecto del art. 388 del Código Procesal Penal guatemalteco – equiparable al art. 413 de nuestro código de rito– y de los posibles cambios de calificación que el juzgador puede imponer al finalizar la etapa de juicio, la Corte Interamericana dijo que esta facultad, consecuente con el principio *iura novit curia*, debe ser entendida e interpretada en armonía con el principio de congruencia y el derecho de defensa.

La necesaria congruencia entre la acusación y la eventual sentencia justifica la suspensión del debate y el interrogatorio del acusado, cuando se pretende cambiar la base fáctica de la acusación.

Finalmente entendió que el tribunal de juicio que condenó a Fermín Ramírez había violado el art. 8.2.b de la Convención toda vez que sólo se limitó a advertir que podía darse un cambio de calificación jurídica «en el momento oportuno», pero no especificó cuál sería esa nueva calificación legal y no comunicó al inculpado el derecho a rendir una nueva declaración y a pedir la suspensión del debate (ver considerandos 70, 72 y 73).

De los argumentos precedentes se desprende que, para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el respeto del principio de congruencia, y correlativamente, del derecho defensa (art. 8.2 de la CADH), demanda una aplicación no irrestricta de la prerrogativa que confiere el aforismo *iura novit curia*, puesto que, de lo contrario, se lesiona el derecho del imputado a ser informado de modo preciso sobre la acusación, y de gozar tiempo y de los medios adecuados para preparar su defensa.

El criterio que se desprende de estos fundamentos, y que entiendo correcto, conceptualiza un principio de congruencia fuerte en su dimensión fáctica y débil en sentido jurídico, aunque matizado por el concepto de «sorpresa».

Esto implica decir que los hechos contenidos en la acusación son absolutamente inmodificables por el juzgador, pero este puede apartarse del sentido jurídico que el acusador le da a la solución en tanto no se altere la base fáctica y siempre que el cambio de calificación no implique una sorpresa para el imputado.

En similares términos se expide un sector de la doctrina, al sostener que la base de interpretación en cada caso está dada por la relación del principio de congruencia con la máxima de la inviolabilidad de la defensa, de manera que todo aquello que en la sentencia signifique una sorpresa para quien se defiende –en el sentido de un dato con trascendencia en ella sobre el cual el imputado y su defensor no se pudieron expedir– lesiona el principio estudiado (**MAIER, JULIO J. B. Derecho Procesal Penal, 2ª ed., Buenos Aires, 2012, Tomo I Fundamentos, pág. 568**).

Entonces, para evitar dicha sorpresa ante el impulso (del acusador o el juzgador) por cambiar la calificación de la acusación primigenia, lo relevante es, en primer lugar, que ello no implique alterar los hechos de la acusación, y, en segundo lugar, que se prevenga previamente al imputado sobre el ejercicio de tal poder –lo que exige asimismo comunicar la calificación jurídica alternativa– y se confiera una serie de facultades mínimas –la de declarar al respecto y la de contar con la posibilidad de la suspensión del debate–.

ii.- Llegados a este punto, han de aplicarse los criterios anteriores al caso concreto.

En relación con ello, si bien es cierto que conforme la imputación formal fueron sindicados tres de los familiares de la víctima como quienes «comenzaron a disparar» y, no obstante ello, la condena recayó únicamente sobre uno de ellos, no debe perderse de vista lo siguiente.

En el requerimiento de imputación formal se le atribuyó a «Enzo Aguilera, Diego Aguilera y Juan Carlos Aguilera, alias Moncho» que al ver a Carlos Manuel Herrera Aguilera «comenzaron a disparar».

Asimismo, la acusación estableció que «Herrera cayó al suelo y fue cuándo se acercó Diego Aguilera y Moncho Aguilera y, desde una distancia menor a un metro, recibió un disparo de arma de fuego en su rodilla izquierda».

De este modo, no puede coincidirse con la defensa en que la condena por abuso de armas contra su pupilo lo sorprendería, en tanto desde un primer momento este fue sindicado como uno de los intervinientes en el hecho.

Es que, a pesar de que Juan Carlos Aguilera y Enzo Diego Aguilera hayan sido desvinculados por el beneficio de la duda y por no haberse mantenido la acusación contra ellos, esta circunstancia no impide el dictado de una sentencia condenatoria contra Diego Ramón Aguilera Maldonado, frente al que los elementos de convicción sí produjeron un estado de certeza necesaria en relación con su responsabilidad penal.

En consecuencia, como puede advertirse en una primera lectura, en el plano material no se trata de una modificación del hecho imputado, sino de la desvinculación de algunos intervinientes y la verificación de que la ejecución de los disparos fue realizada por Diego Ramón Aguilera.

De este modo, en contra del giro sorpresivo alegado por el recurrente, habla la relación existente entre los hechos, la autoría y la figura legal atribuida, la cual respetó el texto de la imputación formal concretada en la acusación y fijó los hechos que el Ministerio Público Fiscal probó, la defensa resistió y la jueza tuvo por acreditados.

Por ello, el subrayado de la defensa a f. 190 vta. yerra al poner de relieve que inicialmente se habría sindicado a «Moncho» Aguilera como el autor del disparo en la rodilla de la víctima, pues aún en el marco de esta redacción de la imputación formal, lo que interesa es que Diego Ramón Aguilera Maldonado fue individualizado como uno de los sujetos que efectuó disparos en contra de Carlos Manuel Herrera Aguilera. En efecto, se le atribuye a Aguilera Maldonado el delito de abuso de armas, cuya arquitectura fáctico-jurídica fue conocida para el imputado y mantenida durante todo el proceso penal hasta el dictado de la condena.

b.- Fundamentación aparente y contradictoria

La defensa advierte que el tribunal de juicio pasó por alto que la víctima brindó tres versiones distintas y contradictorias acerca de las personas que habría intervenido en el hecho y de los roles que cada uno habría ocupado.

En concreto, el recurrente expresa que, en un primer momento, señaló que fue «Moncho» Aguilera quien le efectuó el disparo en la rodilla, mientras que, en una segunda oportunidad, relató que los que lo «querían matar eran Diego y Enzo Aguilera» y, por último, en sede de debate, explicó que el que le disparó en la rodilla fue Diego Ramón Aguilera.

En relación con esto, en primer término, entiendo que la defensa no consigue concretar el agravio mencionado en el párrafo anterior, en relación con las declaraciones de la víctima, pues ésta, en las tres instancias en las que declaró no dejó de sindicarse a Diego Ramón Aguilera como quien ejecutó disparos contra él. Nuevamente, se trata aquí de que se le imputó al nombrado el delito de abuso de armas, frente al cual en todo momento fue vinculado.

Por su parte, los matices mencionados no escaparon a la jueza interviniente en el debate, quien brindó la siguiente explicación, la cual estimo razonable: «en cuanto al autor de los disparos, si bien en la primera declaración la víctima indicó a Juan Carlos Aguilera alias Moncho, en sus declaraciones posteriores e incluso en la audiencia de debate, el Sr. Herrera fue preciso al señalar a Diego Ramón Aguilera como la persona que efectuó el disparo a corta distancia que impactó en su rodilla» (f. 171).

Continúa la jueza «si bien el letrado defensor de Diego Ramón Aguilera pone en tela de juicio la veracidad de las declaraciones de Herrera y sostiene que la presunta víctima es contradictoria, disiento de su apreciación en tanto Herrera explicó que en un primer momento señaló a Juan Carlos Aguilera debido a su estado de confusión por la anestesia, pero que el familiar que le disparó fue Diego Ramón Aguilera» (f. 171).

En efecto, los matices que se leen entre una y otra declaración – contradicciones para el defensor que, de cualquier manera, no ha precisado correctamente– se deben a lo traumático del ataque y a que producto del abuso de armas la víctima recibió un disparo en la rodilla, el cual le produjo un estado de confusión debido a la anestesia.

Por ende, no cabe duda de que el objetivo del recurrente –poner en tela de juicio la veracidad del testimonio de la víctima– no es alcanzado. Sin embargo, la defensa no solo ataca este testimonio, sino que, además, cuestiona el testimonio de la hermana de la víctima.

Esta última se encontraba presente en el lugar de los hechos y, si bien no vio el momento en que su hermano fue herido, fue categórica al indicar que vio a sus parientes armados y al salir corriendo escuchó disparos. «La testigo dijo que a su parecer fue Diego quien disparó, porque era el que estaba más cerca de su hermano y tenía el arma» (f. 171 vta.).

Sumado a ello, la magistrada sentenciante fue clara al valorar que la testigo mantuvo en todas las oportunidades esta versión de los hechos.

Con todo, el tribunal de juicio ha realizado un minucioso trabajo analítico de las constancias obrantes en la causa sobre el cual se fundamenta la condena en contra del acusado, que exceden al testimonio de la víctima y de su hermana.

Entre ellas se advierten las constancias que dan cuenta de la lesión a la que diera lugar el abuso de armas, la declaración testimonial de la madre de la víctima y de los profesionales que la asistieron momentos posteriores al hecho.

Vale decir, en relación con estas declaraciones, que no hacen más que corroborar las circunstancias de tiempo, modo y lugar y que, en lo que hace a la indefinición o ausencia de valoración concreta que se les achaca, es precisamente este el defecto que padece, a la inversa, el agravio defensivo. Es que no se advierte cuál es la crítica basada en la referencia genérica a estos elementos de prueba, ni cómo ella haría decaer el silogismo que subyace a la conclusión de la jueza interviniente.

c.- Omisión de valoración de la prueba incorporada

Resta determinar si la herida que padeció la víctima fue producto del abuso de armas imputado a Aguilera Maldonado o si, por el contrario, era de larga data.

Para sustentar esta hipótesis, la defensa hace referencia a dos elementos que, como explicaré, ciertamente se reducen a uno. Ellos son, por un lado, la constancia del médico Borgas Ciro que asistió a la víctima, quien manifestó que «la herida que presenta la víctima no sería reciente» (constancia de fecha 13 de julio de 2016).

Por otro lado, se menciona el informe de la UID Godoy Cruz, en la que en su último párrafo se lee que «se deja constancia que dicho doctor –Borgas Ciro– habría manifestado que la herida sería de vieja data, por lo que no se procedió al secuestro de ninguna prenda de vestir, nada más que el proyectil».

Como dije, este último informe fue realizado con los datos recabados en el Hospital Central, por lo tanto, la estrategia se construye exclusivamente sobre la constancia referida en primer término. Así, la herida de bala que padeció la víctima solo se cuestiona con base en la constancia del médico nombrado.

Pero esta no es suficiente para hacer decaer la existencia de la herida que coadyuva a determinar la ejecución de los disparos y, por ende, del abuso de armas. No obstante, esta cuestión tampoco escapó al juicio de la jueza sentenciante, quien dejó en claro que: «el Dr. Rodríguez derivó a Herrera desde el Hospital Paroissien al Hospital Central debido al carácter de la herida. Y en el Hospital Central reciben a Herrera, le extraen el plomo y suturan.

Por lo tanto, está claro que la herida era reciente. En tanto que la omisión del secuestro de ropa en nada modifica la existencia del hecho y de la lesión de la víctima» (f. 171 vta.).

Esta explicación es completamente razonable y no se advierte en ella violación alguna de las reglas de la sana crítica racional. En suma, con base en las consideraciones precedentes, estimo que debe rechazarse el recurso defensivo interpuesto por la defensa técnica de Diego Ramón Aguilera Maldonado. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio y Dr. Adaro. Adhieren.

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

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

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

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

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

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

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica de Diego Ramón Aguilera Maldonado.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva federal formulada.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

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

Capítulo III.

Delitos contra la integridad sexual.

Abusos.

CAPÍTULO III. DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL. Abuso sexual.

1- AGUIRRE. 07-02-20.

| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
|-----------|-----------|----|------|--------|---------|---------|----------|---------|---------|---------|---------|-------------|---|------------|
| | | | | | | | | | | | | | | 474 |
| VG | EE | - | - | - | - | - | A | - | - | - | - | - | - | 282 |

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200207_Compulsa.pdf

Lex: Art. 119, 1° párrafo en función con el 5° y 4° párrafo inc. b; 119, 3° párrafo en función con el 4° párrafo inc. b; 42 y 55 del CP. Art. 282, 284, 293 del CPP. Arts. 8, 10, 26, 452 y 477 del CPP.

Vox: VG. Abuso sexual. Medida cautelar. Mantenimiento de libertad. Detención. Gravedad institucional. Nulidad. Impugnabilidad objetiva. Impugnabilidad subjetiva.

Summa:

El **TPC** hizo lugar al recurso de apelación deducido por la defensa técnica de M. A., y en consecuencia, se revocó la resolución dictada por el JPC N° 1, se declaró la nulidad absoluta de las medidas que se realizaron para efectivizar la orden de detención que se había dictado en contra del imputado y se dispuso retrotraer el procedimiento en la causa principal hasta el rechazo del pedido de mantenimiento de libertad en favor de M.A..

La **representante de la parte querellante** interpone recurso de casación contra la resolución mencionada. En similar sentido, el **MPF** deducen casación contra la resolución individualizada precedentemente.

El **Procurador General** mantiene el recurso de casación interpuesto por el titular de la Fiscalía de Instrucción N° 9 de la Unidad Fiscal de Delitos contra la integridad sexual, juntamente con el Fiscal titular de la Jefatura de Delitos contra la Integridad Sexual y se remite a los argumentos vertidos oportunamente por ellos.

La **SCJM** resolvió admitir formalmente el recurso de casación interpuesto por el MPF, hacer lugar al recurso interpuesto y, en consecuencia, anular la resolución agregada, remitiendo los presentes obrados a la OGAP del TPC N° 1, a fin de que determine el juez en función de apelaciones que corresponde intervenir para la resolución del recurso de apelación oportunamente interpuesto. Desestimó formalmente el recurso de casación deducido por la parte querellante.

Resolución cuestionada: Auto pronunciado por el TPC N° 1- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Chacón Moyano. 23-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191223_FyQcChacon.pdf
- Cruz Juarez.

b-CSJN

Gravedad institucional.

- fallos 313:863, del voto del Dr. Fayt.
- Fallos 324: 833; 326: 2126; 329:2620, 324:1225, entre otros.

Doctrina citada

CAFFERATA NORES, José, Código Procesal Penal, Tomo I, Córdoba, 2003, pág. 653.

Parágrafos destacados

“..., aquí se entiende que no existen razones atendibles para excepcionar el contenido de la disposición del art. 477 del CPP –con su consecuente declaración de inconstitucionalidad– pues, como seguidamente se explicará, si bien la querellante particular ostenta interés jurídico, éste se encuentra amparado por el ejercicio efectivo de la facultad de impugnar por parte del Ministerio Público Fiscal.”

“...En otras palabras, la circunstancia de que se rechace el mantenimiento de libertad y que esa resolución sea cuestionada mediante control jurisdiccional no impide que el Ministerio Público Fiscal pueda ejecutar la orden de detención legítimamente dispuesta. “

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

Fallo.

CUIJ: 13-04820409-5/1((018601-32304)) COMPULSA EN AUTOS N° P-30882/19 (A.M.) CARATULADOS: CONTROL JURISDICCIONAL EN AUTOS P-18825/19 (32304) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104901253*

En Mendoza, a los siete días del mes de febrero del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13- 04820409-5/1 caratulada “COMPULSA EN AUTOS N° P-30.882/19 (A. M.) ... S/ CASACIÓN”.

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

La representante de la parte querellante interpone recurso de casación contra la resolución mediante la que se hizo lugar al recurso de apelación deducido por la defensa de M.A..

En consecuencia, se revocó la resolución dictada por el Juzgado Penal Colegiado N° 1, se declaró la nulidad absoluta de las medidas que se realizaron para efectivizar la orden de detención que se había dictado en contra del imputado y se dispuso retrotraer el procedimiento en la causa principal hasta el rechazo del pedido de mantenimiento de libertad en favor de M.A..

El pronunciamiento fue dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial en autos N° P32.304/19.

En el mismo sentido, los representantes del Ministerio Público Fiscal deducen casación contra la resolución individualizada precedentemente.

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

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO:

1.- La sentencia recurrida

El tribunal impugnado, actuando en función de apelaciones, resolvió del modo precedentemente señalado, por considerar –en lo pertinente– que «... todo acusado que se encuentra en libertad, tiene derecho a discutir por la vía recursiva adecuada que le otorgue la ley procesal aplicable, todo intento de restricción a su libertad ambulatoria, incluso siendo un contumaz, y ese derecho en nuestra provincia le es reconocido por el propio código a A. cuando el artículo 282 lo autoriza a que en caso que su petición la resuelvan desfavorablemente puede ocurrir ante el Juez Penal y como aquí se lo privó de ese derecho de recurrir y se ejecutó la orden de detención, ese desconocimiento implica lisa y llanamente que se le ha conculcado su derecho de defensa en juicio y esa afectación de no permitirle intervenir en los casos y en la forma que la ley lo autoriza (art. 198 inc. 3°), provoca una nulidad absoluta que este Tribunal de Derecho debe corregir de inmediato, revocando la resolución anterior ... retrotrayendo los procedimientos en la causa principal hasta la foja en que figura agregada la decisión del señor Fiscal de Instrucción de rechazar el pedido de mantenimiento de libertad solicitado por M.A., disponiendo en cambio su detención ..., decisión que deberá ser notificada de inmediato al peticionante y sus defensores para que estos resuelvan si deciden o no recurrir la misma, debiendo suspenderse su ejecución hasta tanto esa resolución devenga firme, debiendo resolver además de forma urgente la situación e detención que hoy se encuentra sufriendo M.A. en virtud de la ejecución de esa orden que aquí se anula» (resolución, fs. 100).

2.- El recurso de casación de la parte querellante

La recurrente señala que la impugnación deducida es formalmente admisible, toda vez que la resolución que se cuestiona es equiparable a definitiva por generar una situación de gravedad institucional.

Ello, en tanto considera que mediante el pronunciamiento del Tribunal Penal Colegiado N° 1 se pondría en peligro el efectivo acceso a la justicia de las víctimas y los fines del proceso penal de investigar sin entorpecimientos.

En ese orden, expresa que la resolución impugnada promueve situaciones en las que la simple presentación de un **mantenimiento de libertad** –aún en casos gravísimos– impediría la ejecución de órdenes de detención, puesto que lo que se decida al respecto debe notificarse previamente y esperarse la tramitación de todas las vías recursivas hasta que la decisión quede firme, desvirtuándose así la naturaleza de las medidas cautelares penales.

Señala que la decisión de **anular la ejecución de la detención**, con base en una interpretación errónea del propio instituto y de las normas procesales aplicables como también en la inobservancia de las Convenciones Internacionales de jerarquía constitucional, deriva en una cuestión que compromete instituciones básicas de nuestro país como es el accionar del Ministerio Público Fiscal y genera responsabilidad internacional de nuestro país.

En cuanto a la facultad recursiva de esa parte, sostiene que la intervención del querellante particular en el proceso penal implica que tenga acceso a todos los recursos incluido el de casación, con igual amplitud que la otorgada al acusador público.

Ello, a fin de hacer efectivo el derecho a la jurisdicción y el derecho a la tutela judicial efectiva de la víctima.

En función de ello, entiende que la limitación prevista en el art. 477 del CPP no supera el control de convencionalidad y constitucionalidad requerido para su validez, por lo que solicita se declare su inconstitucionalidad. En orden a los motivos de casación, funda su pretensión recursiva en la existencia de vicios in procedendo y de vicios in iudicando.

Entre los vicios formales, señala que la resolución cuestionada no ha observado la normativa internacional, nacional y provincial que asegura la protección a las mujeres, generando potenciales riesgos para la integridad de las víctimas.

Lo expuesto, en virtud del especial contexto en que se produjeron los hechos, conforme las declaraciones que oportunamente brindaron las denunciadas.

En ese sentido, y de acuerdo a las declaraciones de los testigos, sostiene que existen fundadas sospechas de entorpecimiento probatorio y riesgos para la adecuada efectivización de las diligencias destinadas a obtener la verdad real, tales como las posibles presiones hacia los testigos que deben comparecer o amenazas hacia aquéllos que ya lo han hecho.

Como vicio sustantivo, la recurrente considera que el a quo ha efectuado una errónea interpretación y aplicación de las normas procesales aplicables a los institutos de mantenimiento de libertad y detención, previstos en los arts. 282 y 284 del CPP.

Al respecto, refiere que se ha efectuado un análisis aislado del art. 282 del CPP, sin tener en cuenta el resto de las disposiciones procesales aplicables.

Entiende que, en caso de que se rechace el mantenimiento de libertad porque concurren las hipótesis del art. 293 del CPP, la orden de detención que se disponga –además de cumplir con los requisitos de forma– deberá ser notificada en el momento de ejecutarse o inmediatamente después, conforme surge del análisis conjunto de los arts. 282 y 284 del CPP.

En función de ello, considera que no existe razón para entender que en autos se ha afectado algún derecho o se ha violado alguna norma, toda vez que la interpretación correcta es que, siendo procedente notificar la detención al momento de ejecutarse o inmediatamente después, la ocurrencia y el recurso de apelación previstos en el art. 282 del CPP no tienen efectos suspensivos respecto de la ejecución de la orden de detención.

Destaca que ello es consecuente con el fin de garantizar la debida diligencia del Ministerio Público Fiscal y asegurar, con esta medida de naturaleza cautelar, los fines del proceso.

Agrega la recurrente que para que los recursos previstos en el art. 282 del CPP tengan efectos suspensivos debería estarse ante un supuesto en que la detención se ha ordenado sin verificarse los presupuestos de riesgo procesal establecidos en el art. 293 del código de rito, ya que –según entiende– resulta contradictorio notificar la orden de detención ordenada con los fines allí previstos para, luego, suspender su ejecución.

Destaca que es contradictoria la afirmación del juez interviniente referida a que se le habría conculcado el derecho de defensa al imputado por haberse ejecutado su detención, sin haberle dado la oportunidad previa de recurrir la decisión denegatoria de su pedido de mantenimiento de libertad, en virtud de que A. ha ejercido todos los recursos que le otorga la ley, incluso el de apelación que culminó con la resolución que aquí se recurre.

En virtud de ello, solicita se haga lugar al recurso de casación interpuesto y se revoque la resolución impugnada Cita jurisprudencia en respaldo de su pretensión y formula reserva del caso federal.

3.- El recurso de casación del Ministerio Público Fiscal

A fin de justificar la procedencia formal de la impugnación, el recurrente sostiene que el pronunciamiento del Tribunal Penal Colegiado N° 1, si bien no determina la culminación expresa del ejercicio de la acción penal, genera **efectos de trascendencia institucional grave** al coartar la facultad del Ministerio Público Fiscal para disponer medidas de coerción en aras de asegurar los fines básicos de la investigación penal preparatoria, mediante una interpretación sesgada y restrictiva de los párrafos 2 y 3 del art. 282 del CPP. Sostiene que la interpretación del juez en función de apelaciones genera una dilación procesal innecesaria y absolutamente inconveniente, por cuanto el Fiscal de Instrucción deberá supeditar toda posible detención a la circunstancia de que el imputado y su defensa técnica agoten la totalidad de las vías previstas (ocurrencia, apelación y, eventualmente, casación), al sólo efecto de que el rechazo del mantenimiento de libertad quede firme para así poder ejecutar una detención.

Señala que, en el caso concreto y al ser formalmente notificado de la detención, el imputado fue puesto en conocimiento de las razones que justificaban esa medida y también de los motivos por lo que se rechazó del mantenimiento de libertad oportunamente solicitado, decisiones que fueron sometidas a revisión jurisdiccional.

Cita jurisprudencia de este Tribunal y, en función de lo expuesto, solicita se revoque la resolución del a quo y se confirme la situación de detención de M.A..

4.- El dictamen del señor Procurador General

Al contestar la vista conferida, el Procurador General mantiene el recurso de casación interpuesto por el titular de la Fiscalía de Instrucción N° 9 de la Unidad Fiscal de Delitos contra la integridad sexual, juntamente con el Fiscal titular de la Jefatura de Delitos contra la Integridad Sexual y se remite a los argumentos vertidos oportunamente por ellos.

5.- La contestación de vista por la defensa del acusado

Los letrados defensores de M.A., en oportunidad de celebrarse audiencia para informar oralmente, expresaron que la resolución impugnada no es recurrible en casación, toda vez que no constituye una sentencia definitiva y tampoco puede ser equiparada a definitiva.

Esta última afirmación, se funda en que, a su criterio, no se verifica el gravamen o perjuicio de que M.A. transite en libertad el proceso seguido en su contra y que el pronunciamiento tampoco genera gravedad institucional.

Asimismo, sostienen que las querellantes particulares no tienen legitimidad procesal para recurrir en casación. En cuanto al planteo de fondo, sostuvieron que la regla es la libertad del imputado durante la sustanciación del proceso y el efecto suspensivo de los recursos. Entienden que en la presente causa se han confundido los conceptos de mantenimiento de libertad y de control jurisdiccional; que el rechazo de la solicitud de mantenimiento de libertad se notificó cuando A. ya estaba detenido y señalan que habría irregularidades en el proceso y en el manejo de la información.

Por otro lado, consideran que los recurrentes han soslayado las disposiciones de los arts. 280 y 2 del CPP y que no se ha demostrado que exista peligro procesal.

En ese sentido, enumeran los testigos que prestaron declaración desde que el imputado recuperó la libertad y ponen de resalto que no hay indicios de entorpecimiento probatorio ni peligro de fuga. Finalmente, sostienen que el CPP «no tiene sexo», que no se puede aplicar de modo diferenciado en casos de delitos de abuso sexual y que el principio de inocencia no puede ceder por el sólo hecho de que las víctimas sean mujeres.

Cita jurisprudencia en respaldo de su posición, solicita el rechazo formal de los recursos formulados y, en subsidio, su rechazo sustancial.

6.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

Conforme se desprende de los argumentos que a continuación se desarrollan, estimo que corresponde admitir formalmente el recurso interpuesto por los representantes del Ministerio Público Fiscal, desestimar el deducido por la representante de las querellantes particulares y, en lo que concierne al fondo de la cuestión, hacer lugar al planteo casatorio deducido por la acusación pública.

En función de la solución que propicio, en primer lugar, me expediré en orden a la procedencia formal de las impugnaciones sometidas a consideración de esta instancia; y, luego, en relación a los cuestionamientos de fondo.

a) Sobre la admisibilidad formal de los recursos interpuestos

Tal como anticipé, y considerando que la cuestión ha sido específicamente resistida por la defensa del imputado, corresponde analizar de forma preliminar si los recursos de casación intentados resultan formalmente admisibles. Esto en tanto, de ser ello afirmativo, se encontrará habilitado el tratamiento en su aspecto sustancial.

i.- Aspectos vinculados a la **impugnabilidad objetiva** de la resolución recurrida

A los fines de analizar la procedencia formal de los recursos deducidos resulta necesario, en primer orden, determinar si el pronunciamiento es recurrible objetivamente.

En ese sentido, se advierte que el decisorio emitido por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 no constituye sentencia definitiva y tampoco se encuentra entre aquellas resoluciones enumeradas en el art. 475 del

CPP, puesto que no se trata de un auto que ponga fin a la acción o a la pena, o haga imposible que continúen o deniegue la extinción, conmutación o suspensión de cualquiera de ellas, por lo que no sería susceptible de ser recurrido mediante la vía intentada.

Es decir que, en principio, aquella resolución no supera el control de impugnabilidad objetiva. No obstante, entiendo que las particulares circunstancias de la causa obligan a este Tribunal a efectuar un análisis de los requisitos objetivos de procedencia del recurso de casación en función de aquéllas.

En otras palabras, advierto que la entidad y características de los hechos denunciados, sumado a la trascendencia de la decisión recurrida subsumen la cuestión dentro de la categoría denominada por la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación como **«gravedad institucional»**.

Esta última ha sido concebida por el Alto Tribunal como un ámbito de excepción de los requisitos de admisibilidad en materia recursiva que privilegia el interés de la sociedad, como un todo, por sobre obstáculos nacidos de consideraciones parcializadas del ordenamiento (fallos 313:863, del voto del Dr. Fayt).

De tal manera, se ha considerado como supuestos que encuadran en esa categoría aquéllos que exceden el mero interés de las partes del proceso (fallos 324: 833; 326: 2126; 329:2620, entre otros), comprometiendo la buena marcha de las instituciones (fallos 324:1225).

En otras palabras, conforme el criterio jurisprudencial referido, se configurará una cuestión de gravedad institucional cuando el objeto del proceso trascienda el interés meramente individual de las partes por lo que, en esos casos, resulta oportuno proceder a la apertura de aquellas impugnaciones extraordinarias contra resoluciones que las materialicen, a pesar de no tener estas últimas el carácter de definitivas.

Ahora bien, en el caso concreto advierto que se configura una situación de las aludidas precedentemente, en función de la conjunción de tres circunstancias que hacen evidente que el interés en juego va más allá que el ostentado por los sujetos procesales.

La primera de ellas se relaciona con la gravedad de los hechos investigados.

En efecto, tal como surge de las constancias de la causa, los acontecimientos materia de investigación configurarían respecto de unas de las víctimas, en principio, los delitos de abuso sexual simple agravado por ser encargado de la educación (dos hechos), abuso sexual con acceso carnal agravado por ser encargado de la educación y abuso sexual con acceso carnal agravado por ser encargado de la educación en grado de tentativa, todo en concurso real (arts. 119, primer párrafo en función con el quinto y cuarto párrafo inc. b; 119, 3° párrafo en función con el cuarto párrafo inc. b; 119, 3° párrafo en función con el cuarto párrafo inc. b; 42 y 55 del Código Penal).

A su vez, respecto de otra de las víctimas se le atribuye al acusado la presunta comisión de los delitos de abuso sexual simple agravado por ser el encargado de la educación, abuso sexual con acceso carnal agravado por ser encargado de la educación en grado de tentativa y abuso sexual con acceso carnal agravado por ser encargado de la educación, todo en concurso real (arts. 119, primer párrafo en función con el quinto y cuarto párrafo inc. b; 119, 3° párrafo en función con el cuarto párrafo inc. b; 42; 119, 3° párrafo en función con el cuarto párrafo inc. b y 55 del Código Penal).

Es decir, el objeto de la imputación está constituido **por graves hechos** que afectan bienes jurídicos protegidos por normas constitutivas de la sociedad. Como he tenido oportunidad de señalar en otra ocasión, estas últimas normas son aquellas vinculadas a la idea de dignidad humana, indisponibles en razón de ser estipuladas a través de principios fundacionales del orden social (ver al respecto el precedente **«Chacón Moyano»**).

La segunda de aquellas cuestiones que tornan al presente caso de trascendencia social se vincula a la circunstancia de que en la causa las denunciadas son mujeres en especial situación de vulnerabilidad que, según los hechos denunciados, habrían sufrido una de las modalidades de violencia de género en un ámbito o contexto educativo.

Ello merece una tutela especial conforme surge de los compromisos estatales asumidos en la materia derivados de la normativa internacional, nacional y provincial vigente. En virtud de tal circunstancia, se impone el deber de diligencia por parte del Estado en la prevención, erradicación y sanción de la violencia contra la mujer (art. 7.c de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer; art. 16, inc. b de la ley 26.485).

Es que, el Poder Judicial, como órgano vinculado a los compromisos asumidos por el Estado, y como instancia de acceso de los particulares para el reconocimiento de derechos, no debe permanecer ajeno a ello, y como tal, le compete una doble responsabilidad.

Por un lado, en la contribución a la erradicación de los estereotipos basados exclusivamente en el género. Por otro, con un rol activo que no se limite a investigar y sancionar un delito violento ejecutado en un contexto de violencia de género.

La asunción de esa responsabilidad implica, en parte, el deber de revisar en esta instancia las decisiones jurisdiccionales que resulten eventualmente lesivas de aquellos derechos que los compromisos asumidos pretenden tutelar.

El tercer punto que me conduce a sostener que en el presente caso se configura una cuestión de gravedad institucional es que, mediante la resolución impugnada, se establecen pautas que determinan el alcance de las medidas de coerción, en general, y en supuestos de violencia de género, en particular.

Dicho de otro modo, la interpretación que el a quo efectuó de las normas que regulan las medidas cautelares, estableciendo que quien solicita el mantenimiento de libertad debe permanecer en ese estado hasta que la denegatoria de su solicitud adquiera firmeza, no sólo establece parámetros para su aplicación en el caso en análisis—vinculado a cuestiones de género—, sino que tiene implicancia en el sistema procesal vigente en relación a todo tipo de casos, independientemente de su gravedad.

Como se advierte, la entidad de la decisión sometida a estudio va más allá del marco natural de la causa y los intereses de las partes allí comprometidos, en tanto el criterio que propicia podría alterar el funcionamiento del sistema procesal hacia el futuro, dificultando la realización de los fines del proceso penal. De tal manera, por este motivo también, la decisión cuestionada amerita ser analizada en esta instancia.

En suma, la circunstancia conjunta de encontrarnos frente a una imputación constituida por hechos graves que afectan bienes protegidos por normas constitutivas de la sociedad, en el que las presuntas víctimas pertenecen a un colectivo en especial situación de vulnerabilidad, y los posibles efectos que la decisión recurrida podría tener para el funcionamiento del sistema procesal local, habilitan a equiparar, de modo excepcional, el resolutivo impugnado a sentencia definitiva a los efectos casatorios.

ii.- Consideraciones sobre la legitimación de los recurrentes para impugnar la decisión cuestionada

En lo que concierne a los requisitos de **impugnabilidad subjetiva**, debe señalarse que el recurso de casación deducido por los representantes del Ministerio Público Fiscal reúne los recaudos procesales pertinentes, en tanto esa parte ostenta interés y tiene la facultad para interponerlo.

Ello de conformidad a lo establecido por el art. 476, inc. 4 del CPP y como consecuencia del análisis efectuado precedentemente en relación a la impugnabilidad objetiva de la decisión cuestionada.

Ahora bien, no puede llegarse a la misma conclusión respecto del recurso interpuesto por la representante de las querellantes particulares.

En efecto, esta última considera que se encuentra legitimada para recurrir la decisión del Tribunal Penal Colegiado en función de apelación, argumentando en tal sentido que: (a) la intervención del querellante particular en el proceso penal implica que tenga acceso a todos los recursos, incluido el de casación; (b) la finalidad de esa intervención es hacer efectivos el derecho a la jurisdicción y el derecho a la tutela judicial efectiva de la víctima; y (c) que la limitación del art. 477 del CPP no supera el control de convencionalidad y constitucionalidad requerido para su validez, por lo que solicita se declare su inconstitucionalidad.

Por el contrario, aquí se entiende que no existen razones atendibles para excepcionar el contenido de la disposición del art. 477 del CPP –con su consecuente declaración de inconstitucionalidad– pues, como seguidamente se explicará, si bien la querellante particular ostenta interés jurídico, éste se encuentra amparado por el ejercicio efectivo de la facultad de impugnar por parte del Ministerio Público Fiscal.

En ese orden, corresponde señalar que en nuestro ordenamiento procesal vigente la intervención del particular damnificado es coadyuvante a la actividad de quien tiene el monopolio del ejercicio de la acción penal pública, esto es el Ministerio Público Fiscal, por lo que la intervención del querellante en el proceso resulta limitada y, en consecuencia, también sus facultades recursivas (cfr. arts. 8, 10, 26, 452 y 477 del CPP).

Esta última afirmación obedece a que la ley procesal, al otorgarle la posibilidad de recurrir, lo hace condicionadamente, reservando el ejercicio de la totalidad de las facultades procesales correspondientes al ejercicio de la acción pública a su titular quien, en definitiva, también representa los intereses del querellante particular lo que no aparece contrario a la normativa constitucional y convencional vigente (al respecto, ver el desarrollo argumental en el **precedente «Cruz Juárez»**).

Siendo así y teniendo en cuenta que la legislación procesal de Mendoza sólo admite que el **querellante particular** deduzca recurso de casación contra las sentencias de sobreseimiento, confirmadas por el Tribunal de apelación o de juicio, y las sentencias absolutorias, siempre que hubiere solicitado la imposición de una pena (art. 477 en función del 476 del CPP), se impone el rechazo formal de su presentación.

Dicho de otro modo, aún cuando las querellantes particulares ostentan interés jurídico con la interposición del recurso deducido, no tienen la facultad legal para hacerlo.

Sin perjuicio de ello, y en consonancia con la tutela judicial efectiva aludida en el apartado precedente, corresponde destacar que, en el caso concreto, el interés de las querellantes particulares no sólo ha sido viabilizado por los representantes del Ministerio Público Fiscal, quienes han deducido casación contra la resolución adversa a los intereses de las víctimas, sino que los agravios resultan coincidentes, lo que patentiza la concreción del reclamo.

En consecuencia, encontrándose garantizada la tutela judicial efectiva de las querellantes en las facultades recursivas del Ministerio Público Fiscal, considero que el rechazo aludido precedentemente no deriva en ninguna vulneración de sus derechos.

En definitiva, la resolución cuestionada es objetivamente impugnabile por ser equiparable a sentencia definitiva, pero subjetivamente sólo el Ministerio Público Fiscal puede ejercer esa facultad recursiva.

El querellante particular, al menos en el caso concreto que nos ocupa y por las razones antes señaladas, **carece de legitimidad subjetiva** para recurrir.

b) Análisis de la cuestión de fondo

Para el tratamiento de la pretensión recursiva de los representantes del Ministerio Público Fiscal entiendo que resulta conveniente señalar los actos procesales que determinaron el pronunciamiento que aquí se cuestiona (i); especificar los puntos determinantes del fallo recurrido (ii); y establecer las cuestiones a dilucidar, formular la solución que corresponde dar a ellas y, en definitiva, su aplicación al caso concreto (iii).

i.- Los antecedentes más relevantes del caso

En orden a esclarecer cuál ha sido el devenir del proceso seguido contra M.A., corresponde señalar que en la presente causa se le atribuye la presunta comisión de los delitos de abuso sexual simple agravado por ser encargado de la educación (dos hechos), abuso sexual con acceso carnal agravado por ser encargado de la educación y abuso sexual con acceso carnal agravado por ser encargado de la educación en grado de tentativa, todo en concurso real (arts. 119, primer párrafo en función con el quinto y cuarto párrafo inc. b; 119, 3° párrafo en función con el cuarto párrafo inc. b; 119, 3° párrafo en función con el cuarto párrafo inc. b; 42 y 55 del Código Penal) en relación a cuatro hechos denunciados por CVC.

Asimismo, en el marco de las presentes actuaciones se investiga la presunta comisión de los delitos de abuso sexual simple agravado por ser el encargado de la educación, abuso sexual con acceso carnal agravado por ser encargado de la educación en grado de tentativa y abuso sexual con acceso carnal agravado por ser encargado de la educación, todo en concurso real (arts. 119, primer párrafo en función con el quinto y cuarto párrafo inc. b; 119, 3° párrafo en función con el cuarto párrafo inc. b; 42; 119, 3° párrafo en función con el cuarto párrafo inc. b y 55 del Código Penal) respecto de tres hechos denunciados por FMC y también atribuibles a M.A..

En ese contexto, y enterado del inicio de la investigación, en fecha 23/04/2019 el acusado formuló una presentación mediante la que solicitó mantenimiento de su libertad (fs. 59 de autos N° P-18.825/19). El día 09/05/2019 el fiscal a cargo de la investigación formuló el avoque correspondiente y, a continuación, rechazó el mantenimiento de libertad, ordenó la detención de M.A.G., y dispuso también la inserción en la orden del día local de su averiguación paradero y captura (fs. 129/130 vta. y 131/132 de los autos principales).

En esa misma oportunidad, solicitó orden de allanamiento a efectos de lograr su detención, la que se efectivizó el día 10/05/2010, conforme constancias de fs. 140/143 vta. y 148/151 vta. del expediente N° P-18.825/19. Horas después de esa aprehensión, se presentó control jurisdiccional ante el Juzgado Penal Colegiado N° 1 (fs. 1/3 de las presentes actuaciones).

Ese mismo día, se procedió a notificar a M.A. de los derechos que le asisten a imputarlo formalmente y a notificarle la detención y la constitución de querellante particular.

En ese acto, sus letrados defensores solicitaron el inmediato recupero de su libertad y, en subsidio, la prisión domiciliaria (fs. 171/180 de autos N° P-18.825/19). En relación a la petición de recupero de libertad, el titular del Ministerio Público Fiscal resolvió no hacer lugar y respecto de la solicitud de prisión domiciliaria, ordenó que se realizara la constatación de domicilio pertinente (fs. 182 de la causa principal).

A su vez, celebrada la audiencia de control jurisdiccional, la jueza de garantías interviniente resolvió no hacer lugar al pedido de detención domiciliaria y mantener la situación de detención de M.A. en el centro transitorio (arts. 284 y 293 del CPP), conforme fs. 6/8 vta. de la compulsa bajo estudio).

Ante el aludido pronunciamiento, la defensa técnica del imputado dedujo recurso de apelación (fs. 12/14 de los presentes obrados) lo que derivó en la audiencia de apelación y en el pronunciamiento emitido por el Tribunal Penal Colegiado N° 1, en función de apelaciones, que aquí se cuestiona (fs. 91/101).

ii.- Puntos decisivos de la resolución recurrida

En este punto, cabe referir que el Tribunal en función de apelaciones dispuso **anular la ejecución de la orden de detención** dispuesta por el Ministerio Público Fiscal con base en los siguientes argumentos:

a) vulneración del derecho de defensa en juicio del imputado, en tanto se ejecutó su detención, sin haberle dado la oportunidad previa de recurrir la decisión denegatoria de su pedido de mantenimiento de libertad;

b) la orden de restricción de la libertad, cuando el propio acusado ha pedido previamente y en debida forma que se la mantenga, solo puede ejecutarse cuando la decisión del fiscal de rechazarla ha pasado el tamiz de todos los controles jurisdiccionales establecidos en su favor, es decir, hasta que adquiera firmeza;

y c) existen recursos contra resoluciones jurisdiccionales y recursos contra resoluciones no jurisdiccionales –emitidas por el fiscal de instrucción como director del proceso–, y estos últimos sólo pueden plantearse mientras está vigente la investigación penal preparatoria.

Ahora bien, conforme han sido analizadas, entiendo que estas afirmaciones, al menos, resultan controvertidas.

Ello es así en razón de que, de ser llevadas al extremo, podría tener graves consecuencias para el funcionamiento del sistema procesal vigente. Veamos un ejemplo: un hombre mata a su cónyuge en un contexto de violencia de género e inmediatamente se presenta ante el fiscal de turno solicitando el mantenimiento de su libertad.

El fiscal rechaza la petición y ordena la detención de aquel autor del hecho.

Este último –a través de un abogado que lo asiste– ocurre o se opone –según el caso– ante el juez de garantías y éste también rechaza el pedido de mantenimiento de libertad.

Pues bien, según criterio del a quo, el autor debería permanecer en libertad hasta que el rechazo del mantenimiento de libertad quede firme, toda vez que la vía impugnativa opera como un obstáculo para que se ejecute la detención oportunamente ordenada.

Dicho de otro modo, hasta tanto sea rechazada la queja del recurso extraordinario federal que eventualmente podría interponer el imputado, el fiscal no podría hacer efectiva su detención.

Como puede advertirse, esta interpretación del Derecho procesal vigente resulta insostenible por las razones que a continuación paso a exponer.

iii.- Acerca de las cuestiones a dilucidar en el caso concreto y la solución que corresponde adoptar

Especificados los ejes de la decisión impugnada y su posible consecuencia, corresponde determinar, además, (a) si, en el caso concreto, el fiscal a cargo de la investigación en la causa principal tenía facultades para ejecutar la orden de detención del modo en que lo hizo y (b) una vez resuelta la petición de mantenimiento de libertad, qué efectos tienen los medios de control por parte del órgano jurisdiccional de aquella decisión.

iii.a.- Teniendo en cuenta las facultades que la ley otorga al Ministerio Público Fiscal en relación a las medidas de coerción, entiendo que cabe dar respuesta afirmativa al primer interrogante.

En efecto, resulta claro que el fiscal a cargo de la investigación llevada a cabo en la causa principal procedió de acuerdo a lo establecido por el art. 282 del CPP.

Tal como surge de esa disposición legal, cuando una persona que se creyera imputada en una investigación solicite ante la autoridad competente su mantenimiento de libertad «[s]e procederá con arreglo a lo dispuesto por el artículo 280, salvo que corresponda la aplicación del artículo 284» (art. 282, segundo párrafo del CPP).

Es decir que, habiéndose presentado espontáneamente ante el fiscal correspondiente quien se considere sospechado de la comisión de un ilícito, se dispondrá su permanencia en libertad durante el proceso, siempre que no proceda la detención por verificarse «alguna de las hipótesis previstas en el Art. 293» (art. 284 del CPP).

Dicho de otro modo, el mantenimiento de libertad no constituye ningún obstáculo para que se disponga la detención de una persona si los recaudos exigidos por la ley procesal se verifican en el caso concreto. En este sentido, se señala que «si correspondiere privación de libertad, de acuerdo a las normas respectivas, la sola presentación espontánea no la impedirá» (**CAFFERATA NORES, José, Código Procesal Penal, Tomo I, Córdoba, 2003, pág. 653**).

Lo afirmado se desprende con total evidencia del análisis conjunto del art. 282 del CPP invocado por el a quo y de los artículos 284 –al que el primero remite expresamente– y 293 –en función, también del art. 284–, del mismo cuerpo legal.

Por otro lado, si bien es cierto que la privación de la libertad durante el proceso es excepcional, esos puntuales casos de excepcionalidad –tendientes a asegurar «el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley» (art. 281 del CPP)– se encuentran expresamente previstos en los arts. 284 y 293 CPP y deberán ser analizados en oportunidad de resolverse la procedencia del mantenimiento de libertad.

En virtud de ello, considero que le asiste razón a los recurrentes en cuanto sostienen que el juez interviniente ha efectuado un análisis parcializado de la legislación aplicable, omitiendo considerar otras disposiciones que debió tener en cuenta de forma ineludible por ser la propia norma en la que se funda la que las contiene. Esto revela una interpretación defectuosa de la ley procesal vigente y, por lo tanto, su errónea aplicación.

iii.b.- Sentado ello, corresponde analizar el segundo de los interrogantes propuestos en este apartado, esto es, qué vías de impugnación puede deducir el imputado contra el pronunciamiento fiscal que rechazó la solicitud de mantenimiento de libertad –ya que de haberse hecho lugar a la petición ningún interés tendrá en cuestionar la resolución– y qué efectos produce su interposición.

En ese sentido y de acuerdo a lo dispuesto por el art. 282, último párrafo del CPP, «[s]i la petición [de mantenimiento de libertad] fuese denegada por el Fiscal de Instrucción, se podrá ocurrir ante el Juez (350)».

Es decir que el imputado podrá solicitar al órgano jurisdiccional que analice la decisión del Ministerio Público Fiscal que le resulta adversa, ocurriendo directamente ante el juez de garantías o deduciendo oposición ante el propio fiscal.

Ahora bien, la oposición y la ocurrencia a las que se ha hecho referencia constituyen vías de control jurisdiccional de las resoluciones emitidas por los representantes del Ministerio Público Fiscal, pero no son recursos propiamente dichos y, por ello, las disposiciones legales que regulan la materia recursiva no les resultan aplicables –en nuestro caso, la norma del art. 459 del CPP–.

Por lo demás, teniendo en cuenta que, el acusado, una vez rechazado el pedido de mantenimiento de su libertad, formuló control jurisdiccional, resulta conveniente determinar cuáles son los efectos que produce su interposición respecto del pronunciamiento que se cuestiona, es decir, si es posible o no la ejecución de la decisión. En este orden, considero que la ocurrencia ante el juez de garantías no tiene efecto suspensivo. Ello se deriva de la propia disposición del art. **345 del CPP**.

En efecto, esta norma establece que la resolución del juez de garantías será apelable sin efecto suspensivo.

De tal manera, si la norma que posibilita recurrir en apelación la resolución del juez de garantías dispone que ese medio de impugnación no tiene efectos suspensivos, también debe asignarse el mismo efecto al acto que habilita el control jurisdiccional por parte del juez.

En otras palabras, la circunstancia de que **se rechace el mantenimiento de libertad y que esa resolución sea cuestionada mediante control jurisdiccional no impide que el Ministerio Público Fiscal pueda ejecutar la orden de detención legítimamente dispuesta.**

iii.c.- Establecidas las pautas precedentes, corresponde hacer referencia al caso concreto.

Se advierte al respecto que tanto el rechazo del mantenimiento de libertad, como la orden de detención librada contra M.A. y su ejecución fueron dispuestos por el fiscal de la causa, de acuerdo a la normativa procesal que rige la materia y de conformidad a los parámetros desarrollados en el punto (a) y en los párrafos precedentes de este apartado.

Asimismo, surge claro que el imputado ejerció todas las facultades que le reconoce la ley procesal a través de sus defensores técnicos, a fin de cuestionar las decisiones emitidas por el Ministerio Público Fiscal y procurar su libertad en el marco de la investigación penal preparatoria, procediendo inclusive a deducir recurso de apelación contra la resolución de la jueza de garantías que confirmó lo actuado en este aspecto por el órgano acusador.

En función de ello, no advierto ninguna de las irregularidades señaladas por el a quo, sino que, por el contrario, en el pronunciamiento impugnado se ha efectuado una incorrecta interpretación de las disposiciones legales aplicables y que los extremos invocados para anular las actuaciones del modo en que se hizo no se verifican en estos obrados.

En efecto, en la resolución cuestionada se ha entendido que a M.A. «se lo privó del derecho a recurrir y se ejecutó la orden de detención» y que «ese desconocimiento implica lisa y llanamente que se le ha conculcado su derecho de defensa en juicio y esa afectación de no permitirle intervenir en los casos y en la forma que la ley lo autoriza (art. 198, inc. 3° provoca una nulidad absoluta» (resolución, fs. 100).

Sin embargo, no se explica de qué manera se ha privado al imputado de su derecho a recurrir y, mucho menos, que se haya afectado el ejercicio de su defensa en juicio cuando de las constancias de la causa surge patente, no sólo que M.A. ha contado con una asistencia letrada eficiente, puesto que ha ejercido todas las facultades que la legislación procesal le confiere, sino que ha desplegado todos los actos de defensa material que consideró pertinentes.

Si bien el resultado de la actividad desplegada por los letrados defensores, hasta la resolución del tribunal de apelaciones, no había producido el resultado esperado, ello no habilita a aseverar, sin más, que el derecho de defensa se ha visto vulnerado y, como consecuencia de ello, tampoco puede derivarse la nulidad absoluta de las actuaciones por aplicación del art. 198, inc. 3° del CPP, como sostuvo el a quo.

Es que no puede pasarse por alto que nuestro sistema procesal no admite la declaración de nulidad de los actos procesales por la nulidad misma, sino sólo en cuanto se verifica la vulneración de alguno de los extremos expresamente previstos por la ley (art. 197 en relación a las nulidades relativas y 198 en cuanto a las absolutas) y se lesiona el interés jurídico de las partes.

Dicha exigencia tiene por finalidad evitar el establecimiento de nulidades puramente formales, haciendo lugar sólo a aquéllas que tengan idoneidad para corregir errores capaces de perjudicar realmente aquél interés.

En ese orden, del pronunciamiento cuestionado y las constancias de la causa no surge que los actos procesales producidos durante su tramitación puedan subsumirse en las disposiciones contenidas en los

arts. 197, 198 ss. y cc. del CPP, ni que se haya vulnerado ninguna garantía de índole constitucional o convencional, conforme se señaló precedentemente.

En síntesis, considero que conforme lo referido precedentemente se evidencia en la resolución cuestionada la existencia de vicios con la entidad suficiente para llevar a su anulación. Por todo lo expuesto, corresponde acoger el recurso de casación deducido por los representantes del Ministerio Público Fiscal y, en consecuencia, dar respuesta afirmativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio y Dr. Adaro. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y MARIO D. ADARO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de la cuestión anterior, corresponde anular la resolución de fs. 92/101 y, en consecuencia, remitir los presentes obrados a la OGAP del Tribunal Penal Colegiado N° 1, a fin de que determine el juez en función de apelaciones que corresponde intervenir para la resolución del recurso de apelación oportunamente interpuesto, conforme las consideraciones vertidas precedentemente. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

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

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

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

SENTENCIA:

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

- 1.- Admitir formalmente el recurso de casación interpuesto a fs. 124/126 vta. de las presentes actuaciones.
- 2.- Hacer lugar al recurso de casación deducido a fs. 124/126 vta. y, en consecuencia, anular la resolución agregada a fs. 92/101.
- 3.- Remitir los presentes obrados a la OGAP del Tribunal Penal Colegiado N° 1 a fin de que determine el juez en función de apelaciones que corresponde intervenir para la resolución del recurso de apelación oportunamente interpuesto, conforme las consideraciones vertidas precedentemente.
- 4.- Desestimar formalmente el recurso de casación deducido a fs. 105/119 de las presentes actuaciones.
- 5.- Imponer las costas por su orden y diferir para su oportunidad la regulación de los honorarios profesionales.

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

2- RIVERO. 19-02-20.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200219_FcRGR.pdf

Lex: Art. 119, 3° y 4° párrafo, letra b, 55, 119, 1° y 4° párrafo, inc. b y 55 del CP.

Vox: VG. NNA. Abuso sexual. Acceso carnal agravado por la calidad de autor. Concurso real. Abuso sexual simple agravado por la calidad de autor. Testimonio de la víctima. Amplitud probatoria. Contexto Intrafamiliar.

Summa:

El TPC condenó al nombrado a la pena de **nueve años y seis meses de prisión** por considerarlo autor responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por la calidad de autor (dos hechos independientes) en concurso real, y abuso sexual simple agravado por la calidad de autor, todo en concurso real (arts. 119 3 y 4 párrafo, letra b, 55, 119 1 y 4 párrafo, inc. b y 55 del C.P.).

La **defensa** interpone recurso de casación.

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

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 387, pronunciada por el TPC N°1- 2° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Voto Dr. Adaro

I- Valoración probatoria en materia de violencia de género. **Perspectiva de género:**

- Lorente.
- Córdoba, Jorge Antonio
- Merlo Donaire. 08-03-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190308_FcMDJ.pdf
- Galdeano Reyes. 31-07-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=242>
- Concha, Jesús. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- Merlo Lassa. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf

Voto del Dr. Valerio:

I- Valoración probatoria en materia de violencia de género. **Perspectiva de género:**

- Morales Quiroga.
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Merlo Lassa. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=243>
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>

Voto Dr. Palermo.

I- Valoración probatoria en materia de violencia de género. **Perspectiva de género:**

- Di Cesare Morales. 26-06-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=156>
- Mejía Salvador. 10-09-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=197>

b-CIDH

- «Castro Castro vs. Perú». Fondo, 25-05-06.
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf
- Caso Rosendo Cantú vs. México. 31-08-10
https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=339
- Caso «Fernández Ortega y otro vs. México». 30-08-10.
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/fernandez_ortega/esap.pdf

Doctrina citada

Long Saborio, S. (2009). Defensa de los Derechos Humanos de las Mujeres: Orientaciones metodológicas con perspectiva de género para litigantes

Precedentes relacionados

- Calderón Polo. 17-05-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=65>
- Gómez Alcaraz. 12-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=252>
- Ortíz Agüero. 16-04-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=637>
- Narvárez Videla. 23-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=269>
- Brancello Urbón. 05-03-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=392>
- Vega. 04-06-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=392>
- Zurita. 11-09-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=410>
- Ruiz Gutiérrez. 18-02-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=8>
- Alaniz Pineira. 23-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=37>
- Garrido Olivares. 19-07-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200729_FcGOJ.pdf
- Paz Parra. 03-09-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200903_FcPPJ.pdf
- Vargas Riquelmes. 02-12-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=743>
- Scifo Ruffini. 02-12-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=738>
- Agüero Pérez. 25-02-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=777>
- Montenegro Fisigaro. 10-03-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220310_FcMFE.pdf

Parágrafos destacados

En este entendimiento, y en lo que respecta a abusos sexuales cometidos contra mujeres y niñas, destaqué en el precedente «Concha, Jesús» que «a fin de tener una mayor comprensión de esta problemática, debemos analizar el tema a partir de dos premisas fundamentales: i) la violencia sexual contra niñas y mujeres es una de las manifestaciones más claras de una cultura patriarcal que fomenta el control del cuerpo y la sexualidad de las mujeres; y ii) que los patrones de discriminación estructural que padecen las mujeres proveen el escenario donde se reproduce y fomenta la violencia sexual (cfr. CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; párr. 17)».

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

Fallo.

CUIJ: 13-04797670-1/1((028601-501366)) FC/ R. G. R. E. P/ ABUSO SEXUAL (501366) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104877339*

En Mendoza, a los diecinueve días del mes de febrero del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04797670-1/1, caratulada "FC/ R. G., R. E. P/ ABUSO SEXUAL AGRAVADO S/ CASACIÓN".

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

La defensa de R. E. R. G. interpone recurso de casación (fs. 265/271 vta.) contra la sentencia N° 387 (fs. 248 y vta.) y sus fundamentos (fs. 250/257), mediante la cual se condenó al nombrado a la pena de nueve años y seis meses de prisión por considerarlo autor responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por la calidad de autor (dos hechos independientes) en concurso real, y abuso sexual simple agravado por la calidad de autor, todo en concurso real (arts. 119 3 y 4 párrafo, letra b, 55, 119 1 y 4 párrafo, inc. b y 55 del C.P.).

El pronunciamiento fue dictado en la causa N° P-501.366/18 por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Segunda Circunscripción Judicial.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

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

1.- Sentencia recurrida

La resolución cuestionada, en lo que aquí interesa, tuvo por acreditado que «en la localidad de J. P., departamento de ..., provincia de Mendoza, en fechas y horas no determinadas, probablemente en el verano del año 2015, en circunstancias en que el ciudadano R. E. R. se encontraba en el domicilio sito en calle ..., donde convivía con su hermana R. M. R., quien en ese momento tenía 15 años de edad, obligó a la nombrada a ir a la habitación de él, donde le ordenó que se acostara en la cama, manifestándole que si no lo hacía le iba a pegar, para luego accederla con su pene vía vaginal en contra de su voluntad; ultrajando así la dignidad, libertad sexual e integridad física de la misma».

En el segundo de los hechos por los cuales fue juzgado el imputado, el sentenciante tuvo por acreditado que «en la localidad de ..., departamento de ..., provincia de Mendoza, en fechas y horas no determinadas, probablemente en el año 2016, en circunstancias en que el ciudadano R. E. R. se encontraba en una despensa ubicada en la cocina de su domicilio, sito en calle ..., junto a su hermana R.M.R., quien en ese momento tenía 16 años de edad, obligó a la nombrada a que se apoyara en un lavarropas, mientras que le manifestara que se quedara ahí porque si no le iba a pegar, le bajo su ropa interior y la penetró vía vaginal, en contra de su voluntad; ultrajando así la dignidad, libertad e integridad física de su hermana».

También se determinó en grado de certeza que «en la localidad de ..., departamento de ..., provincia de Mendoza, en fechas y horas no precisadas, presumiblemente entre los años 2013 y 2016, en circunstancias en que el imputado R. E. R. se encontraba en su domicilio, sito en calle ..., junto a su hermana R.M.R., abusó sexualmente de la nombrada, valiéndose para ello de violencia física y moral, y ultrajando de esta manera la dignidad, libertad sexual e integridad física de la víctima».

Para así decidir, el tribunal de sentencia valoró la declaración testimonial de la niña R.R., el informe del examen psicológico realizado a la víctima por el Cuerpo Auxiliar Interdisciplinario (CAI) de fs. 111/112, las declaraciones testimoniales de la Lic. Ivana Peralta, A. R. y E. C. V. y los demás elementos de juicio incorporados al debate.

2.- Recurso de casación

Los motivos de la impugnación de la defensa se enmarcan en las disposiciones del art. 474 incs. 1° y 2° del C.P.P., es decir, por adolecer el pronunciamiento cuestionado de vicios in iudicando y vicios in procedendo.

En primer orden, y en el aspecto sustancial, sostiene que el juez a quo realizó una doble valoración para determinar la pena, toda vez que para meritar su cuantía ponderó la relación de parentesco entre el imputado y la supuesta víctima, circunstancia que constituye una agravante del delito que se le endilga, razón por la cual entiende que se ha vulnerado el principio del non bis in idem.

Cita en apoyo de su postura doctrina y jurisprudencia. En el aspecto formal, la defensa alega la inobservancia del 416 inc. 4 del C.P.P., por entender que la **errónea valoración de la prueba** condujo al a quo a tener por acreditada la materialidad de los hechos y la autoría de su defendido en ellos. Señala en este sentido que muchas de las premisas fácticas –objetivas y subjetivas– señaladas por el tribunal a quo como presupuestos de los delitos que se le endilgan a su asistido, carecen de todo respaldo probatorio en la causa. Alega también que la sentencia que cuestiona describe la prueba rendida en el debate, pero no la merita adecuadamente.

Al respecto, sostiene que el sentenciante, sin explicar las contradicciones insalvables en las que incurrió la supuesta víctima en sus distintas declaraciones, consideró su versión de los hechos como valedera.

Explica que los aspectos cuestionados en este punto, tienen relación con las **inconsistencias del relato de la víctima** señalada por la perito psicóloga y con la posibilidad de que haya mentido en relación a los hechos acaecidos.

En otro orden de ideas, cuestiona que los hechos por los que fue llevado a juicio su representado tienen una **descripción temporal** que no se condice con la prueba rendida en el juicio oral y público. Precisa que la reconstrucción histórica efectuada por el sentenciante no coincide, ni con la plataforma fáctica del hecho atribuido, ni con lo declarado por R. R., ni con la versión de los hechos brindada por el imputado en el ejercicio legítimo de su defensa para controvertir la acusación formulada en su contra; declaración que no constituye un elemento esencial en función de la determinación de los hechos.

Agrega que, conforme a cómo han sido descriptos los hechos por el a quo, no se ha podido determinar las fechas exactas en que acontecieron los distintos hechos atribuidos a su defendido.

Por otra parte, sostiene que, con posterioridad a la denuncia, R. R. aseguró que los hechos denunciados oportunamente en contra de su hermano, no acontecieron.

Explicó que su hermana A. y el novio de ésta, E. C. V., la obligaron a mentir para que su hermano fuera al penal. En este punto cuestiona que el juez sentenciante no brindó los fundamentos por los cuales consideró que R.R. dijo la verdad en su primera declaración.

Sostiene en este sentido que no ha quedado acreditado –tal como lo señalara la Lic. Peralta– que la víctima posea una discapacidad intelectual que no le permita discernir lo que es mentira de lo que es verdad. Por tal motivo, entiende que resulta creíble la versión de R. en audiencia de debate.

Cuestiona también que la determinación precisa de los momentos en que acontecieron los hechos adquiere vital importancia a la hora de determinar la punibilidad del imputado y la aplicación del régimen penal juvenil.

Ello considerando que la diferencia de edad entre R.R y el imputado es de cinco años, y que según lo manifestado por aquélla los abusos habrían empezado a partir de los siete años hasta los dieciséis, situación que fue expuesta al momento de los alegatos y que el juzgador omitió justificar. Por último, concluye que el a quo al momento de valorar la prueba vulneró las reglas de la sana crítica racional y, en consecuencia, afectó el principio de in dubio pro reo.

En este sentido, sostiene que el juzgador sustentó la responsabilidad de su asistido en la declaración testimonial de la supuesta víctima, quien fue contradictoria en sus distintas exposiciones. Agregó que los demás elementos de juicio agregados al debate no logran corroborar los hechos atribuidos a R. G..

Al respecto, señaló que las conclusiones que se desprenden del examen físico del Cuerpo Médico Forense constituyen **indicios anfibológicos**, tanto en relación a la autoría por parte del imputado, como a una posible penetración.

Del mismo modo sostiene que el mentado informe no logra acreditar el momento en que se produjo dicha lesión. Indicó además que tampoco existieron testigos directos que den cuenta de la veracidad de los dichos de R., máxime teniendo en cuenta que se trata de una familia numerosa y el extenso tiempo en que se desarrollaron los supuestos hechos.

En virtud de lo expuesto, solicita la nulidad de la sentencia impugnada y su reenvío para la realización de un nuevo debate.

Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General considera que el recurso no resulta sustancialmente procedente, por lo que corresponde confirmar la sentencia cuestionada.

Estima que el tribunal de sentencia contó con los elementos probatorios suficientes para lograr la certeza requerida a los fines de condenar al imputado, los que fueron analizados y cotejados en su totalidad por el tribunal.

Sostiene, en relación a la indeterminación de los hechos atribuidos al imputado R. G. sostenida por la defensa, que los casos de abuso sexual son hechos que suceden en la intimidad y fuera de la observación de terceros, por lo que la valoración probatoria es más amplia que en la investigación de delitos comunes. En ella tiene **un valor esencial el testimonio de la víctima**, así como los informes psicológicos, tanto de la víctima como del imputado.

Estos elementos han llevado también a consagrar jurisprudencialmente el principio de **amplitud probatoria**.

Agrega que en el presente caso el juez a quo ha tenido en consideración las características especiales de la víctima, que disminuyen su capacidad comunicacional y su ubicación temporo-espacial, lo que no impide la consideración de la veracidad y la credibilidad de sus dichos, las cuales en la presente causa han quedado demostradas en la percepción del sentenciante.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

En adelante de las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso de casación articulado debe ser rechazado en tanto no logra desvirtuar la validez de la sentencia condenatoria impugnada.

a.- De manera preliminar, conviene aclarar aquí que me apartaré del orden expositivo seguido por el recurrente en su escrito recursivo.

En primer lugar analizaré los cuestionamientos referidos a la violación del principio de congruencia, a la imputabilidad del acusado y a la determinación de la materialidad de los hechos por parte del sentenciante.

En según orden abordaré la crítica referida al proceso de determinación de la pena.

b.- En relación a los agravios vinculados a la determinación de las circunstancias fácticas que conforman los distintos hechos que se le atribuyen a R. G., la defensa considera que la **reconstrucción histórica** efectuada por el sentenciante no coincide ni con la plataforma fáctica del hecho atribuido, ni con lo declarado por R. R.. Agrega también que no se ha podido determinar las fechas exactas en que habrían acontecido los hechos endilgados a su representado.

Al respecto, esta Suprema Corte de Justicia en pronunciamientos anteriores ha entendido que en los casos de violencia sexual, sobre todo, cuando las víctimas son menores de edad, las exigencias para la determinación cronológica de los hechos deben ser menos estrictas, considerando el perfil psicológico de la víctima, su edad, su capacidad de situarse en el tiempo y demás particularidades que puedan influir de algún modo en la precisión de su relato (ver al respecto, **«Lorente, Luis Alberto»**).

Frente al cuestionamiento de la defensa, advierto que en el caso sub examine debe considerarse que el tiempo transcurrido entre el último de los hechos –que aconteció en el año 2016– y el momento en que éstos fueron puestos en conocimiento de la autoridad judicial –el día 28 de junio del 2018, conforme acta de denuncia de fs. 1 y vta.–, así como el déficit en el desarrollo intelectual que presenta R.R., son circunstancias que influyen en su capacidad para recordar con exactitud los acontecimientos abusivos de los que fue víctima por parte de su hermano.

Por tal motivo, las pretensiones de la defensa en cuanto a la precisión en el relato de la víctima, no resultan ajustadas a su madurez y al transcurso del tiempo señalado.

No obstante ello, se desprende de los hechos precisados en la resolución cuestionada, y dentro de las limitaciones probatorias señaladas, que se establecieron franjas temporarias, como así también, se determinaron con precisión las circunstancias modales de los distintos sucesos atribuidos al imputado, como así también los lugares de la vivienda donde se desarrollaron.

Por otra parte, no debe soslayarse que las plataformas fácticas cuestionadas se mantuvieron incólumes y no fueron objeto de impugnación durante las distintas etapas del proceso, siendo recién cuestionada su validez en la instancia de los alegatos.

Asimismo, se advierte de las constancias de autos y de los soportes audiovisuales que la defensa ha ejercido en forma amplia y efectiva su ministerio, deduciendo cuanta incidencia estimó corresponder.

En función de ello, considero que este agravio no puede prosperar, toda vez que no se advierte la afectación de garantía constitucional alguna y no se ha demostrado la existencia de un perjuicio concreto que torne necesaria la declaración de nulidad de la resolución que se cuestiona.

Por otra parte, y vinculado a este aspecto, el censurante advierte que esta indeterminación temporal deja dudas sobre la imputabilidad de R. G. al momento de alguno de los hechos atribuidos, o si, en razón de su edad, debió ser juzgado bajo el sistema penal juvenil.

Ello considerando que la diferencia de edad entre R. R. y el imputado es de cinco años, y la víctima refirió que los abusos comenzaron a partir de que ella tenía siete años de edad.

Al respecto advierto que la duda planteada por la defensa se refiere al tercer hecho atribuido al imputado (abuso sexual simple agravado), y sólo en relación al inicio de la franja temporaria establecida en esta hipótesis fáctica, es decir, en relación al año 2013 en donde, según las constancias de autos, el imputado alcanzó la mayoría de edad el día 10 de mayo.

En tanto los dos primeros hechos tuvieron lugar en el transcurso de los años 2015 y 2016 cuando el imputado era mayor de edad. Sobre la cuestión debe señalarse que el a quo aclaró que «... si bien de los relatos de R. y de A., tales abusos habrían sucedido repetidas veces, inclusive desde que E. era menor de edad, su juzgamiento escapa a la plataforma fáctica contenida en la pieza acusatoria de la presente» (fundamentos de fs. 256).

De tal manera, y con esta aclaración del sentenciante, puede sostenerse que la atribución realizada, en cuanto al periodo comprendido, ha sido a partir del 10 de mayo de 2013 – fecha en que R. G. cumplió dieciocho años de edad– y 2016. Por ello, y en virtud de las razones expuestas, entiendo que el agravio esgrimido en este sentido por el recurrente no puede prosperar.

c.- A continuación se abordarán los vicios denunciados por el censurante que se vinculan con cuestionamientos al **plexo probatorio** de la causa y que constituyen el aspecto nuclear del recurso. Preliminarmente, me interesa destacar que, conforme los estándares internacionales y regionales, R.R. es titular de una doble protección jurídica: por ser mujer y niña.

Se trata entonces de una doble condición de vulnerabilidad que la atraviesa, por cuanto cada una de dichas condiciones demandan una especial protección por parte de todos los agentes de la organización estatal a fin de prevenir la violencia de la que históricamente han sido objeto; y de los operadores del derecho, quienes tienen la obligación de ser diligentes en la investigación, imprimiendo en el análisis de estos casos una lectura desde el enfoque de género, con el objeto de brindar una solución justa en cada caso.

En este sentido, y tal como he señalado en pronunciamientos anteriores (ver «**Galdeano Reyes**», «**Merlo Lassa**», **entre otros**), la jurisprudencia en el sistema interamericano de protección de derechos humanos, como así también a nivel nacional, ha construido paulatinamente los lineamientos o estándares en la interpretación de la prueba en materia de género, reflejando en su análisis una visión integral de la temática, especialmente relacionada a la ponderación del testimonio de la víctima (**conf. Corte IDH, Caso del penal «Castro Castro vs. Perú». Fondo, Reparación y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C N° 160; Corte IDH, Caso Rosendo Cantú vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C N° 216; Caso «Fernández Ortega y otro vs. México». Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C N° 215; y C.S.J.N. in re «Leiva, María Cecilia», entre otros).**

A nivel nacional la Ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, establece criterios en la interpretación de la prueba, que si bien constituyen pautas generales, importan un compromiso para el juzgador de valorar la prueba con perspectiva de género, es decir, con una mirada integral de la problemática, analizando las particularidades que presenta cada contexto en que se desarrolla el hecho. De esta manera el art. 16 de la referida normativa establece la garantía de que la investigación se realice bajo un estándar de amplitud probatoria para acreditar los hechos «teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos», en tanto el art. 31 conmina a los operadores judiciales a que ponderen, en orden a acreditar que el hecho tuvo lugar en un contexto de violencia de género, todas las presunciones que se construyan a través de indicios graves, precisos y concordantes.

Expresamente referí en el **precedente «Galdeano Reyes»** que «... no puedo dejar de soslayar que analizamos una problemática compleja que afecta un colectivo de personas en situación de vulnerabilidad que, por distintas circunstancias o factores, se ven privadas del pleno goce y ejercicio de sus derechos

fundamentales. Los problemas derivados de esta especial situación de vulnerabilidad, así, exceden un abordaje meramente jurídico en tanto se trata de una problemática compleja que atraviesa y debe ser atendida, comprendida y abordada desde conocimientos interdisciplinarios. Por ello, el administrador de justicia al valorar elementos probatorios – particularmente pero no excluyentemente en la esfera penal– debe ponderar los patrones socioculturales y estereotipos sobre los que se construye esta problemática, a fin de tener una verdadera comprensión del fenómeno de violencia de género y, de esta manera, poder lograr desde el Derecho aportar soluciones que contribuyan a atacar el flagelo de la violencia y trabajar en pos de la igualdad de género».

En este entendimiento, y en lo que respecta a abusos sexuales cometidos contra mujeres y niñas, destaqué en el **precedente «Concha, Jesús»** que «a fin de tener una mayor comprensión de esta problemática, debemos analizar el tema a partir de dos premisas fundamentales: i) la violencia sexual contra niñas y mujeres es una de las manifestaciones más claras de una cultura patriarcal que fomenta el control del cuerpo y la sexualidad de las mujeres; y ii) que los patrones de discriminación estructural que padecen las mujeres proveen el escenario donde se reproduce y fomenta la violencia sexual (cfr. CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; párr. 17)».

Así, entiendo que no puede prosperar el agravio vinculado a que el juzgador consideró creíble el testimonio de la víctima sin ponderar –según entiende el censurante– las contradicciones insalvables en que habría incurrido R.R. en sus declaraciones.

Agrega en apoyo de su postura, que los aspectos cuestionados tienen relación con lo informado por la Lic. Ivana Peralta en cuanto sostuvo la existencia de inconsistencias en el relato de R.R. Agrega que no ha quedado acreditado que la víctima posea una discapacidad intelectual que no le permita discernir lo que es mentira de lo que es verdad.

Al respecto, se advierte que el juzgador con base a esta perspectiva construyó su razonamiento en donde le otorgó un valor preponderante al relato brindado por R.R., el que consideró corroborado a partir de un análisis crítico de los distintos elementos periféricos del relato de la víctima, los que –según entiendo– no han sido debidamente controvertidos por la defensa.

De este modo el juzgador justificó en forma adecuada las contradicciones en que incurrió la víctima al expresar que «...el intento de retracción por parte de R.R., es consecuencia de la crisis familiar desencadenada en la familia R. G. a partir de la denuncia que diera origen a las presentes actuaciones, y las presiones que algunos integrantes de la familia ejercieron hacia R para que se retractase ...» (fundamentos de fs. 252).

Así, el juez de la instancia anterior destacó que la verosimilitud de la versión de los hechos brindada por la víctima, se desprende del informe psicológico referido en donde se indica que el relato de la R.R. es creíble, lo que fue ratificado por la Lic. Peralta en oportunidad de declarar en audiencia de debate.

Por otra parte, y vinculado al agravio referido a la falta de acreditación del déficit de desarrollo intelectual de R.R., la defensa no explica de qué manera ello desvirtúa las conclusiones del informe psicológico que da cuenta de tal característica.

Además, debe destacarse que la Lic. Peralta en el debate aclaró que si bien no pudo determinarse el grado de déficit intelectual, sí pudo advertir que R.R. no cuenta con las herramientas intelectuales suficientes como para idear y sostener una mentira (ver registros audiovisuales del día 22 de febrero de 2019, a partir de la hora 1:24:05).

A lo expuesto debe agregarse que el juzgador destacó que la Lic. Peralta explicó que «... dichas inconsistencias de la víctima no son centrales, sino específicas, por ello se retracta y luego sostiene

nuevamente la situación de abuso sexual; explicó que tales inconsistencias del relato responden justamente a sus características psicológicas y a una situación de acomodamiento al abuso sexual ...» (fundamentos de fs. 253).

A ello sumó además, y conforme a lo explicado por la profesional interviniente, que la retracción de la versión de los hechos por parte de R.R. responde a la última etapa dentro del «síndrome de acomodamiento» que se presenta en situaciones de abuso sexual intrafamiliar en forma crónica, donde la víctima atraviesa distintas etapas.

De este modo explicó que la última etapa es la de «adaptación» donde «la víctima empieza a descubrir que el hecho de denunciar una situación que había callado durante mucho tiempo genera consecuencias a nivel familiar y a nivel personal más dolorosas incluso que la situación traumática que ella está acostumbrada a disociar» (fundamentos de fs. 353 vta.).

Así, concluyó el juzgador que el intento de retracción por parte de R.R. fue consecuencia de la crisis familiar que se desencadenó a partir de la denuncia que diera origen a las presentes actuaciones. En virtud de las razones precedentemente analizadas, deben desestimarse los agravios esgrimidos en el sentido expuesto por el censurante.

Por otro lado, entiendo que no pueden prosperar los agravios dirigidos a cuestionar el valor probatorio de las conclusiones que se desprenden del examen físico realizado por el Cuerpo Médico Forense a R.R, en cuanto sostiene que constituye un indicio anfibológico que no aporta certeza sobre acreditación de los hechos bajo estudio.

Al respecto, cabe aclarar que el juzgador justificó adecuadamente la ausencia de lesiones recientes en las zonas pudendas de la víctima y, por tal motivo, consideró que tales conclusiones no resultaban relevantes en orden a acreditar la perpetración de los abusos sexuales.

En relación a la ausencia de lesiones recientes en la zona de la vagina, explicó que debía considerarse el tiempo transcurrido entre el momento en que aconteció el último de los hechos (2016) y la fecha de realización del examen realizado a R.R. (26 de junio del 2018).

En cuanto a la zona del ano, además, hizo referencia a lo informado por el perito, quien explicó que las cicatrices en esa zona sólo se pueden encontrar en un lapso de tiempo que va desde dos o seis meses desde que se produjo la lesión (fundamentos de fs. 235).

Más allá de ello, la valoración de este elemento de juicio no ha sido relevante para que el juzgador alcanzara la certeza sobre los extremos de la imputación. Ello por cuanto –tal como se analizó ut supra– la acreditación de este extremo se nutre de otros elementos de juicio, los que según entiendo no han sido debidamente controvertidos por la defensa.

Por otro lado, y por las razones expuestas, no resulta atendible el argumento de la defensa en cuanto sugiere como **un elemento de juicio desincriminante la ausencia de testigos directos de los abusos sufridos** por R.R. por parte del imputado R.G., por cuanto acontecieron en un **contexto intrafamiliar** y por un periodo prolongado de tiempo. Entiendo que las circunstancias apuntadas por el censurante no obstan al acometimiento de los hechos.

Por lo contrario, estimo que aquellas circunstancias permitieron a R.G. su perpetración, a lo que debe sumarse que también se valió de la mayor vulnerabilidad de R.R. no sólo por su menor edad, sino también por el déficit en su desarrollo intelectual.

Dicho de otro modo, y tal como se analizó precedentemente, la versión de los hechos brindada por la víctima, la que fue debidamente ponderada por el juzgador y corroborado por elementos objetivos periféricos, resulta incuestionable.

Ello por cuanto su valor probatorio no puede ser desvirtuado por las razones esgrimidas por el censurante, en tanto la violencia sexual es un tipo particular de agresión que, en general, se caracteriza por producirse en ausencia de otras personas más allá de la víctima y el agresor.

d.- Finalmente, corresponde el análisis de los cuestionamientos referidos al proceso seguido por el sentenciante en la determinación del **monto de la pena**.

La defensa señala al respecto que el juez de la instancia anterior realizó una doble valoración al momento de meritar la sanción a imponer al acusado.

Ello en tanto habría valorado el vínculo entre la víctima y el imputado, circunstancia que está contenida en la pena en abstracto.

Según entiendo el juez de la instancia previa, al momento de la determinación de la pena aplicable, ha seguido las pautas de los arts. 40 y 41 del CP, no advirtiéndose el vicio que señala el recurrente.

En efecto, en lo relevante para la resolución del agravio, debe señalarse que el a quo consideró como determinante, dentro de **las circunstancias agravantes** «... 1) Las circunstancias de tiempo, lugar y ocasión en que se perpetraron los hechos, destacando que los hechos tuvieron lugar en el mismo domicilio donde la víctima y victimario convivían con el grupo familiar integrado por su madre y sus hermanos menores de edad, sin que ello significara algún reparo; 2) Los motivos que lo llevaron a delinquir, es decir, el afán de procurarse satisfacción sexual, en forma promiscua e instrumentalizando a su hermana, siendo que puede, y debe, procurarse dicha satisfacción con personas mayores de edad, en el marco de relaciones libremente consentidas, y porque su grado de educación le permitió discernir perfectamente los alcances de las conductas que llevaba a cabo; 3) el daño psíquico causado a la víctima ...; 4) su actitud posterior a los delitos, puesto que una vez radicada la denuncia... intentó influenciar a sus hermanas R. y A. para que se retractaran de sus declaraciones en sede judicial» (fundamentos de fs. 257).

A su vez, y como se advierte, en ningún momento el sentenciante valoró para meritar la pena que consideró adecuada para el acusado circunstancias que ya se encontraran previstas en el tipo penal atribuido. Por ello el agravio no puede prosperar.

Más allá de ello, debe aclararse que este Tribunal ha referido que no existe vulneración a la prohibición de doble valoración en el ámbito de la determinación de la pena cuando el juzgador ha ponderado la intensidad con que una circunstancia –prevista en el tipo penal atribuido– se manifiesta en el hecho (ver al respecto: «**Córdoba, Jorge Antonio**»; «**Merlo Donaire, Javier Antonio**», entre otros).

Por todo lo expuesto, y opinión concordante del señor Procurador General, corresponde contestar negativamente la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazar el recurso interpuesto. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Comparto las conclusiones a las que llega mi colega de Sala preopinante en cuanto a la improcedencia sustancial del recurso interpuesto. Ahora bien, en relación a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género entiendo oportuno remitirme a lo que he referido en los **precedentes «Morales Quiroga», «Cruz Caporiccio», «Merlo Lassa», «Ojeda Pérez» y «Vázquez Tumbarello»**.

En particular, en esta última ocasión sostuve que «... comparto que aquella concepción según la cual la perspectiva o visión de género es una “categoría analítica que toma los estudios que surgen desde las diferentes vertientes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma, cuestionar los estereotipos y elaborar nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad

al servicio de la igualdad y la equidad” (UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017).

Destaco la idea de igualdad contenido en la definición en tanto se encuentra no sólo consagrada expresamente en el texto constitucional (art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza), sino, también, en el ámbito de la normativa internacional.

Así, entre otros, la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” - Belem Do Pará - , garantiza que toda mujer tiene “el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley” (art. 4, inc. “f”).

En esta misma oportunidad destacué que «... en nuestro ordenamiento interno, la ley nacional 26.485 es una norma orientada pura y exclusivamente a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las "mujeres".

En tal sentido, entre sus objetivos primordiales, el propio texto promueve y garantiza “la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida”, “el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia”, “las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos”, como también, “la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres” (art 2, inc. a, b, c y e respectivamente)».

Así, «... ese texto normativo vino a imponer un verdadero «deber jurídico» para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas.

Sus destinatarios directos son aquellos sujetos que integran los órganos decisores en el marco de los procesos judiciales penales, ya sea por el lado de quienes resultan facultados para disponer sobre el curso de investigación, como también, respecto de quienes son los encargados de su juzgamiento».

Ese deber jurídico no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley. Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que «los organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativos, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional...los siguientes derechos y garantías: i) A la **amplitud probatoria** para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son su naturales testigos ...» (art. 16).

Junto a esta norma aparecen las disposiciones del art. 31 en cuanto establece el principio de «libertad probatoria». En función de lo señalado agregué que «... el texto legal vigente no introduce un nuevo método de valoración probatoria para los casos de violencia de género, puesto que siempre la prueba debe valorarse conforme al sistema de la sana crítica racional (art. 206 y 409 del CPP)».

Con lo cual, las referencias de la legislación vigente sobre esta cuestión se justifica ante la necesidad de evitar que los órganos jurisdiccionales decisores puedan apartarse en sus resoluciones del contexto fáctico que resulta propio a este género de conductas delictivas.

De este modo, «... el acierto de la ley consistió en establecer, en forma igualitaria, un método de valoración que evite la discriminación que en ocasiones ocurría por prácticas derivadas de la cultura jurídica patriarcal inquisitiva, que se transformaron en consuetudinarias, y que era necesario erradicar.

Repárese que es la propia Convención Belem Do Pará donde se fija, como un deber de los Estados el “tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer” (art. 7, inc. “e”).

Ello no resulta novedoso para la labor jurisdiccional, puesto que siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba –objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento».

Por ello destaco la relevancia de la **ley 27.499 «Ley Micaela»**, en tanto dispuso la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra la mujer para todas las personas que desempeñen la función pública, en cumplimiento del objetivo señalado. En este mismo orden, corresponde también mencionar la Acordada n° 29.318 y su anexo «Programa de capacitación permanente para la incorporación de la perspectiva de género en el marco de la Suprema Corte de Justicia» del 3 de septiembre de 2019, instrumentos que en aras del principio de igualdad y de la prohibición de discriminación, dispone una serie de acciones concretas para asegurar la igualdad real en las relaciones interpersonales (ver al respecto **«Vazquez Tumbarello»**).

Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto.

Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas.

Conforme a ello «... es el contexto en el que se inserta el hecho delictivo el que viene a determinar el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio. Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres el testimonio de la víctima ostenta un valor fundamental en la comprobación de los extremos de una imputación delictiva, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la responsabilidad penal derivada del mismo».

Es por todo ello que concluí en aquella oportunidad que uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo. A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables.

Estas consideraciones, como adelanté, las entiendo plenamente aplicables al caso por cuanto nos encontramos frente a un supuesto de violencia de género en donde el tribunal de instancia anterior ha tenido en cuenta los parámetros antes referidos al momento de la ponderación contextual de los elementos de prueba obrantes en la causa, particularmente la versión de los hechos brindada en forma primigenia por la víctima, y los distintos informes que dan cuenta de la credibilidad de su relato y de la existencia de abusos por parte de su progenitor.

Ello conlleva al rechazo, en esta instancia, del recurso interpuesto por la defensa por lo que considero que debe contestarse de manera negativa la primera cuestión planteada.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

ASÍ VOTO. SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Puesto a resolver el recurso casatorio promovido coincido con la solución a la que llegan mis colegas preopinantes y, en cuanto a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género, me remito a lo oportunamente señalado en **«Di Cesare Morales»** y **«Mejía Salvador»** por resultar aplicable en ese aspecto el presente caso. ASÍ VOTO.

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

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO, adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 265/271 vta. por la defensa técnica de R.E.R.G. y, en consecuencia, confirmar la sentencia N° 387 dictada por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Segunda Circunscripción Judicial.
- 2.- Tener presente la reserva del caso federal formulada.
- 3.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen a sus efectos.

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

3- CASADO. 19-02-20.

| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
|----|-------|-----|------|--------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|-------------|---|-----|
| | Conv. | | | | | | | | | | | | | 474 |
| VG | EG | NNA | | PCE | - | - | A | - | CR | - | - | - | - | -2° |

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200219_FcCCM.pdf

Lex: Art. 119 3° y 4° párrafo incs. b y f en función del art. 55 a contrario sensu del CP

Vox: VG. NNA. Abuso sexual. Acceso carnal. Convivencia. Encargado de la guarda. Delito continuado.

Summa:

El TPC condenó al nombrado a la pena de **catorce años de prisión** como autor del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por ser cometido contra una menor de 18 años aprovechando la situación de convivencia preexistente y por ser el encargado de la guarda en la modalidad de delito continuado (arts. 119 tercer y cuarto párrafo incs. b y f en función del art. 55 a contrario sensu del Código Penal).

La **defensa** interpone recurso de casación.

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

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 426, pronunciada por el TPC N°1- 2° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Voto Dr. Valerio.

I- Valoración probatoria en materia de violencia de género. **Perspectiva de género:**

- Morales Quiroga.
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Merlo Lassa. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=243>
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>

Voto Dr. Adaro

I- Valoración probatoria en materia de violencia de género. **Perspectiva de género:**

- Larrue. 05-07-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190705_FcLMJ.pdf
- Merlo Donaire. 08-03-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190308_FcMDJ.pdf
- Galdeano Reyes. 31-07-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=242>
- Concha, Jesús. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- Merlo Lassa. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf

Voto Dr. Palermo.

I- Valoración probatoria en materia de violencia de género. **Perspectiva de género:**

- Di Cesare Morales. 26-06-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=156>
- Mejía Salvador. 10-09-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=197>

b-CIDH

- «Castro Castro vs. Perú». Fondo, 25-05-06.

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf

- Caso Rosendo Cantú vs. México. 31-08-10

https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=339

- Caso «Fernández Ortega y otro vs. México». 30-08-10.

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/fernandez_ortega/esap.pdf

- Caso «Bámaca Velásquez vs. Guatemala». 21-08-14.

https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=244

Doctrina citada

UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia, Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017.

Parágrafos destacados

“Ese deber jurídico no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley. Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que «los organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativos, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional [...] los siguientes derechos y garantías: i) A la **amplitud probatoria** para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son su naturales testigos [...]» (art. 16). Junto a esta norma aparecen las disposiciones del art. 31 en cuanto establece el principio de «**libertad probatoria**». En función de lo señalado agregué que «[...] el texto legal vigente no introduce un nuevo método de valoración probatoria para los casos de violencia de género, puesto que siempre la prueba debe valorarse conforme al sistema de la **sana crítica racional** (art. 206 y 409 del CPP). “

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

Fallo.

CUIJ: 13-04798750-9/1((028601-25346)) FC/C. C. M. A. P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESOO CARNAL AGRAVADO POR LA SITUACION DE GUARDA DE LA MENOR POR LA SITUACION DE CONVIVENCIA (25346) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104878446*

En Mendoza, a los diecinueve días del mes de febrero del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N°13-04798750-9/1, caratulada "F. C/C. C. M. A. S/CASACIÓN".

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

A fs. 621/643 vta. la defensa técnica de M. A.C. C. promueve recurso de casación en contra de la sentencia N° 426, obrante a fs. 570/571, de fecha 25 de marzo de 2019, y sus fundamentos de fs. 581/600 vta., en tanto condena al nombrado a la pena de catorce años de prisión como autor del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por ser cometido contra una menor de 18 años aprovechando la situación de convivencia preexistente y por ser el encargado de la guarda en la modalidad de delito continuado (arts. 119 tercer y cuarto párrafo incs. b y f en función del art. 55 a contrario sensu del Código Penal).

El pronunciamiento fue dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Segunda Circunscripción Judicial actuando en colegio en autos N° P 25.346/18.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

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

I.- La sentencia recurrida

La resolución cuestionada tuvo por acreditado que : «... los hechos ocurrieron tal como lo sostuvo la hipótesis acusatoria - tanto al momento de ampliar la acusación como en el alegato fiscal de cierre, siendo ambos coincidentes en lo que hace a la plataforma fáctica» (fs. 583 in fine y vta.).

Por su parte la acusación consistió en que «El primer hecho tuvo lugar en la ciudad de ..., Mendoza, aproximadamente en el año 2012 no pudiendo determinarse fecha con precisión cuando la niña R.A. C. S. tenía 11 años de edad en horas de la noche sin poder precisar si era verano o invierno pero hacía frío, M. A.C. C.pareja de su progenitora se dirigió con la niña al fondo de la finca del domicilio de al lado de calle ... y aprovechándose de la situación de convivencia preexistente y la minoría de edad de la niña, siendo esta menor de 18 años de edad y las mayores facilidades provenientes por ser encargado de la guarda abusó sexualmente de la misma, tiró la campera al piso, la hizo acostar y se le subió encima desprendiéndose la bragueta del pantalón, le bajó la calza a la mitad y metió su pene en su vagina. Los abusos sexuales con acceso carnal vía vaginal se prolongaron desde aproximadamente el año 2012 hasta aproximadamente el año 2016 cuando la víctima tenía entre 11 y 15 años de edad aproximadamente, en el domicilio de calle ..., después del primer hecho los abusos ocurrieron cada 2 o 3 veces por semana, ocurriendo alguno de estos hechos durante la noche mientras su madre dormía ya que se encontraba medicada y también durante la noche cuando su madre concurría a inglés entre las 20:30 y las 22:30 hs de la noche y durante el día en horas de la mañana cuando su madre era mandada por C. a hacer compras, aprovechándose de la situación de convivencia preexistente y la minoría de edad de la niña siendo esta

menor de 18 años de edad y las mayores facilidades provenientes por ser encargado de la guarda ingresaba a la habitación a veces por la puerta cuando no estaba su madre y otras veces por la ventana cuando su madre dormía y abusaba sexualmente de la menor siempre por la vagina y en una oportunidad la obligó a practicarle sexo oral tomándola con ambas manos por la cabeza, todos estos hechos de abuso fueron realizados mediante amenazas y coacciones por parte de C. a la menor víctima de que si contaba los abusos golpearía a ella y a su madre tratando R. de defenderse y resistirse pegándole cada vez que ocurrían estos hechos patadas en los testículos y golpes en los brazos. En otra oportunidad sin poder precisar fecha y lugar exacta en la ciudad de ..., C. llevó a R. en su camioneta y dentro de esta en una finca intentó abusar nuevamente de la misma no logrando su cometido porque esta le pegó en sus genitales» (ver fs. 581 vta./582).

Para así decidir el juez de sentencia valoró las declaraciones prestadas en audiencia de debate por: R. C.; D.V. S.; A. S.; I. M.; B. C.; A. O.; J.A. P. P., L. B.; B. B., Dr. Marcos Barroso; Lic. María Pizarro; Dr. Cuaranta; A. G. y C. A.; reproducción del testimonio de A. C. en Cámara Gesell y el resto de los elementos de prueba debidamente incorporados.

II.- El recurso de casación

La defensa de M. C. C. formula recurso de casación al amparo del art. 474 inc. 2° del CPP.

Sostiene el recurrente que la sentencia presenta vicios in procedendo por cuanto la valoración de las pruebas no ha sido integral y resulta contraria a la sana crítica racional. Entiende que las consideraciones efectuadas por el Tribunal no se condicen con el material probatorio incorporado en autos.

Afirma que al momento de dictar sentencia sólo se tuvo en cuenta las testimoniales de R. C. y su madre, ambas cargadas de subjetividades, como también la pericia psicológica realizada a la primera de las nombradas.

Entiende que no existe a lo largo de los fundamentos de la sentencia una sola afirmación relativa a la responsabilidad penal de su asistido fundada en prueba, que tenga sentido unívoco y fundado en las reglas de la sana crítica racional, que no surja del testimonio de R. C. Detalla el testimonio de R. C en el debate y sostiene que la valoración hecha por el tribunal fue poco seria y rigurosa, así como arbitraria.

Da cuenta de las circunstancias en las que R. decide hablar y contarle a su abuelo sobre los «supuestos» abusos (fs. 632). Refiere que la denuncia que da inicio a los presentes autos no ha sido incorporada a la causa y C. ni tan siquiera ha sido imputado en ella, puesto que no surge de la planilla de antecedentes. Añade que pese a que S. dijo que ya lo había denunciado no hay constancias de tales denuncias. Agrega que S. dijo en el debate que cuando C. la golpeaba ella se iba a lo de su padre.

Por su parte A. S. dijo que a su hija la veía bien, nunca golpeada. Considera que en atención a los dichos de R. (invoca el minuto 24:35 aprox) los golpes a su madre comenzaron cuando ella tenía 15 años, esto es ya habían terminado los «supuestos» abusos.

Critica que al valorar los dichos de D. V. S. el tribunal parte de una circunstancia no acreditada, controvertida y hasta negada por los profesionales, cual es que aquella haya sido víctima de violencia de género.

Analiza el primer hecho de abuso denunciado y cuestiona la inadvertencia sobre diferencias en el relato por parte de R., pese a que el juzgador consideró que el discurso no había variado en nada.

A criterio del recurrente la denunciante modifica detalles esenciales del abuso en relación a la manifestación del imputado luego del acceso carnal cuando le dijo «ya acabé» situando esa frase en distintas ocasiones. Añade que también varió el momento en que la denunciante dijo que había visto el

órgano sexual de C., por ello entiende que no es posible afirmar que el relato de R. es coincidente en todo (fs. 635).

Critica también las conclusiones del tribunal en relación a los motivos que atribuye a C. para impedir que se lleve a analizar la orina de R. ante la presencia de sangre en ella (fs. 636). Cuestiona la manifestación de R. por cuanto varió la cantidad de veces en que señaló que C. la obligó a practicarle sexo oral (a fs. 300 vta. se mencionan tres ocasiones y en el debate una sola vez)

Examina los dichos de D. V. S. –madre de R.– en relación a la posibilidad de que aquella no estuviese en condiciones de escuchar lo que ocurría a su hija y la ingesta de medicamentos que supuestamente inducían su sueño, como también considera no acreditado que aquella asistiese a clases de inglés, circunstancia que permitía que R. y C. C. estuviesen solos sin la presencia de la progenitora de R. (fs. 637). Señala divergencias en relación al consumo de pastillas anticonceptivas en relación al lugar donde estaban escondidas y quien las tenía en su poder (fs. 638 y vta.)

Reclama se otorgue valor probatorio a que el vecino mencionado por R. que le habría dicho a C. si «no se estaba mandando ninguna cagada con la niña» no haya confirmado este dato en el plenario. Cuestiona la valoración neutra asignada al resultado del examen del CMF y las declaraciones del Dr. Cuaranta en relación al borramiento del himen y la desfloración de vieja data. Sostiene que ese dato debe resultar favorable al imputado y no neutro al momento de ser valorado.

Expresa que R. dijo que no tenía conocimiento sexual y que al ver la novela «Rosa de Guadalupe» pudo advertir que lo que sucedía con M. era malo. Al respecto señala que esa novela según datos aportados por internet fue transmitida en los años 2008/2009 por canal 13 y 9.

Manifiesta que pese a que D. V. S. y R. aluden a manoseos de C. a sus hijas A. y S., éstas y su madre –A. O.– niegan tales situaciones. Considera que la fundamentación de la sentencia al respecto es arbitraria.

Explica que el informe de fs. 214 dice que la declaración de A. presenta indicadores de credibilidad y ella niega este tipo de abusos.

Que no se explica porqué el juzgador otorga mayor poder convictivo a uno de los relatos y no al otro, máxime si las manifestaciones de R. son contradictorias en detalles.

Promueve la nulidad de la sentencia a tenor del art. 416 inc. 4 del CPP.

Expresa que en la sentencia a fs. 591 el sentenciante dijo «es muy extraño que las personas mientan porque sí» y a fs. 591 vta. refirió «... que ninguna persona del entorno de R. advirtiera lo que ocurría, no hace más que demostrar la efectividad del método empleado por C.». Al respecto considera el recurrente que se ha demostrado que R. mintió, y que se contradice en sus diversas exposiciones.

Sostiene que en atención al principio de tercero excluido nos encontramos en ante una extensa valoración llevada a cabo por el Tribunal en términos intermedios (fs. 642 vta.), postulados que no permiten afirmar que S. haya consumido la medicación o que R. haya visto la novela que señala. Afirma también que no ha existido una valoración integral de la prueba.

Formula reserva del caso federal.

III. Dictamen del señor Procurador General

A fs. 656/658 se expide el Procurador General. Luego de analizar los agravios promovidos y la resolución atacada considera que el recurso no procedente en lo sustancial por lo que debe confirmarse la validez de la sentencia impugnada.

Entiende que la impugnación gira en torno a descalificar el testimonio de la víctima, para ello intenta señalar ciertas contradicciones con declaraciones anteriores y entre sus dichos y circunstancias extraídas de lo manifestado por otros testigos.

Considera que el recurrente pretende aislar indicios para restarles la fuerza que surge de su valoración conjunta.

Señala que se verifica una adecuada valoración del plexo probatorio y el juez abordó cada uno de los argumentos esgrimidos por la defensa ya que la mayoría de ellos fueron invocados en los alegatos. Agrega que además de un minucioso estudio de la declaración de la víctima se contempló la declaración de la Lic. Pizarro del CMF, aplicando la evaluación de los criterios de credibilidad, concluyendo que el relato es creíble, hallando indicadores de abuso.

Asimismo señala que el a quo contempló el relato de D. S. y apreció que se mostró conmovida, enojada. Sostiene el Procurador General que ciertas contradicciones señaladas por la defensa fueron abordadas y explicadas por el Tribunal teniendo presente que en los casos de abuso sexual infantil reiterado las víctimas no llevan una agenda, en respuesta al cuestionamiento sobre el número de veces en que fue obligada a mantener sexo oral.

Sostiene que el tribunal siguió al momento de valorar el plexo probatorio los parámetros establecidos por la jurisprudencia que invoca y contando con pruebas de naturaleza objetiva que respaldan el testimonio de la víctima.

Señala que es posible afirmar que los agravios más que vicios en la sentencia reflejan la discrepancia de la defensa con la interpretación que en el legítimo ejercicio de su cargo realiza del plexo probatorio.

Agrega que en definitiva la sentencia se encuentra debidamente motivada y el planteo no debe prosperar por lo que aconseja el rechazo del recurso casatorio y la convalidación de la sentencia impugnada.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Del examen del recurso de casación promovido, el acto sentencial puesto en crisis y las constancias de la causa, anticipo mi opinión en el sentido de que la crítica debe ser rechazada puesto que los agravios formulados no logran desvirtuar la validez de la sentencia cuestionada.

Se desprende del escrito recursivo presentado que el eje del recurso radica en criticar la valoración de los elementos de prueba, en especial las testimoniales de R. A. C. y su madre D. V. S., procediendo al efecto a contrastar sus propias declaraciones, entre sí, y con las demás constancias de la causa.

El recurrente pretende que de una diversa interpretación de las testimoniales cuya valoración objeta y, ante la ausencia –a su criterio– de otros elementos incriminantes corresponde la absolución de su defendido, ya que el hecho no se ha probado y la labor de ponderación de los elementos convictivos se llevó a cabo en perjuicio de su asistido.

En otras oportunidades he sostenido que, conforme a lo dispuesto por el art. 8.2.h. de la C.A.D.H., la función de este Cuerpo radica en verificar que:

- a) el a quo contó con suficiente prueba en relación a la plataforma fáctica investigada y la intervención que le cupo al imputado para dictar su condena;
- b) la obtención de la prueba se llevó a cabo sin vulnerar derechos o garantías fundamentales y en condiciones de oralidad, publicidad, inmediatez y contradicción; y
- c) la comprobación de que esta última sea valorada de manera lógica y convincente.

En ese sentido es que considero que el acto sentencial cuestionado no presenta los vicios referidos por el recurrente.

Efectivamente entiendo que el sentenciante contó con **suficientes medios de convicción**, teniendo en cuenta la naturaleza de los hechos traídos a juicio, y conforme el ofrecimiento efectuado al efecto por el representante del Ministerio Público Fiscal, la parte querellante particular y la defensa del acusado.

Corresponde señalar que se verifica que en el marco del debate se recibió declaración testimonial a R. C., a su madre –D. V. S.–, a su abuelo –A. S.–, y a ..., ..., ..., ..., ..., así como se reprodujo el testimonio de A. C., ... , Dr. Marcos Barroso, Lic. María Pizarro, Dr. Cuaranta, ... y También se recepcionó la declaración de M. C. C., garantizando de esta manera el ejercicio de su defensa.

A mi modo de ver, y en coincidencia con lo expresado por el Procurador General, tales medios de convicción fueron examinados y cotejados por el a quo desde una óptica de conjunto, vinculándolos entre sí y a la luz de la declaración prestada por el imputado, como también con las manifestaciones prestadas por los testigos ofrecidos por la defensa del imputado.

Establecido ello, entiendo necesario poner de resalto que los hechos denunciados transcurrieron entre los años 2012 y 2016, cuando R. C. tenía entre 11 y 15 años de edad y que la denuncia fue formulada recién en el año 2018, es decir cuando la denunciante tenía ya 17 años de edad, esto es seis años después del inicio de los abusos denunciados y a dos años del cese de tales agresiones.

Tal perspectiva es indispensable al momento de abordar las discordancias que el recurrente alega, por cuanto en forma coincidente con lo establecido por el tribunal entiendo que, en lo esencial, los hechos denunciados no variaron, de manera tal que la plataforma fáctica quedó correctamente fijada por cuanto estimo correctamente acreditada la producción de aquellos y la autoría por parte del imputado.

De tal manera, no puede tener acogida favorable la crítica del defensor relativa a que al momento de dictar sentencia solo se tuvieron en cuenta las testimoniales de R.C. y su madre, sin que exista prueba que surja más allá del testimonio de aquéllas.

Ello así por cuanto en atención al tipo de delito denunciado advierto que en la mayoría de los casos ocurren en la intimidad, por lo que las probanzas tienen su origen en los dichos de la víctima y su corroboración resulta de datos periféricos, circunstancia que ha ocurrido en la presente.

Por ello es que en el acto sentencial se asigna al relato de R. C. el carácter de «piedra angular» (ver fs. 583 vta.) para luego referir que aquella fue sometida a examen directo y sus dichos no variaron al ser contraexaminada.

En relación a la evolución del relato de la denunciante, y en opinión que comparto, el tribunal de instancia anterior advirtió el crecimiento de la denunciante y una mayor madurez al momento de narrar los hechos, así como una mayor comprensión de lo sucedido (ver fs. 586 vta.).

Como elementos que rodean a los hechos narrados por R. C. y que corroboraran su versión el a quo valoró las declaraciones de la Lic. Pizarro del CMF, quien llevó a cabo junto al perito propuesto por la defensa – Lic. Luis Lorenzo Olgún–, la pericia psicológica a R.C..

Se explayó la nombrada sobre el protocolo utilizado y los criterios de credibilidad aplicados en la evaluación refiriendo que tanto en la testimonial como en la pericia, concluyeron que el relato cuenta con credibilidad y presenta indicadores de abuso.

Es necesario poner de resalto que al momento de llevar a cabo la referida pericia estuvo presente el perito propuesto por la defensa del imputado, quien no presentó informe por separado puesto que llegaron a las mismas conclusiones (ver al respecto fs. 300/301).

En este sentido el tribunal adecuadamente ponderó que la labor llevada a cabo por ambos peritos «reduce la subjetividad interpretativa» y torna a las probanzas así obtenidas en «prueba poderosa de validación del testimonio» (fs. 588 vta.).

En apoyo de la versión de R.C. también opera la información aportada en audiencia de debate por la Lic. Carolina Agosta, valorada también por el tribunal. La profesional narró los hechos aquí investigados en términos similares al relato brindado por R.A.C. (ver fs. 589 y vta.)

Asimismo, y acertadamente, se ha ponderado en apoyo del cuadro cargoso a la testimonial de D.V. S. y A. S., madre y abuelo materno de R.C., quienes dieron cuenta de las circunstancias en que tomaron conocimiento de los abusos denunciados, esto en ocasión de que D.V. S. fue a denunciar a M. C. por hechos en los que ella fue víctima.

No comparto la crítica formulada por el recurrente en torno a la equivocada óptica del tribunal en relación a la violencia de género de la que habría sido víctima D. V. S.. Contrariamente entiendo que tal enfoque que habilita la perspectiva de género surge acreditado no solo por los dichos de la madre de R., sino también por los dichos de la propia R., la referencia de J. P. (ver audiencia del día 12/3/19 minuto 1:03:35) y el informe del Epi (ver fs. 75/76).

Por ello, no concuerdo con el defensor de C. en que resulte un obstáculo para efectuar tal enfoque la falta de comunicación de S. a su padre, ni la ausencia de imputación en el hecho que fuera a denunciar el mismo día en que tomó conocimiento de los abusos a su hija, puesto que el resto de los elementos de convicción resultan suficientes para que la sentenciante valore las probanzas a la luz de la ley 26.485. A este respecto entiendo oportuno señalar que en los precedentes **precedentes «Morales Quiroga», «Cruz Caporiccio», «Merlo Lassa», «Ojeda Pérez», «Vazquez Tumbarello» y «Narváz Videla»**.

Particularmente en **«Ojeda Pérez»** sostuve que «[...] comparto que aquella concepción según la cual la perspectiva o visión de género es una “categoría analítica que toma los estudios que surgen desde las diferentes vertientes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma, cuestionar los estereotipos y elaborar nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad al servicio de la igualdad y la equidad” (UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia, Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017).

Destaco la idea de igualdad contenida en la definición en tanto se encuentra no sólo consagrada expresamente en el texto constitucional (art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza), sino también, en el ámbito de la normativa internacional. Así, entre otros, la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” -Belem Do Pará-, garantiza que toda mujer tiene “el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley” (art. 4, inc. “f”).

También en esa ocasión señalé «[...] en nuestro ordenamiento interno, la ley nacional 26.485 es una norma orientada pura y exclusivamente a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las "mujeres".

En tal sentido, entre sus objetivos primordiales, el propio texto promueve y garantiza “la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida”, “el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia”, “las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos”, como también, “la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres” (art 2, inc. a, b, c y e respectivamente)».

Así, «[...] ese texto normativo vino a imponer un verdadero “deber jurídico” para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas. Sus destinatarios directos son aquellos sujetos que integran los órganos decisores en el marco de los procesos judiciales penales, ya sea por el lado de quienes resultan facultados para disponer sobre el curso de investigación, como también, respecto de quienes son los encargados de su juzgamiento».

Ese deber jurídico no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley. Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que «los organismos del Estado deberán garantizar a las

mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativos, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional [...] los siguientes derechos y garantías: i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son su naturales testigos [...]» (art. 16).

Junto a esta norma aparecen las disposiciones del art. 31 en cuanto establece el principio de «**libertad probatoria**». En función de lo señalado agregué que «[...] el texto legal vigente no introduce un nuevo método de valoración probatoria para los casos de violencia de género, puesto que siempre la prueba debe valorarse conforme al sistema de la sana crítica racional (art. 206 y 409 del CPP).

A mi modo de ver, la imposición de un método de valoración de la prueba como herramienta obligatoria para el abordaje de esta problemática, se justifica ante la necesidad de evitar que los órganos jurisdiccionales decisores puedan apartarse en la adopción de decisiones, del contexto fáctico que es propio a este género de conductas delictivas».

De este modo, «[...] el acierto de la ley consistió en establecer, en forma igualitaria, un método de valoración que evite la discriminación que en ocasiones ocurría por prácticas derivadas de la cultura jurídica patriarcal inquisitiva, que se transformaron en consuetudinarias, y que era necesario erradicar. Repárese que es la propia **Convención Belem Do Pará** donde se fija, como un deber de los Estados el “tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer” (art. 7, inc. “e”).

Ello no resulta novedoso para la labor jurisdiccional, puesto que siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba –objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento. Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto.

Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas». Conforme a ello «[...] es el contexto en el que se inserta el hecho delictivo el que viene a determinar el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio.

Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres el testimonio de la víctima ostenta un valor fundamental en la comprobación de los extremos de una imputación delictiva, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la responsabilidad penal derivada del mismo».

También sostuve en la causa «ASVM» en relación a **la ley 26.485** que entre sus principales objetivos se encuentran «la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida», «el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia», «las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos», como también, «la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres» (art 2, inc. a, b, c y e respectivamente).

Agregué que estrechamente relacionado con esos postulados, el texto de la ley reforzó el «deber jurídico» que, sobre todos los operadores del sistema de administración de justicia pesa.

Añadí que en el ámbito propio de la actuación de los órganos de justicia, la ley contiene dos normas que consagran lineamientos funcionales para los operadores judiciales al momento de abordar la

problemática de género, estableciendo el principio de «amplia libertad probatoria» para dar por probados «los hechos denunciados» ponderando las pruebas ofrecidas de acuerdo con el principio de la sana crítica. Es por todo ello que entiendo que uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo.

A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables.

En razón de las consideraciones señaladas, considero que aquel método de valoración no resulta novedoso para la labor jurisdiccional, puesto que siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba –objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento.

A su vez, en el **precedente «Vazquez Tumbarello»** destacué la relevancia de la ley 27.499 «Ley Micaela», en tanto dispuso la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra la mujer, para todas las personas que desempeñen la función pública, en cumplimiento del objetivo señalado.

En este mismo orden, mencioné la Acordada n° 29.318 y su anexo «Programa de capacitación permanente para la incorporación de la perspectiva de género en el marco de la Suprema Corte de Justicia» del 3 de septiembre de 2019, que en aras del principio de igualdad y de la prohibición de discriminación, dispuso una serie de acciones concretas para asegurar la igualdad real en las relaciones interpersonales.

Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto.

Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las **condiciones de vulnerabilidad** de las personas involucradas.

En definitiva considero que la trascendencia de la ley 26.485 radica no en conformar un estatus jurídico distinto aplicable a la mujer, sino que mediante la capacitación dirigida a los funcionarios públicos y, en lo que aquí interesa a funcionarios y magistrados del poder judicial, se otorgue una nueva perspectiva para valorar los elementos probatorios.

Esto es una mirada llevada a cabo bajo el prisma de la igualdad consagrada en la normativa nacional, despojada de estereotipos y prácticas relacionadas con la cultura jurídica patriarcal -inquisitiva, plasmada en usos y costumbres que importaron e importan prácticas que impiden poner en contexto los medios convictivos al momento de su ponderación.

Estas consideraciones, como adelanté, las entiendo plenamente aplicables al caso por cuanto nos encontramos frente a un supuesto de violencia de género en donde el tribunal de instancia anterior ha tenido en cuenta los parámetros antes referidos al momento de la ponderación de los elementos de prueba obrantes en la causa.

Al efecto el a quo no sólo valoró cada elemento probatorio en sí mismo sino que, además, los cotejó con el resto del cuadro probatorio, circunstancias que abonan la hipótesis sostenida por la acusación, sin que la versión defensiva aportada por C. C. cuente con elementos que la sustenten.

De tal manera, los medios convictivos incorporados al proceso han sido valorados adecuada e integralmente por el juez sentenciante para llegar a la condena que aquí se cuestiona sin que los cuestionamientos alegados por el recurrente logren superar la explicación plausible brindada al efecto.

En definitiva, los cuestionamientos formulados por el recurrente no resultan más que la discrepancia con el resultado de la labor de valoración de la prueba incorporada al proceso, que resulta contrario a los intereses de su parte y que, como se explicó, no pueden tener acogida favorable.

Finalmente y toda vez que el planteo nulificadorio propuesto por el defensor técnico de C. se deriva de la –a su criterio– falta de valoración integral de la prueba y ausencia de observancia de las reglas de la sana crítica racional, que como señalé no se verifica, también tal queja debe ser rechazada.

Por ello y, opinión concordante del señor Procurador General, corresponde rechazar el recurso de casación promovido y confirmar la resolución impugnada. Por lo expuesto y de conformidad con lo dictaminado por el Procurador General corresponde rechazar el recurso casatorio promovido. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Analizado el acto sentencial cuestionado y el recurso de casación promovido coincido con las razones en base a las cuales el ministro preopinante, entiende que corresponde desestimar los agravios esgrimidos por la defensa de M. A.C. C. y confirmar la resolución.

Entiendo oportuno señalar que advierto, como en ocasiones anteriores lo he referido (**vgr.«Larrué»**), que la víctima R. A. C. pertenece a un sector vulnerable de la población.

Por este motivo es que considero pertinente formular algunas consideraciones en torno a los compromisos asumidos por el Estado argentino a fin de asegurar un efectivo acceso a la justicia (arts. 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

En particular y en lo que respecta a la garantía de acceder a una investigación penal seria en relación a un delito cometido en ámbitos de incumbencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos –esto, en el pleno entendimiento de la condición de obligación de medios que rige a su respecto–; considerando, a su vez, que la investigación criminal realizada en forma acorde a los mandatos de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos funge como una medida de reparación para la víctima y sus familiares, y como una garantía de derecho a la verdad.

Así y en atención a los estándares internacionales y regionales, R.A.C. fue víctima de abuso sexual por parte del imputado cuando era menor de edad, y resulta titular de una doble protección jurídica: por ser mujer y niña.

Se trata entonces de una doble condición de vulnerabilidad que la atraviesa, puesto que cada una de esas condiciones demandan una especial protección por parte de todos los agentes de la organización estatal, a fin de prevenir la violencia de la que históricamente han sido objeto; y de los operadores del derecho, quienes tienen la obligación de ser diligentes en la investigación, imprimiendo en el análisis de estos casos una lectura desde el enfoque de género, con el objeto de brindar una solución justa en cada caso.

Como he afirmado en pronunciamientos anteriores, en lo que respecta a la investigación criminal como garantía del derecho a la verdad, importa destacar que tanto la Corte como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH y CIDH respectivamente), han sostenido que el derecho a la verdad se vincula de manera directa con los derechos a las garantías judiciales y de protección judicial, los cuales se encuentran establecidos en los artículos XVIII y XXIV de la Declaración Americana, así como en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana (**Cfr. Informe CIDH, Derecho a la verdad en las Américas, 13 de agosto de 2014, párr. 66**).

Este compromiso importa que el Estado tiene la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para investigar seriamente lo sucedido y, en su caso, sancionar a los responsables de los hechos. Este derecho

no sólo pertenece a la víctima y sus familiares, sino también a la sociedad en su conjunto, cuando se han vulnerado derechos humanos (ver “Concha, Jesús y ots.”, CUIJ:13-04292884- 9/1).

La Corte IDH en el «Caso Bámaca Velázquez vs. Guatemala», se pronunció por primera vez en este sentido, reconociendo expresamente que el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de las víctimas o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que provienen de los derechos a las garantías judiciales y protección judicial, establecidos en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana (Cfr. Corte IDH, **Caso Bámaca Velázquez vs. Guatemala, sentencia de 31 de enero de 2006, Serie C N° 70, párr.201**).

Expresamente señalé en tal oportunidad que «[e]n pos de lograr tal objetivo, la Corte IDH ha determinado que las autoridades encargadas de las investigaciones tienen el deber de asegurar que en el curso de las mismas se valoren los patrones sistemáticos que permitieron la vulneración a los derechos y garantías reconocidos en las convenciones. Sostuvo también, que para garantizar su efectividad, las investigaciones deben ser conducidas tomando en cuenta la complejidad de este tipo de hechos y de la estructura en la cual se ubican las personas probablemente involucradas en este tipo violaciones, de acuerdo al contexto en que ocurrieron, evitando así omisiones en la recaudación de prueba y en el seguimiento de líneas lógicas de investigación (Cfr. Informe CIDH, **Derecho a la verdad en las Américas, 13 de agosto de 2014, párr.78**)».

De tal manera, considero que con el objeto de lograr una mayor comprensión de la problemática es necesario analizar el tema partiendo de dos premisas fundamentales: i) la violencia sexual contra niñas y mujeres es una de las manifestaciones más claras de una cultura patriarcal que fomenta el control del cuerpo y la sexualidad de las mujeres; y ii) que los patrones de discriminación estructural que padecen las mujeres proveen el escenario donde se reproduce y fomenta la violencia sexual (cfr. CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; parr. 17).

Así, imprimir una lectura desde el enfoque de género en el caso que aquí se nos presenta, es necesario para lograr una solución justa. La violencia ejercida contra las mujeres en razón de su género ha merecido un especial amparo, a nivel supranacional a través de la «La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer» (Convención de Belém do Pará), a la cual adhirió nuestro país mediante la sanción de la ley N° 24.632, en donde se establecen las obligaciones del Estado respecto de la erradicación de la violencia de género.

Del mismo modo, las **100 Reglas de Brasilia** sobre el Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, adoptada durante la Cumbre Judicial Iberoamericana por los presidentes de las Supremas Cortes de Justicia, y aprobada por esta Corte mediante Acordada N° 24.023, tiene por objeto garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad y, entre ellas, a las mujeres, niñas y niños que forman parte de la población vulnerable por hallarse discriminadas en razón de su género.

A nivel nacional la Ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, estableció criterios en la interpretación de la prueba, que si bien constituyen pautas generales, importan un compromiso para el juzgador de valorar la prueba con perspectiva de género, es decir, con una mirada integral de la problemática, analizando las particularidades que presenta cada contexto en que se desarrolla el hecho. De esta manera el art. 16 de la referida normativa establece la garantía que la investigación se realice bajo un estándar de amplitud probatoria para acreditar los hechos «teniendo en cuenta las circunstancias

especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos», en tanto el art. 31 conmina a los operadores judiciales a que ponderen, en orden a acreditar que el hecho tuvo lugar en un contexto de violencia de género, todas las presunciones que se construyan a través de indicios graves, precisos y concordantes.

Por su parte, la jurisprudencia tanto en el sistema interamericano como a nivel nacional ha construido paulatinamente los lineamientos o estándares en la interpretación de la prueba en materia de género, reflejando en su análisis una visión integral de la temática y la especial ponderación del testimonio de la víctima (Cf. **Corte IDH, Caso del penal Castro Castro vs. Perú. Fondo, Reparación y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C N° 160; Corte IDH, Caso Rosendo Cantú vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C N° 216; Caso Fernández Ortega y otro vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C N° 215; y C.S.J.N. in re «Leiva, María Cecilia», entre otros).**

Examinada la sentencia criticada, considero que el tribunal sentenciante interpretó en forma satisfactoria los estándares probatorios delineados tanto en el sistema interamericano como en el orden nacional, toda vez que al momento de tener por acreditados los hechos de los que fue víctima R.A, valoró todos los elementos de juicio incorporados legítimamente al debate bajo los parámetros de valoración que impone la temática en estudio.

Finalmente, entiendo que una sentencia justa que ponga de manifiesto la verdad de los hechos, y la individualización y castigo de su responsable constituye per se una medida de reparación para la víctima y sus familiares.

En este sentido, la CIDH entendió que forma parte del derecho a la reparación por violaciones de los derechos humanos, en sus modalidades de satisfacción y garantías de no repetición, el derecho que tiene toda persona y la sociedad a conocer la verdad íntegra, completa y pública sobre los hechos ocurridos, sus circunstancias específicas y quienes participaron en ellos (**Cfr. CIDH, Informe N° 37/00, Caso 11.481, Monseñor Oscar Arnulfo Romero y Galdámez, El Salvador, 13 de abril de 2000, párr. 148).**

En este entendimiento, el ex juez interamericano Augusto Cancado Trindade en su voto razonado en el Caso Bulacio c/ Argentina, ya destacó que las reparaciones revisten un doble significado: uno proveer satisfacción a las víctimas, o sus familiares, cuyos derechos han sido violados, y dos, restablecer el orden jurídico quebrantado por dichas violaciones (Cfr. **Corte IDH, “Caso Bulacio c/ Argentina”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 18 de setiembre del 2003. Serie C, N°100.Voto razonado del Juez Cancado Trindade, párr. 37).**

Como conclusión, corresponde poner de relieve la importancia de que los operadores del derecho lleven adelante una investigación diligente y guiados por los particulares contextos en que se desarrollan los hechos violatorios de derechos humanos, y la aplicación de los estándares probatorias ya delineados a fin de obtener una decisión justa que determine la verdad de los hechos y, en su caso, el castigo de sus responsables.

Todo ello implica, en definitiva, y como medida de reparación, poner en valor a las personas como titulares de los derechos reconocidos en las convenciones de derechos humanos. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Puesto a resolver el recurso casatorio promovido coincido con la solución a la que llega mi colega preopinante y, en cuanto a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género, me remito a lo oportunamente

señalado en «**Di Cesare Morales**» y «**Mejía Salvador**» por resultar aplicable en ese aspecto el presente caso.

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

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

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

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

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

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación promovido a fs. 621/643 vta. por la defensa de M. A.C. C..
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad..
- 3.- Tener presente la reserva federal efectuada.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen a sus efectos.

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

4- LUQUEZ. 20-02-20.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200220_FcLMD.pdf

Lex: Art. 119, 3° párrafo en función con el 4° párrafo inc. b del CP

Vox: VG . VS. NNA. Abuso sexual. Acceso carnal. Vínculo. Número indeterminado de hechos.

Summa:

El TPC condenó al señalado a la pena de **catorce años de prisión** por el delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por el vínculo en un número indeterminado de hechos (art. 119 3° párrafo en función con el cuarto párrafo inc. b del CP). SP tenía 8 años cuando comenzaron los abusos.

La **defensa** interpone recurso de casación.

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

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 538, pronunciada por el TPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Voto Dr. Adaro.

I- Valoración probatoria en materia de violencia de género. **Perspectiva de género:**

- Merlo Donaire. 08-03-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190308_FcMDJ.pdf
- Galdeano Reyes. 31-07-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=242>
- Concha, Jesús. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- Merlo Lassa. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf

Voto Dr. Valerio.

I- Valoración probatoria en materia de violencia de género. **Perspectiva de género:**

- Morales Quiroga.
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Merlo Lassa. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=243>
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>

Voto Dr. Palermo.

I- Valoración probatoria en materia de violencia de género. **Perspectiva de género:**

- Di Cesare Morales. 26-06-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=156>
- Mejía Salvador. 10-09-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=197>

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

Fallo

CUIJ: 13-04801537-3/1((018602-115188)) FC/ L. M. D. H. P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO (115188) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104881386*

En Mendoza, a los veinte días del mes de febrero del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04801537-3/1, caratulada "F. C/ L. M., D. H. P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO POR EL VINCULO EN UN NUMERO INDETERMINADO DE HECHOS S/ CASACIÓN".

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

La defensa del imputado D. H. L. M. interpone recurso de casación contra la sentencia N° 538 (fs. 450 y vta.) y sus fundamentos, en cuanto condena al imputado a la pena de catorce años de prisión por el delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por el vínculo en un número indeterminado de hechos (art. 119 3° párrafo en función con el cuarto párrafo inc. b del CP), pronunciamiento dictado en la causa N° P-115.188/17 por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

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

I.- Sentencia Recurrída

La resolución establece, en lo que aquí respecta, que ha quedado acreditado en el debate que «... en fechas y horas no determinadas pero en el período comprendido entre el año 2011 y los primeros días del mes de agosto de 2017, el ahora imputado D. H. L. M, en su domicilio ubicado en el interior del Asentamiento ..., abuso sexualmente en un número indeterminado de veces de su hija B.V.T.L. con quien convivía en dicho período, desde que la menor tenía entre 8 y 9 años de edad, habiéndola penetrado vía vaginal y anal».

Para así decidir, el sentenciante valoró, entre los elementos de juicio más relevantes, las declaraciones testimoniales de la víctima, N.L. E., V. P. A., la licenciada Andrea Liliana Riverosel, los informes del Programa Provincial de Maltrato Infantil (PPMI) de fs. 29/30, el informe del Equipo de Abordaje del Abuso Sexual Infante-Juvenil (EPAASI) de fs. 83/84 y 226/227, el informe del Cuerpo Auxiliar Interdisciplinario de fs. 143, 301 y 320 y la pericia psicológica del Equipo de Abordaje de Abuso Sexual (EDEAAS) de fs. 343/344, y demás elementos de juicio incorporados al debate.

II.- Recurso de casación

La defensa plantea recurso de casación contra la resolución antes individualizada en razón de lo dispuesto por el art. 474 incs.1° y 2° del CPP, es decir, por adolecer el pronunciamiento cuestionado de vicios in iudicando y vicios in procedendo.

Luego de realizar una reseña parcial de los fundamentos en los que el juzgador fundó la responsabilidad penal de D. L. M por los hechos que resultó condenado, la defensa –en el aspecto formal–, sustenta su queja en la inobservancia del art. 416 inc. 4° del CPP por adolecer la sentencia cuestionada de motivación contradictoria, insuficiente y una interpretación arbitraria de las pruebas incorporadas al debate.

Alega en tal sentido, que el juez a quo sólo consideró los elementos de prueba cargosos, y realizó un análisis parcial de una prueba fundamental, esta es, la declaración de la supuesta víctima en Cámara Gesell.

Destaca que, en tal oportunidad, B. L. cambió en forma radical la versión de los hechos brindada en primera instancia, en tanto desvinculó como autor del hecho a su padre y sostuvo que fue con su primo con quien mantuvo relaciones sexuales.

Advierte que, como consecuencia de la pericia psicológica realizada con posterioridad a la declaración de B. L. en Cámara Gesell, existen dos pericias contradictorias.

Por una parte, la realizada por el cuerpo de psicólogos del EDEASS, quienes reiteraron la situación de retracción planteada en los primeros informes y dan crédito a los dichos brindados por la supuesta víctima en primera instancia, y el informe brindado por la perito de parte, licenciada Muñoz, quien sostuvo que el relato de la menor, en donde desvincula a su progenitor de los abusos, era creíble.

Valora también la declaración testimonial de la progenitora de B. L., quien refirió que su hija le manifestó en distintas ocasiones la versión de los hechos sostenida por ésta en Cámara Gesell.

Del mismo modo, considera el testimonio de L.N. A., tía de la supuesta víctima y madre de D., quien reconoció que su hijo le manifestó que había tenido relaciones con su prima B., pero sin acceso carnal. Agrega que esto es factible ya que ambos viven en un asentamiento donde las viviendas están conectadas por un patio en común, por lo que el trato entre ambas familias es cotidiano.

Destaca también el informe físico del Cuerpo Médico Forense de donde se desprende que la menor presenta himen desflorado de antigua data, no pudiendo establecerse el tiempo de ocurrencia de este hecho, como así también, que la lesión detectada en el ano puede deberse a distintos factores, conclusiones que –según entiende el censurante– no contribuyen al descubrimiento de la verdad de los hechos investigados.

Concluye que los fundamentos que sustentan la sentencia condenatoria se aferran sólo a los testimonios, pericias e informes cargosos, por lo que los fundamentos del dictum cuestionado se presentan como arbitrarios y no de adecuan a las reglas que rigen la sana crítica racional.

Formula reserva del caso federal.

III.- Dictamen del Procurador General

El señor Procurador General estima que el recurso de casación interpuesto por la defensa del imputado no puede prosperar, en tanto no se advierte en la sentencia cuestionada una inobservancia de las normas que pudiera acarrear la nulidad, debiendo confirmarse la validez de la sentencia.

Señala que de la lectura de los fundamentos de la resolución cuestionada se advierte que para arribar a la certeza acerca de la existencia material de los hechos y la autoría del imputado, el plexo probatorio fue analizado y cotejado en su totalidad por el juzgador.

Destaca que el a quo valoró debidamente la retracción de la menor, la declaración de la perito de control, Lic. Mariana Muñoz, y la declaración de la madre de la víctima, V. P.A..

Refiere que se advirtieron indicadores de abuso en la víctima, según se extrae de los testimonios de A.C. y la Lic. María Chahla. Agrega que también se valoró que las retracciones de los niños abusados son muy habituales, ya que son situaciones de acomodación por hechos que ocurren en el ámbito familiar.

Concluye que la sentencia atacada se encuentra debidamente motivada, por lo que el planteo de la defensa es infundado y no debe prosperar.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

En adelanto de las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso de casación articulado debe ser rechazado en tanto no logra desvirtuar la validez de la sentencia condenatoria impugnada.

De manera previa, cabe aclarar que si bien la defensa ha aludido a que su presentación se encuentra fundada en las causales previstas en el art. 474 incs. 1 y 2 del CPP, en esencia, su recurso contiene sólo agravios de carácter formal.

Por ello, en lo que sigue me abocaré a explicar por qué los vicios invocados no pueden ser recibidos en tanto, y tal como adelantara, no advierto en la sentencia cuestionada vicios capaces de calificarla como un acto jurisdiccional inválido.

De este modo, del análisis del fallo cuestionado y la impugnación formulada, advierto que la crítica casatoria no resulta ser más que el disenso con las conclusiones a las que llegó el sentenciante, fundada en una valoración probatoria efectuada desde la perspectiva propia de su rol, más no desde una visión integral de los hechos sometidos a juzgamiento.

Además, se advierte que el recurrente reedita todos y cada uno de los argumentos expuestos al tiempo de formular sus alegatos de clausura, los que fueron debidamente tratados y resueltos en la sentencia que cuestiona, sin incorporar fundamentos sólidos y convincentes que habiliten su revocación.

En primer orden, me interesa destacar las particularidades que deben considerarse en la valoración de los elementos de prueba en hechos acontecidos en un contexto de violencia de género, a los que ya me he referido en numerosos pronunciamientos (ver «**Galdeano Reyes**», «**Merlo Lassa**», «**Concha, Jesús**», **entre otros**).

En esta última oportunidad señalé en relación a esta forma de manifestación de violencia contra las niñas que «se trata entonces de una doble condición de vulnerabilidad que la atraviesa, por cuanto cada una de dichas condiciones demandan una especial protección por parte de todos los agentes de la organización estatal, a fin de prevenir la violencia de la que históricamente han sido objeto; y de los operadores del derecho, quienes tienen la obligación de ser diligentes en la investigación, imprimiendo en el análisis de estos casos una lectura desde el enfoque de género, con el objeto de brindar una solución justa en cada caso».

En función de lo señalado sostuve que «a fin de tener una mayor comprensión de esta problemática, debemos analizar el tema a partir de dos premisas fundamentales: i) la violencia sexual contra niñas y mujeres es una de las manifestaciones más claras de una cultura patriarcal que fomenta el control del cuerpo y la sexualidad de las mujeres; y ii) que los patrones de discriminación estructural que padecen las mujeres proveen el escenario donde se reproduce y fomenta la violencia sexual (cfr. **CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; parr. 17**)».

Por su parte, conviene recordar que a nivel nacional la Ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, estableció criterios en la interpretación de la prueba, que si bien constituyen pautas generales, importan un compromiso para el juzgador de valorar la prueba con perspectiva de género, es decir, con una mirada integral de la problemática, analizando las particularidades que presenta cada contexto en que se desarrolla el hecho. De esta manera el art. 16 de la referida normativa establece la garantía que la investigación se realice bajo un estándar de amplitud probatoria para acreditar los hechos «teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes

son sus naturales testigos», en tanto el art. 31 conmina a los operadores judiciales a que ponderen, en orden a acreditar que el hecho tuvo lugar en un contexto de violencia de género, todas las presunciones que se construyan a través de indicios graves, precisos y concordantes.

A su vez, debe señalarse que la jurisprudencia tanto en el sistema interamericano como a nivel nacional ha construido paulatinamente los lineamientos o estándares en la interpretación de la prueba en materia de género, reflejando en su análisis una visión integral de la temática y la especial ponderación del testimonio de la víctima (cf. Corte IDH, **Caso del penal Castro Castro vs. Perú. Fondo, Reparación y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C N° 160**; Corte IDH, **Caso Rosendo Cantú vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C N° 216**; Caso Fernández Ortega y otro vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C N° 215; y C.S.J.N. in re “Leiva, María Cecilia”, entre otros).

En este entendimiento, considero que el tribunal sentenciante interpretó en forma satisfactoria los estándares probatorios delineados tanto en el sistema interamericano como en el orden nacional, en tanto para la acreditación de los hechos constitutivos de la agresión sufrida por la víctima, ponderó todos los elementos de juicio incorporados legítimamente al debate bajo los parámetros de valoración que impone la temática en estudio.

De este modo, la versión de los hechos brindada por la niña B. L. en los primeros momentos de la investigación resultó relevante para el juzgador a fin de determinar la dinámica de los hechos investigados y la intervención que le cupo al imputado.

Así el sentenciante valoró como relevante que la investigación de la presente causa se inició a partir del conocimiento que sobre los hechos de abuso tomó la maestra de la víctima, N.L.E., en el marco de un taller de educación sexual que se desarrolló en el colegio donde asiste la víctima.

Destacó el sentenciante que la testigo aseguró que «...le creyó (a B. L.), que cuando hablaba estaba muy angustiada, la notó muy genuina. Que le preguntó si había sido otra persona, amigos, primos, vecinos y me dijo que fue el papá».

Al respecto, ponderó el juez a quo que «la consistencia del relato de la citada profesora, quien expresó lo que le refirió la niña en la clase de taller de educación sexual, tiene apoyo en los informes del Programa Provincial de Maltrato Infantil (PPMI) de fs. 29/30, el informe del EPAASI de fs. 83/84;226/227, el informe del Cuerpo Auxiliar Interdisciplinario de fs. 143 vta., 301/302 vta., 320 y vta. y la pericia psicológica de EDEAAS de fs. 343/344» (fundamentos de fs. 451 y ta.).

De los distintos informes referidos se desprende que la víctima B. L. sindicó a su progenitor, el imputado D. L. M, como el autor de los abusos de los cuales fue víctima desde que tenía la edad de ocho o nueve años, como así también, la credibilidad de su relato y la presencia de indicadores psicológicos compatibles con abuso sexual infantil, elementos de juicio que no constituyen objeto de agravio en esta instancia recursiva, y contribuyeron en forma relevante a la formación de la convicción del juzgador sobre la ocurrencia de los hechos y la participación de L. M como su autor.

Llegados a este punto, ingresare en el análisis particular de los agravios expuestos por el recurrente, los que –tal como adelantara– no han logrado demostrar la arbitrariedad de la sentencia que pretende impugnar. Ante todo debo señalar que los distintos agravios expresados por el censurante se dirigen, en definitiva, a destacar la declaración testimonial brindada por la niña B. L. en Cámara Gesell, ocasión en que desvinculó a su progenitor de los abusos de los que manifestó ser víctima en forma primigenia, otorgándole la defensa preeminencia a esta versión de los hechos.

Alega en tal sentido, la existencia de dos informes psicológicos contradictorias que fueron realizados con posterioridad a la retracción de la víctima, el brindado por el EDEAAS, en donde se reiteró la situación de retracción planteada en los primeros informes, y lo informado por la perito de parte, Lic. Mariana Muñoz, quien consideró creíble la nueva versión de los hechos sostenida por B.L. en Cámara Gesell.

Entiendo que el agravio esgrimido en este sentido no puede prosperar, por cuanto amen de omitir el censurante toda consideración en relación a las probanzas reseñadas precedentemente, las que dan sustento a la versión primigenia de los hechos, el sentenciante brindo suficientes razones para superar la retracción realizada por la víctima en su declaración testimonial.

De este modo, el juez de sentencia ponderó lo informado por los profesionales del EPAASI en los primeros momentos de la investigación y con anterioridad a la declaración de la víctima, quienes indicaron la existencia de abusos crónicos y sistemáticos, y que era factible una posible retracción de la menor debido a sentimientos de añoranza y deseos que su padre no se encuentre privado de su libertad. Entendió el a quo que «este pronóstico de retracción de la menor se concretó en su declaración efectuada en Cámara Gesell ... en la cual refirió que en realidad tuvo relaciones sexuales con su primo D.» (fundamentos de fs. 451 vta.).

Valoró en este sentido además que la Lic. Andrea Riveros del equipo del EDEAAS, quien tuvo a su cargo la pericia realizada a B.L. con posterioridad a su declaración en Cámara Gesell, sostuvo en audiencia de debate que «...el primer relato de la menor (cuando indicó que era el padre quien abusaba de ella) es confiable por sus indicadores y criterios tenidos en cuenta, como la coherencia del relato, su consistencia, los detalles contextuales y situacionales. Su relato es creíble y el develamiento del hecho es esperable que haya sucedido en la escuela, que se advirtió un rol materno no protector y consumos de droga y alcohol por parte del progenitor, como también indiferencia» (fundamentos de fs.452).

En relación a la retracción de la víctima, el juez de sentencia valoró lo manifestado por la Lic. Riveros en cuanto sostuvo que advirtió que la niña se sentía presionada por la madre, como así también, la falta de recursos de ésta para sostener el grupo familiar y el sentimiento de culpa que generaba en la niña el haber denunciado al padre. Comparto las apreciaciones formuladas por el juzgador en tanto –según entiendo– la violencia económica es una forma de control y de manipulación que ejerce el hombre sobre la mujer en una sociedad estructuralmente desigual. Al respecto, en la **causa «Muñoz García»** sostuve que «...la violencia económica, ha sido expresamente reconocida como una de las manifestaciones de violencia contra la mujer (art. 5, Convención Belem Do Pará; art. 4, ley 26.485).

Por su parte, el Comité de la CEDAW, en la Recomendación n° 19, afirma que la violencia contra las mujeres es una forma de discriminación que inhibe gravemente la capacidad de éstas para gozar de sus derechos y libertades en pie de igualdad con los varones. Entre las observaciones refiere que «la falta de independencia económica obliga a muchas mujeres a permanecer en situaciones violentas...». Por otro lado, destacó también el sentenciante que la víctima –según las conclusiones de la perito– no tenía ningún fin ganancial para denunciar al padre y que en relación al nuevo relato, en donde desvinculó a su padre y sindicó a su primo como autor de los hechos, no presentaba indicadores de credibilidad. En relación a las conclusiones de la perito de parte, Lic. Mariana Muñoz, y en las que la defensa sostiene su hipótesis defensiva, destacó el a quo que la perito, si bien en su declaración en audiencia de debate ratifico su informe de fs. 345/346 donde sostuvo la credibilidad del relato de la víctima en Cámara Gesell, luego de ser interrogada en tal oportunidad, concluyó que «no descarta que haya tenido relaciones sexuales con su padre ni con su primo» (fundamentos de fs. 452 vta.).

Por otro lado, el sentenciante consideró en este punto –acertadamente a mi criterio– que la perito «además, respondió que no leyó el expediente, ni los informes agregados y tampoco vio las declaraciones de B. en Cámara Gesell» (fundamentos de fs. 452 vta.).

Tampoco puede prosperar el agravio vinculado a que esta nueva versión de los hechos tuvo sustento probatorio en la declaración testimonial de la progenitora de B.L, V.P.A., y lo declarado por su tía y madre de D., L. N. A., con quien –según lo manifestado por la víctima– habría mantenido relaciones sexuales.

Ello por cuanto, el censurante realiza un análisis parcial de lo manifestado por las testigos y lo acontecido en audiencia de debate. En efecto, el juez de sentencia destacó que la testigo V.P.A. al declarar en audiencia de debate, dio una versión distinta a la brindada en los primeros momentos de la investigación, siguiendo –de este modo– la retracción de B. en relación al autor del hecho.

Agregó el a quo que al destacar a la testigo esta contradicción, ésta ratifico que lo declarado con anterioridad era cierto, en el sentido que su hija le manifestó que su padre había abusado de ella, pero que no le había creído porque era mentirosa y no pasaba tiempo a solas con su padre.

Agregó la testigo que su hija le contó en el hospital que había tenido relaciones con su primo D. pero sin acceso carnal.

Esta última circunstancia también fue referida por L.N.A., madre de D, quien sostuvo el tipo de relación que mantuvo su hijo con B. Por último, entiendo que no puede tener acogida favorable al agravio vinculado al examen físico realizado a B. L..

Al respecto, el censurante entiende que las conclusiones del Cuerpo Médico Forense no serían útiles al esclarecimiento de los hechos. Ahora bien, tal como lo destacó el a quo –acertadamente a mi criterio–, el acceso carnal referido por la niña B. L. resulta compatible con el examen ginecológico, en cuanto se determinó que la víctima presenta himen desflorado de antigua data, como así también, lesiones en la zona anal.

No obstante ello, es dable destacar que el caudal probatorio cargoso valorado para concluir sobre la ocurrencia de los hechos y la autoría del imputado L. M no sólo se nutre del referido examen físico, el que constituyó para el juzgador un indicio más dentro del acervo probatorio, sino principalmente de otros elementos de juicio que la defensa no ha logrado controvertir efectivamente, tal como lo analicé precedentemente.

En definitiva, de lo expuesto surge que el Tribunal de juicio en base a los elementos de prueba antes detallados, llegó a la certeza necesaria en esta etapa procesal –sin que pueda predicarse la existencia de una duda razonable que habilitara la aplicación del principio in dubio pro reo– para adoptar la decisión que aquí se cuestiona, plasmando su análisis en una resolución sin arbitrariedades y motivada de una manera lógica y convincente en cuanto a la acreditación de los hechos y la intervención de L. M en los hechos objeto del proceso.

Por todo ello, y en opinión concordante del Procurador General, corresponde contestar negativamente la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazar el recurso interpuesto. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Comparto las conclusiones a las que llega mi colega de Sala preopinante en cuanto a la improcedencia sustancial del recurso interpuesto. Ahora bien, en relación a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género entiendo oportuno remitirme a lo que he referido en los precedentes «**Morales Quiroga**», «**Cruz Caporiccio**», «**Merlo Lassa**», «**Ojeda Pérez**» y «**Vázquez Tumbarello**».

En particular, en esta última ocasión sostuve que «[...] comparto que aquella concepción según la cual la perspectiva o visión de género es una “categoría analítica que toma los estudios que surgen desde las diferentes vertientes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma, cuestionar los estereotipos y elaborar nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad al servicio de la igualdad y la equidad” (UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017).

Destaco la idea de igualdad contenido en la definición en tanto se encuentra no sólo consagrada expresamente en el texto constitucional (art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza), sino, también, en el ámbito de la normativa internacional. Así, entre otros, la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” - Belem Do Pará - , garantiza que toda mujer tiene “el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley” (art. 4, inc. “f”).

En esta misma oportunidad destacué que «[...] en nuestro ordenamiento interno, la ley nacional 26.485 es una norma orientada pura y exclusivamente a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las "mujeres". En tal sentido, entre sus objetivos primordiales, el propio texto promueve y garantiza “la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida”, “el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia”, “las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos”, como también, “la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres”(art 2, inc. a, b, c y e respectivamente)».

Así, «[...] ese texto normativo vino a imponer un verdadero “deber jurídico” para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas.

Sus destinatarios directos son aquellos sujetos que integran los órganos decisores en el marco de los procesos judiciales penales, ya sea por el lado de quienes resultan facultados para disponer sobre el curso de investigación, como también, respecto de quienes son los encargados de su juzgamiento».

Ese deber jurídico no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley. Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que «[l]os organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativos, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional...los siguientes derechos y garantías: i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son su naturales testigos [...]» (art. 16). Junto a esta norma aparecen las disposiciones del art. 31 en cuanto establece el principio de «libertad probatoria». En función de lo señalado agregué que «[...] el texto legal vigente no introduce un nuevo método de valoración probatoria para los casos de violencia de género, puesto que siempre la prueba debe valorarse conforme al sistema de la sana crítica racional (art. 206 y 409 del CPP)». Con lo cual, las referencias de la legislación vigente sobre esta cuestión se justifica ante la necesidad de evitar que los órganos jurisdiccionales decisores puedan apartarse en sus resoluciones del contexto fáctico que resulta propio a este género de conductas delictivas. De este modo, «[...] el acierto de la ley consistió en establecer, en forma igualitaria, un método de valoración que evite la discriminación que en ocasiones ocurría por prácticas derivadas de la cultura jurídica patriarcal inquisitiva, que se transformaron en consuetudinarias, y que era necesario erradicar. Repárese que es la propia Convención Belem Do Pará donde se fija, como un deber de los Estados el “tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o

abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer” (art. 7, inc. “e”),

Ello no resulta novedoso para la labor jurisdiccional, puesto que siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba – objetivos y subjetivos- a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento». Por ello destaco la relevancia de la ley 27.499 «Ley Micaela», en tanto dispuso la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra la mujer para todas las personas que desempeñen la función pública, en cumplimiento del objetivo señalado. En este mismo orden, corresponde también mencionar la Acordada n° 29.318 y su anexo «Programa de capacitación permanente para la incorporación de la perspectiva de género en el marco de la Suprema Corte de Justicia» del 3 de septiembre de 2019, instrumentos que en aras del principio de igualdad y de la prohibición de discriminación, dispone una serie de acciones concretas para asegurar la igualdad real en las relaciones interpersonales (**ver al respecto «Vazquez Tumbarello»**).

Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto.

Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas. Conforme a ello «[...] es el contexto en el que se inserta el hecho delictivo el que viene a determinar el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio. Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres el testimonio de la víctima ostenta un valor fundamental en la comprobación de los extremos de una imputación delictiva, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la responsabilidad penal derivada del mismo».

Es por todo ello que concluí en aquella oportunidad que uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo. A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables.

Estas consideraciones, como adelanté, las entiendo plenamente aplicables al caso por cuanto nos encontramos frente a un supuesto de violencia de género en donde el tribunal de instancia anterior ha tenido en cuenta los parámetros antes referidos al momento de la ponderación contextual de los elementos de prueba obrantes en la causa, particularmente la versión de los hechos brindada en forma primigenia por la víctima, y los distintos informes que dan cuenta de la credibilidad de su relato y de la existencia de abusos por parte de su progenitor. Ello conlleva al rechazo, en esta instancia, del recurso interpuesto por la defensa por lo que considero que debe contestarse de manera negativa la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Puesto a resolver el recurso casatorio promovido coincido con la solución a la que llegan mis colegas preopinantes y, en cuanto a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género, me remito a lo oportunamente señalado en **«Di Cesare Morales»** y **«Mejía Salvador»** por resultar aplicable en ese aspecto el presente caso. ASÍ VOTO.

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

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

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

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se terminó el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación deducido a fs. 455/463 vta. por la defensa técnica de D. H. L. M y, en consecuencia, confirmar la sentencia N° 538 dictada por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial.
- 2- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

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

5- CORTEZ. 28-02-20.

| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
|----|------|----|------|--------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|-------------|---|------------|
| VG | Par. | - | | PCE | - | - | A | - | CR | - | - | - | - | 474 -2° |

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200228_FcCCL.pdf

Lex: Art. 119, 2° y 3° párrafo, 149 bis, 2° párrafo, 55 del CP

Vox: VG. Abuso sexual. Acceso carnal. Gravemente ultrajante. Amenazas coactivas. Concurso real. Video. Filmación. Pareja. Estado de inconsciencia del SP. Consentimiento.

Summa:

El TPC condenó al señalado a la pena de **siete años de prisión** como autor penalmente responsable de los delitos de abuso sexual con acceso carnal –dos hechos–, abuso sexual gravemente ultrajante –un hecho– y amenazas coactivas, todos estos delitos en concurso real (art. 119 párr. 3; art. 119 párr. 2, art. 149 bis párr. 2 y art. 55 del Código Penal).

La **defensa** interpone recurso de casación.

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

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1199 (27-05-19), pronunciada por el TPC N°1-3° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Voto Dr. Valerio:

I- Valoración probatoria en materia de violencia de género. **Perspectiva de género:**

- Morales Quiroga.
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Merlo Lassa. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=243>
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>

Voto Dr. Palermo.

I- Valoración probatoria en materia de violencia de género. **Perspectiva de género:**

- Di Cesare Morales. 26-06-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=156>
- Mejía Salvador. 10-09-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=197>
- Narvaez Videla. 23-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191223_FcNVJ.pdf

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

Fallo.

CUIJ: 13-04844700-1/1((018601-20038)) F C/ C. C. L. P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL - TRES HECHOS - EN CONCURSO REAL CON AMENAZAS COACTIVAS P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104926741*

En Mendoza, a los veintiocho días del mes de febrero del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04844700-1/1, caratulada “F. C/ C., C. L. P/ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL –TRES HECHOS– EN CONCURSO REAL CON AMENAZAS COACTIVAS S/ CASACIÓN”.

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

La defensa de C. L. C. R. interpone recurso extraordinario de casación (fs. 83/93 vta. del legajo n° 20038/18) contra la sentencia N° 1199 de fecha 27 de mayo de 2019 (fs. 298/299 de los principales) y sus fundamentos (fs. 300/304 vta.), mediante la cual condenó al nombrado a la pena de siete años de prisión como autor penalmente responsable de los delitos de abuso sexual con acceso carnal –dos hechos–, abuso sexual gravemente ultrajante –un hecho– y amenazas coactivas, todos estos delitos en concurso real (art. 119 párr. 3; art. 119 párr. 2, art. 149 bis párr. 2 y art. 55 del Código Penal).

El pronunciamiento fue dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Tercera Circunscripción Judicial. De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas y honorarios.

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

1.- La resolución recurrida

El tribunal impugnado, actuando en forma unipersonal, resolvió del modo precedentemente señalado, por entender acreditado que «el día 11 de enero de 2018, en horas de la noche, el encartado C. C. L., aprovechándose del estado de inconsciencia en que se encontraba J. Y. S. en el dormitorio de su domicilio sito en calle ... de la Ciudad ..., el cual compartía con su ex pareja C. C. L., éste le bajó el pantalón y la bombacha y le introdujo sus dedos y su lengua en la vagina, tras lo cual frotó su lengua en la zona anal de la víctima, quedando este acto registrado en un video que el imputado realizó con su celular.

Asimismo, el día 29 de enero de 2018, sin poder precisar la hora con exactitud, en el domicilio ya citado, C. C. L., aprovechándose del estado de inconsciencia de S., se dirigió al dormitorio donde se encontraba dormida, le bajó el pantalón y la bombacha, y le frotó su lengua en la zona anal de la víctima, quedando este acto registrado en un video que el imputado realizó con su celular. Luego, el día 30 de Enero de 2018, sin poder precisar el horario con exactitud, en el domicilio ya citado, C. C. L., se dirigió al dormitorio donde ésta se encontraba dormida y en estado de inconsciencia, le bajó el escote de la musculosa que tenía puesta, y con su mano le tocó los senos y le succionó uno de ellos, tras lo cual le bajó la bombacha, y le frotó su lengua en la zona anal y en la vagina de la víctima, y a continuación le introdujo sus dedos en la vagina y se masturbó, mientras manifestaba: “así que vos decías que ni cojo, mira cómo te cojo y vos ni te enteras así que te coge solamente el S., mira cómo te cojo yo.uedando este acto registrado en un video que el imputado realizó con su celular.

Posteriormente, el día 10 de marzo de 2018, siendo aproximadamente las 16:30 hs., en el domicilio antes mencionado, y habiendo antes tomado conocimiento la víctima de los hechos antes detallados y que los mismos habían sido filmados por C. C. L., éste le manifestó “No muestres los videos, ni me denuncies porque ya sabes lo que te va a pasar, te voy a matar”» (ver fundamentos, fs. 302 vta. /303). Para decidir de este modo el tribunal valoró, entre otros elementos, la denuncia (fs. 01/03), los videos que fueron rescatados del celular del acusado y entregados por la víctima (fs. 9/10), como también los informes obrantes a fs. 46, fs. 97/100, fs. 186. y fs. 247.

2.- Recurso de Casación

La defensa de C. R. promueve su impugnación contra la sentencia arriba individualizada a tenor de lo dispuesto por el art. 474 inc 2° del CPP., esto es, por considerar que existen vicios in procedendo que la descalifican como acto jurisdiccional válido.

En primer término, el recurrente señala que el tribunal de sentencia valoró de modo arbitrario la prueba rendida en las presentes actuaciones, siendo un vicio éste que determina la nulidad del pronunciamiento cuestionado por adolecer de una fundamentación insuficiente, de acuerdo a los términos previstos en el art. 416 inc. 4 de la ley adjetiva.

En apoyo a su tesis, argumenta que el delito por el que resultó condenado su defendido no ha podido ser demostrado más allá de toda duda razonable.

Según lo expresa en su escrito, considera que el juzgador no sólo se valió de argumentos contradictorios para justificar su análisis de los hechos sino que, además, valoró de modo parcial aquellos testimonios recogidos durante la audiencia de debate, obviando de ellos elementos centrales que resultan fundamentales para entender la ausencia de dolo en la conducta de su representado.

Por un lado, señala que fue la propia denunciante quien manifestó ante el tribunal de juicio que en distintas oportunidades habían realizado esa práctica que consistía en filmarse con el teléfono celular, previo –debe comprenderse «luego»– de consumir alguna bebida alcohólica.

Además destaca que quedó acreditado que durante el mes de febrero del año 2018, la Sra. S. y el Sr. C. viajaron juntos de vacaciones a la ciudad de Mar del Plata, dato que no sólo demuestra que al momento de los hechos eran pareja sino que, además, genera un manto de duda sobre el quiebre de la relación.

En la misma línea, advierte que la afirmación de la víctima al decir que se sorprendió con la existencia de los videos en cuestión, resulta una teoría que no puede sostenerse con la certeza que requiere una sentencia condenatoria.

Considera que esa explicación pierde sentido con el testimonio del oficial de delitos tecnológicos, el Sr. Ricardo Peña, cuando sostuvo que al momento de evaluar los videos encontrados en el teléfono del acusado, esos archivos debieron ser recuperados con el sistema UFED porque se encontraban borrados de la tarjeta de memoria.

Así, no resulta posible explicar cómo hizo la denunciante para visualizar ese material, ratificando que conocía el contenido de esas imágenes antes de sustraer el teléfono del imputado.

Por lo tanto, considera que existen elementos para dudar acerca del estado de inconsciencia de la víctima y que, además, ratifican la versión del acusado.

Cuestiona la valoración del testimonio de J. A. C., ya que se trata de un testigo que no vio ni los videos ni los moretones que mencionó la víctima de un supuesto episodio de violencia anterior. Por otro lado, se refiere a la declaración del Lic. Vega del Cuerpo Médico Forense, quien realizara el examen psíquico al acusado.

Estima que su testimonio cobra especial relevancia cuando explica, a través de su primer informe, que el imputado no presentaba trastornos en la esfera psicosexual y que, si bien no descartaba conflictos sexuales, había constatado en aquél una internalización de pautas generales básicas en orden al comportamiento sexual con el sexo opuesto (fs. 106).

Pese a ello, advierte que esa información fue posteriormente relativizada por el mismo profesional en una ampliación posterior de su informe original.

Por lo que, a su criterio, no puede tenerse por acreditada la existencia de un conflicto sexual a partir de esas conclusiones como lo hace la sentencia, por no existir certeza sobre este extremo.

Por último, controvierte que la acción del acusado haya sido de carácter dolosa como lo postula el sentenciante.

Al respecto, señala que entre el imputado y la denunciante existía una relación de pareja que no sólo se mantuvo por más de diez años sino que, además, se encontraba vigente al momento en que sucedieron los hechos. A lo que agrega que la presunta víctima conocía de la existencia de esos videos antes de «robarlos».

Por lo que estos datos vienen a reforzar la versión dada por C. en su indagatoria cuando manifestó que mantenían relaciones sexuales normales con su pareja, y que la filmación del acto sexual consistía en una práctica normal entre ellos para luego visualizarlos al día siguiente.

Por ende, estima que resulta aplicable al caso lo que la doctrina denomina **como «error de tipo»**, ya que el acusado obró sobre la base del error de creer que mantenía relaciones sexuales con su esposa, quien de manera aparente al menos prestó su consentimiento para tales prácticas.

Por lo que concluye en afirmar que, descartado el dolo, también se elimina la punibilidad, ya que se trata de conductas atípicas.

En segundo término, y de manera subsidiaria a la queja sobre la valoración de la prueba, el letrado defensor cuestiona el monto de pena aplicado a su representado.

En ese orden, advierte que el tribunal de juicio no valoró adecuadamente las pautas moderadoras previstas en los arts. 40 y 41 del CP.

Específicamente expresa que no se valoró –como atenunante– la falta de antecedentes penales de su representado.

Por lo que, a su criterio, la sanción de siete años de prisión determinada en concreto en la sentencia, resulta absolutamente desproporcionada, arbitraria y desajustada a derecho, porque representa un incremento de un año sobre el mínimo legal previsto para el delito de abuso sexual agravado.

En función de todo ello, solicita se haga lugar al recurso de casación y se revoque la sentencia recurrida.

En subsidio, se reduzca sensiblemente la pena impuesta de acuerdo a la escala penal aplicable. Por entender comprometidas las garantías de defensa en juicio y debido proceso legal, formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador General expresa que corresponde rechazar el recurso de casación bajo estudio, en tanto la valoración del a quo ha privilegiado el testimonio directo de la víctima que ha relatado los hechos específicos por los cuales se condena al imputado, que son los distintos abusos sexuales que la denunciante relató y se encuentran acreditados con la prueba en video aportada.

En tal sentido, comparte con el sentenciante que en los videos aportados, la víctima aparece en un absoluto estado de inconsciencia.

A su vez, destaca el hecho de que quien graba su propia acción es el ahora imputado, de manera que esa conducta es unilateral y no hay participación de la víctima.

De este modo, advierte que la falta de consentimiento resulta clara y plenamente acreditada con la prueba que acompaña la causa.

En cuanto al agravio referido a que los videos fueron recuperados de la memoria SD por haber sido borrados, sostiene que es posible que ello se haya debido a que la denunciante los eliminó accidentalmente, ya que no puede explicarse cómo ofrecería como prueba los videos que no vio.

Expresa que la valoración que hace la defensa sobre la declaración del Lic. Vega es parcial ya que no considera su concordancia con posibles conflictos sexuales.

Por último, manifiesta que el rechazo de los agravios en que funda la defensa el supuesto error de tipo, lo exime de tratar el andamiaje intelectual construido por la para favorecer la posición procesal del imputado.

Así, destaca que en los videos se registra a una mujer inconsciente sin posibilidad de defensa ante las acciones del imputado, por lo que en el estado descrito mal puede haber prestado consentimiento alguno.

Con relación al planteo subsidiario referido al monto de la pena, expresa que no resulta excesivo la aplicación de un año más del mínimo previsto para el delito, en atención a las características graves del mismo y la reiteración de los abusos, sumado al accionar del imputado sobre seguro, sin posibilidad de defensa de la víctima.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Analizado el recurso casatorio promovido por el defensor del imputado C. C. L. y el acto sentencial impugnado, entiendo que aquel no puede ser acogido favorablemente por cuanto –en mi opinión– la sentencia no adolece de ninguno de los vicios denunciados por el recurrente. Paso a explicarlo.

De forma preliminar he de señalar que la impugnación extraordinaria intentada resulta formalmente admisible.

Ello por cuanto, a tenor de lo establecido por los arts. 475, 477 en función del art. 476 inc. 2° y 478 inc. 1° del CPP., la misma ha sido promovida por quien presenta legitimación para hacerlo y, además, en contra de una resolución –sentencia– expresamente declarada impugnable.

A.- Siguiendo la estructura planteada en el recurso extraordinario en análisis, advierto que el agravio central que postula el recurrente luce enderezado a cuestionar, a través de diversos argumentos que serán detallados a continuación, la valoración de los elementos de prueba que acompañan la causa en cuanto al aspecto subjetivo de los comportamientos del acusado.

En efecto, el casacionista controvierte el grado de apoyo empírico que cada uno de ellos, según la sentencia, proporcionó a ese segmento de la hipótesis fáctica que presentó la parte acusadora en desmedro de la hipótesis alternativa que ofreció la parte defensiva.

Desde allí entiende que la decisión del magistrado interviniente de considerar que las acciones reprochadas a su asistido son dolosas, resulta ser la emergente de una valoración parcial y arbitraria de la prueba, alejada de las reglas que impone la sana crítica racional en la elaboración intelectual de las conclusiones del fallo en crisis, que determinan su anulación por falta o ausencia de motivación.

En este segmento de su impugnación, los puntos de agravios planteados por el censurante pueden ser resumidos del siguiente modo: (a) valoración fragmentada de las declaraciones testimoniales producidas durante el debate; (b) omisión de ponderación de aquellas constancias probatorias que favorecen al

encausado, particularmente de su declaración indagatoria brindada en el marco de la investigación penal preparatoria; y, (c) existencia de argumentos contradictorios que, en su conjunto, no permiten justificar la decisión –condenatoria– adoptada.

Ahora bien, tal como lo anticipara, este tramo de la queja resulta improcedente. E

llo en tanto, de acuerdo a los argumentos que serán desarrollados a continuación, opino que la resolución en análisis no padece defecto alguno y su motivación –aún cuando escueta– resulta suficiente para su mantenimiento como acto jurisdiccional válido, desde que no adolece de falencias que impliquen su anulación. Ello a la luz de la reiterada jurisprudencia de esta Sala, en el sentido que tales defectos, para conllevar tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros); lo que en la especie no ocurre.

Asimismo, es de resaltar que se ha dado cumplimiento a lo dispuesto por el **art. 411 inc 2 del CPP**, en cuanto a que la sentencia debe contener la exposición concisa de los motivos de hecho y de derecho en que se basen.

Conviene recordar aquí que un recurso de casación que invoca la infracción a las reglas de valoración de la prueba, para lograr conmover los fundamentos de la sentencia impugnada, debe contener el análisis de todo el cuadro convictivo evaluado y, en función de éste, tratado de manera concatenada, demostrar lo decisivo del vicio que se denuncia. Porque es sabido que arbitrariedad no significa mera disconformidad con la solución adoptada por el sentenciante.

De allí que resulte inconducente una argumentación impugnativa que, desde la órbita de lo que suponen los vicios formales, se contente sólo con reproches aislados o que tome las pruebas de manera desconectadas o que esgrima un defecto carente de trascendencia en una apreciación integrada de ellas. En tales supuestos, al no efectuarse un abordaje que agote las distintas premisas que sostienen la conclusión que causa agravio, la crítica del recurso no alcanza para enervar la fundamentación de la decisión del tribunal sentenciante.

Éste es el defecto que, precisamente, advierto en la presentación de la defensa en cuanto tacha de arbitraria e insuficiente la fundamentación de la sentencia.

A.1.- El correcto abordaje de la tarea de revisión que a continuación se efectuará, precisa reconocer que el caso bajo tratamiento presenta cualidades que deben ser resaltadas, pues ello hace a un adecuado y contextualizado control casatorio, a saber: se trata de delitos sexuales cometidos por un hombre contra una mujer dentro de un contexto de violencia de género.

En primer lugar, el caso nos sitúa dentro del ámbito de conductas delictivas –delitos contra la integridad sexual– que cuya comisión se desarrolla –habitualmente– en ámbitos de absoluta privacidad, intramuros o aislados, por resultar éstos proclives para la consumación delictiva.

Este aspecto provoca que sea poco usual contar con otros testigos directos del hecho además de la víctima.

En tal sentido, y si bien es cierto que nuestro ordenamiento procesal local establece el principio de libertad probatoria, por el cual todos los hechos y circunstancias puede probarse por cualquier medio de prueba lícito, siempre que resulte pertinente y vinculado con el objeto procesal (**art. 205 del CPP.**), surge como un dato no menos certero que, en casos como el de autos, el testimonio de la víctima adquiere un valor fundamental como dentro del proceso.

Ello se acentúa si consideramos que, además del ambiente en que usualmente se materializan, con frecuencia tampoco quedan evidencias físicas que sirvan para acreditar el hecho, tales como lesiones o vestigios de material genético.

Aunque si bien resulta ser prueba dirimente, cabe aclarar que el definitivo valor conviccional del relato de la víctima dependerá de la confirmación o corroboración de sus dichos a partir de la valoración integral y contextualizada de la totalidad de los elementos de prueba legalmente incorporados.

De este modo, puede afirmarse que en estos casos, cuando contamos con la declaración fiable de quien resultó víctima de una agresión sexual, que a su vez contiene una firme imputación contra el sujeto acusado, junto con la incorporación de indicios relevantes derivados de otras fuentes de prueba –testigos indirectos o de oídas, peritajes psicológicos y examen corporal tanto del imputado como de la persona damnificada, entre otros– este conjunto resulta imprescindible para comprobar la verdad de lo acontecido dentro de ese ámbito de reserva de intimidad.

Pero además de ello, el contexto fáctico y circunstancial en que se materializaron los comportamientos objeto del proceso permite visualizar que, además de tratarse de delitos de orden sexual, nos encontramos ante una víctima que es mujer, dentro del marco de una relación que, según los informes agregados a la causa, es de tipo disfuncional con el acusado (fs. 46).

Este componente nos obliga a cumplir, como operadores del sistema de administración de justicia, con todos y cada uno de los instrumentos nacionales e internacionales que regulan los casos de violencia en contexto de género. Lo que indudablemente tiene su incidencia en la tarea de valoración probatoria. Por ser así, entiendo oportuno recordar algunas breves consideraciones en orden a la valoración probatoria en los supuestos de violencia de género, fueron formuladas al expedirme en diversos precedentes (ver al respecto «**Ojeda Perez**»; «**Cruz Caporiccio**»; «**Merlo Lazza**», y más recientemente, «**Vázquez Tumbarello**», entre otros).

Particularmente en el **precedente «Ojeda Perez»** (sentencia leída el 22 de agosto de 2019) destacué la necesidad de que «el análisis del plexo probatorio reunido deba serlo teniendo en cuenta los diversos instrumentos internacionales vigentes en la materia, particularmente la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, “**Belem Do Pará**”, y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer “**CEDAW**”-; así como también, entre otras, las normas contenidas en la Ley N° 26.485 destinada a la protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres».

También consideré que ese texto normativo vino a imponer un verdadero «deber jurídico» para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas.

Obviamente que ese deber jurídico al que acabo de hacer referencia, no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley. Así es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que «los organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativos, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional [...] los siguientes derechos y garantías: i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son su naturales testigos [...]» (**art. 16**).

Estimé en aquella oportunidad y en función de lo reseñado que el texto legal vigente no introduce un nuevo método de valoración probatoria para los casos de violencia de género, puesto que siempre la prueba debe valorarse conforme al sistema de la sana crítica racional (**art. 206 y 409 del CPP**).

Es que, según entiendo, el acierto de la ley consistió en establecer, en forma igualitaria, un método de valoración que evite la discriminación que en ocasiones ocurría por prácticas derivadas de la cultura jurídica patriarcal inquisitiva, que se transformaron en consuetudinarias, y que era necesario erradicar.

En razón de las consideraciones señaladas, en el precedente de referencia concluí que aquel método de valoración no resulta novedoso para la labor jurisdiccional, puesto que siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba –objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento.

Asimismo, en el antecedente **«Vázquez Tumbarello» (sentencia leída el 10 de diciembre de 2019) destacó la relevancia de la ley 27.499 «Ley Micaela»**, en tanto dispuso la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra la mujer, para todas las personas que desempeñen la función pública, en cumplimiento del objetivo señalado. Como también, **la Acordada n° 29.318** y su anexo «Programa de capacitación permanente para la incorporación de la perspectiva de género en el marco de la Suprema Corte de Justicia» del 3 de septiembre de 2019, instrumentos que en aras del principio de igualdad y de la prohibición de discriminación, dispone una serie de acciones concretas para asegurar la igualdad real en las relaciones interpersonales.

Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto. Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas. De este modo, de acuerdo a la posición que asumiera quien suscribe en los lineamientos jurisprudenciales destacados, el análisis de todos los elementos de prueba que acompañan las presentes actuaciones, debe ser efectuado bajo estas perspectivas de interpretación, donde se contemple expresamente el contexto del caso, esto es, que se trata de un delito contra la integridad sexual enmarcado dentro de un contexto de violencia sexual contra la mujer. Por todo lo cual, el testimonio de la mujer víctima en las condiciones señaladas precedentemente, ostenta un valor dirimente.

A.2.- Sentado cuanto precede, e ingresando en el análisis de los **agravios formales** presentados por el impugnante, estimo que inversamente a sus pretensiones, el procedimiento de valoración probatoria no resulta arbitrario ni apartado de las reglas de la sana crítica racional.

Por el contrario, de conformidad con los lineamientos sobre valoración de la prueba con perspectiva de género antes expuestos, debe destacarse que el juez a quo asignó a los elementos probatorios un valor (o un desvalor) determinado con explicación concreta de las razones que motivan dicha asignación, labor que le permitió comprobar –acertadamente, a mi modo de ver– no sólo que los hechos existieron sino que, además, el autor actuó conociendo –y aprovechando– el estado de inconsciencia de la víctima y, por ende, de su falta de consentimiento libre y voluntario.

Para ello, el sentenciante otorgó plena credibilidad a la hipótesis acusatoria que constituyó la teoría del caso presentada por la representante del Ministerio Público Fiscal, en base a los siguientes elementos de prueba: (a) la declaración de la víctima; (b) la observación del material fílmico que fue obtenido del celular del acusado; (c) el informe que sobre ellos efectuó personal de la sección de delitos tecnológicos de la policía de Mendoza (fs. 97/100); (d) el informe del examen psíquico practicado a la víctima por el Dr. Carlos Sosa (fs. 46); y, por último, (e) el examen psicológico realizado al imputado por el Lic. Vega (fs. 186). En efecto, la sentencia tiene por probados los hechos investigados al considerar que su existencia material «surge claramente de la observación de los videos rescatados del celular del imputado y que fueron entregados por la víctima (fs. 9/10).

En dichas imágenes al menos se establecen tres hechos distintos e independientes entre sí, dado que se observa distinta ropa usada por S. y por C., y surgen de distintos videos realizados en diferentes horas (ver

informe de fs. 97/100)». A lo que agrega que «el descubrimiento por parte de S. de dichos videos, el no recordar las circunstancias de realización, y que de la observación de los mismos surge claramente su estado de ausencia de conciencia, lo que es corroborado por el informe del Dr. Sosa (fs. 46), me llevan a la conclusión que los hechos atribuidos son ciertos y que al ser descubierto C. amenaza a S., tal cual ella lo relata en la denuncia, pues es propio de su personalidad descrita en punto 6 del informe de fs. 186, a tal punto que llevan al Lic. Vega a sugerir tratamiento psicológico y psiquiátrico además del no acercamiento y contacto con la víctima» (ver fundamentos, fs. 76 y vta.).

En cuanto al carácter doloso de las conductas investigadas, concluyó en que el acusado, «con conocimiento que su accionar implicaba violación a la ley, actuó sin embargo con absoluta voluntad de realizar la conducta típica y antijurídica, esto es los tocamientos de contenido sexual con el objeto de ultrajar la intimidad sexual de la víctima en una ocasión, y con acceso carnal (introducción de dedos en la vagina) en dos ocasiones; y que al ser descubierto profiere dichos atentatorios contra la libertad de acción de S. al pretender impedir que la misma realice la denuncia bajo anuncio de darle muerte» (ver fundamentos, fs. 76 vta.).

Es precisamente contra este último tramo del razonamiento jurisdiccional en el que se inserta la queja del casacionista. Así, niega que en los comportamientos llevados a cabo por su representado se verifique el aspecto subjetivo –dolo– que permita encuadrarlos penalmente dentro de las figuras delictivas resistidas. Según su posición, se trataría de conductas atípicas por cuanto las prácticas sexuales de las que dan cuenta los videos analizados por el juzgador no sólo tuvieron lugar dentro del ámbito de una relación de pareja con la denunciante sino que, además, fueron consentidas por ésta o, cuanto menos, pudo el imputado haber creído que era así. Sin embargo, como lo anticipé, cabe referir que no se asiste razón a la defensa en cuanto a los argumentos que propone.

Según entiendo, la cuestión relativa al carácter doloso de los comportamientos juzgados ha quedado suficientemente demostrado en base a las probanzas reseñadas anteriormente, las que fueron acertadamente valoradas por el a quo de acuerdo a las reglas que impone el sistema de la sana crítica racional, y cuyo apartamiento el censurante no ha podido demostrar. Esos elementos de prueba, entre los que se destacan la declaración de la víctima y el material fílmico aportado a la causa, juntamente con los informes incorporados y los diversos indicios reunidos en la causa, conforman mérito suficiente como base fáctica y jurídica para concluir en la imposibilidad del acusado de interpretar –racionalmente y objetivamente– que, en los diversos momentos en que se cometieron los hechos, pudo desconocer la falta de consentimiento de la víctima.

Es decir, dado el contexto en el que se produjeron las agresiones sexuales, no existen siquiera mínimos indicios que determinen una falsa representación en la psiquis del agente, en el sentido de creer que los actos sexuales contaban con el consentimiento libre y voluntario de la víctima.

En este sentido, le asiste razón al sentenciante cuando afirma que existieron tres acometimientos sexuales distintos e independientes, los que fueron perpetrados por el acusado con conocimiento pleno de un estado de inconsciencia de la víctima, el que fue ganancialmente aprovechado por el imputado para los acometimientos.

En efecto, sabido es que los acometimientos sexuales que se le endilgan a C. fueron captados y registrados en el momento de su comisión mediante la utilización de su teléfono celular, cuya propiedad, ni la identidad de los sujetos involucrados, nunca fue puesta en duda a lo largo del proceso.

Asimismo, que esos archivos quedaron alojados en la tarjeta de memoria tipo micro SD marca Kingston que fuera extraída por la víctima de aquel dispositivo y entregada a las autoridades judiciales al tiempo

de interponer la pertinente denuncia, lo que determinó su secuestro (fs. 9/10) y su posterior apertura para el examen de los archivos contenidos en ese dispositivo. S

ingular relevancia objetiva emerge del resultado de las tareas de análisis realizadas por personal de la Unidad Investigativa, División Delitos Tecnológicos.

En particular, según se desprende del informe técnico que rola agregado en autos a fs. 79/84, las tareas de análisis de su contenido precisó la utilización de un software de recuperación de ciertos aquellos archivos que fueron borrados del dispositivo.

Esa labor permitió la obtención de una serie de archivos que, según se allí se informa, «se corresponden con lo relatado en autos por la víctima», pues a través de su análisis «se observa a un hombre robusto, que realiza movimiento de índole sexual en una mujer que se encuentra en aparente estado de inconsciencia o pernoctando», además de «fotogramas en los que se observa a una mujer desnuda aparentemente higienizándose» y de «un audio de una voz masculina que profiere amenazas ... a una mujer» (fs. 84). Idénticas conclusiones se coligen de la ampliación de ese informe agregado a fs. 97/101, mediante el que se analizan los archivos de video allí identificados.

Así pues, estimo pertinente reproducir aquí algunos segmentos del mismo, a través de los cuales se describe e individualiza cada una de las acciones delictivas del acusado, que constituyen el objeto del proceso.

Veamos: (a) en el archivo de video identificado como «20180111_230441.Mp4», se pudo observar «una mujer a la que no se le alcanza a observar el rostro, vistiendo lo que parece ser una remera color roja estampada y un pantalón corto rojo; tendida en una cama boca arriba, los brazos extendidos por arriba de la cabeza.

Seguidamente se visualiza una mano desconociendo a quien pertenece que baja el pantalón y la prenda íntima de la mujer enfocando la zona vaginal donde realiza movimientos con el dedo medio e intenta aparentemente introducirlo, seguidamente el autor de la filmación se enfoca, resultando ser aparentemente el hombre descrito en el punto anterior [es decir, robusto, pelo rapado y con el torso descubierto, quien posee ropa interior tipo bóxer color negro con azul], mientras intenta introducir su lengua en la vulva de la mujer, la que reacciona moviendo su mano derecha hacia la zona pélvica por lo que el sujeto se sale, a posterior le vuelve a bajar las prendas de la mujer y tocándole la vagina con los dedos, enfocando nuevamente la zona»; (b) en el archivo de video identificado como «20180111_231155.Mp4», entre otras cosas, se observó a la misma mujer, tendida en la misma cama, aunque ya «sin pantalón ni ropa interior colocada y piernas abiertas. Seguidamente se observa una mano que introduce los dedos (índice y medio) en la vulva de la mujer, posteriormente se visualiza el rostro del sujeto, él se acerca a la entrepierna de la mujer e introduce la lengua por un momento. Luego la cámara es enfocada en distintas direcciones, hasta volver a enfocarse en las partes íntimas de la mujer y el sujeto introduce un dedo (índice) por la vagina, y realiza movimientos hacia delante y atrás. Nuevamente la cámara comienza a enfocar en distintas direcciones,[...] la mujer reacciona moviendo su mano izquierda por lo que se entiende que el sujeto se corre de donde se encontraba y desiste de su acción».

Mientras que en otro momento, pero en el mismo contexto fáctico, se deja constancia que se visualiza «la zona de los glúteos de una persona que se encuentra sobre su costado izquierdo y con la ropa interior bajada, mientras que una mano de otra persona separa los glúteos, para luego un sujeto quien aparentemente sería el que realiza la filmación, acerca su rostro y frota su lengua por la zona anal»; (c) en el archivo de video identificado como «20180129_235708.mp4», «se observa parte de la espalda y los glúteos de una persona, mientras una mano de otro sujeto separa los glúteos, para enfocar la zona anal y

vaginal. Luego el mismo sujeto descripto anteriormente acerca su rostro a los glúteos y frota su lengua en la zona anal, luego enfoca la zona y finaliza el video»; (d) en el archivo de video identificado como «20180130_000340.mp4» se observó que «el mismo sujeto descripto anteriormente acerca su rostro a los glúteos y frota su lengua en la zona anal»; (e) en el archivo de video identificado como «20180130_000621.mp4» se observó que «una mujer en aparente estado de inconsciencia o descanso tendida en una cama vistiendo en remera tipo musculosa color blanco y un pantalón corto rayado color blanco y rosa. Seguidamente se observa una mano que separa por la zona de la entrepierna, el pantalón y la ropa interior dejando a la vista la vagina. Luego el sujeto inserta por la vulva un dedo, el que retira y enfoca su pene mientras se masturba de pie a un costado de la cama»; (f) en el archivo de video identificado como «20180130_000946.mp4» se observó que «la misma mujer del video anterior en iguales condiciones [...] el sujeto acerca su rostro a la zona (vagina) y le introduce su lengua en la vulva. A posterior la cámara enfoca en otra dirección hasta que vuelve a enfocar la vulva de la mujer mientras el sujeto introduce o frota los dedos en ella»; (g) en el archivo de video identificado como «20180130_011035.mp4» se observó «la misma mujer, que aparentemente se encuentra en estado de somnolencia o inconsciencia, con la parte superior de la musculosa bajada dejando una mama a la vista por lo que el sujeto comienza a succionar con su boca y frotar su lengua sobre el pezón de la mujer [...]. Seguidamente el sujeto acerca su rostro al de la mujer y le introduce su lengua en la boca, repitiendo hasta finalizar la filmación».

El análisis de estas imágenes corroboró, en el mismo sentido que lo informado en el informe técnico mencionado precedentemente, que las acciones realizadas por el sujeto que captó las imágenes – imputado– fueron ejecutadas sobre el cuerpo de una mujer –la víctima y denunciante de autos– quien se encontraba en «aparente estado de inconsciencia o pernoctando» (fs. 100).

A su vez, todos estos indicios objetivamente apreciados y analizados, se suma el testimonio de la víctima quien fue lo suficientemente clara al relatar y describir no sólo el modo en que tomó conocimiento de ese material sino, en especial, que ninguno de estos comportamientos ejecutados por su ex pareja contaron con su consentimiento.

En efecto, en la primera oportunidad en que declaró al respecto, sostuvo que «cuando me puse a revisar la tarjeta –en referencia a la tarjeta de memoria que ella le extrajo del celular de C.– observé que habían 16 videos cortos de 2 o 3 minutos cada uno, los que corresponde a tres hechos distintos, en los cuales mi pareja, yo me encuentro como dopada, es decir, totalmente dormida, mientras que C. me hace sexo oral, me besa y me toca por todos lados, me mete los dedos, la mano y la lengua en la vagina y en la cola, en uno de los videos también se observa que eyacula encima del pecho y en otro video da a entender que me va a penetrar, pero no se filma esa parte. Yo le reclamé a mi ex pareja por qué me había hecho eso y él me dijo que era porque yo no quería tener relaciones con él, yo le dije que no tenemos relaciones porque hace dos años aproximadamente que estamos separados [...].

Yo creo que las veces que me ha dormido o dopado, ha sido con alguna droga, que me ha metido en la bebida» (ver declaración, fs. 01/02). Esta descripción de los hechos fue reiterada por la declarante durante el juicio oral.

Así, de la reproducción del audio y video de la audiencia en que prestó declaración testimonial, es posible apreciar que en diversos tramos de su relato hizo referencia a diversas cuestiones.

Entre ellas, debo destacar aquel segmento en que se refirió a que el acusado pudo haber colocado cierta medicación a la bebida alcohólica que consumieron de modo previo a la consumación de los comportamientos abusivos, identificando en esta acción la causa que provocó su falta de conciencia en el

momento de los hechos. Y que ese déficit de conciencia fue de tal que le generó que al día siguiente de los acontecimientos, ella no pueda recordar nada de lo acontecido (ver soporte audiovisual, audiencia del 15/04/19, a partir de 00:31:52).

Estos datos aparecen corroborados a través del examen psíquico practicado por profesionales del Cuerpo Médico Forense. Así, en el informe elaborado por el Dr. Sosa se concluye que la víctima presenta “baja autoestima, sentimientos de haber sido ultrajada y temor a que se repitan comportamientos denunciados con seres queridos –hijos–[...] narración fragmentada, afirma no recordar datos relativos a la fecha en que ocurrieron eventos considerados [...], describe proceso de victimización, descripción superficial de episodios de maltrato[...] existen indicadores de riesgo de violencia para la denunciante[...]» (ver fs. 46).

Tal dato, también, pone en evidencia los sentimientos de la víctima respecto del hecho, emociones que fueron corroborados por la testigo J. A. C.. Según su declaración en el debate, su participación en el hecho la coloca no sólo como una de las personas que tuvo conocimiento de los hechos a través de los dichos de la propia víctima sino, también, como quien incentivó a S. a radicar la denuncia policial pertinente (ver fundamentos, fs. 75).

Con lo cual, en el mismo sentido que lo interpreta el sentenciante, no cabe ninguna duda que cada uno de los videos analizados corrobora que el acusado, dentro del mismo espacio físico, de manera absolutamente unilateral, acometió sexualmente contra la denunciante. A lo que debe agregarse que, de ese material fílmico, no pudo observarse en ninguna de las secuencias captadas y analizadas, alguna expresión, gesto o comportamiento de la víctima que permita siquiera inferir un asentimiento de su parte, aceptando participar en esas prácticas.

Por el contrario, tal como quedó demostrado, alguna de esas imágenes la muestran con movimientos que pueden ser interpretados válidamente como rechazo o resistencia a ellos («20180111_230441.mp4» y «20180111_231155.mp4»).

Como se adelantó, y en esa línea debe destacarse que la denunciante sostuvo en el debate que desde hacía varios años que no mantenían relaciones sexuales con su ex pareja, con quien sólo convivían por mantener la imagen de familia ante su hijo.

Que siempre tenían problemas cuando C. pretendía o insinuaba un encuentro íntimo, frente a lo que ella permanentemente le expresaba su negativa, e incluso le reiteraba los motivos familiares por los que continuaban viviendo en el mismo domicilio.

También se refirió a la filmación de los encuentros íntimos, práctica a la que circunscribió sólo a los primeros dos de los diez años que estuvieron en pareja con el imputado, pero aclaró que las veces que se grabaron manteniendo relaciones sexuales era sólo por la voluntad de C., porque a ella no le agradaba (ver soporte audiovisual, audiencia 15/04/19, a partir de 00:38:05).

Esto permite considerar como cierto que la víctima realmente se sorprendió con la existencia de ese material fílmico por cuanto, como se dijo, registraba prácticas sexuales que en ningún caso fueron consentidas por ella. Ello tampoco logra conmovirse con el hecho de que esos videos se encontraban borrados de la tarjeta de memoria en cuestión.

Si bien es cierto que personal policial tuvo que recuperar esos archivos (fs. 48/52), esa circunstancia no permite conjeturar linealmente –como lo hace la defensa– que la víctima consintió las prácticas sexuales y que, por ende, al conocer de su existencia y contenido, procedió a borrarlos.

Para interpretar los hechos de este modo, la defensa soslaya no solamente la contundencia del contenido de los videos y de las conclusiones alcanzadas en los informes técnicos realizados luego de su análisis. Sino, también, de las amenazas proferidas por el acusado luego de que la víctima, a causa de haber

descubierto aquellas grabaciones, lo enfrentara, discutiera con él y le exigiera que abandonara el inmueble que hasta ese momento compartían.

A lo que debe agregarse que fue el temor de esas intimidaciones provocaron en la denunciante la solicitud de una consigna policial (fs. 24). Ahora bien, no obstante ser cuestionados todos estos elementos de prueba por la defensa de C., lo cierto es que tal crítica obedece a una interpretación parcializada de cada uno de ellos, motivada en los intereses que representa, pero que no se verifican en la sentencia impugnada.

Por lo que no sólo no ha existido parcialización en el análisis de la prueba testimonial sino que, además, el plexo probatorio ha sido valorado en su integridad, ponderando tanto los elementos de cargo como de descargo.

En suma, de acuerdo al análisis precedente, no se verifica ninguna circunstancia o elemento que habilite a reconocer la existencia de un desconocimiento de la ausencia de consentimiento de la víctima, por lo que se puede afirmar que existió un comportamiento doloso.

En este marco entonces, considero que las conductas que integran la plataforma fáctica tenida por históricamente cierta en la sentencia se subsumen adecuadamente en los delitos de abuso sexual con acceso carnal –dos hechos–, abuso sexual gravemente ultrajante –un hecho– y amenazas coactivas, todos estos delitos en concurso real, ilícitos previstos y penados en el art. 119 párr. 3, art. 119 párr. 2, art. 149 bis párr. 2 y art. 55, todos del Código Penal. 4.2.

En segundo término, subsidiariamente se alega en el recurso de casación interpuesto que el acto jurisdiccional recurrido adolece de falta de motivación suficiente en materia de determinación judicial de la pena, en tanto no se han valorado erróneamente las circunstancias agravantes y atenuantes mediante las cuales se ha fijado el monto desproporcionado y arbitrario de siete años de prisión aplicado al encausado.

En este punto, corresponde destacar que el a quo aborda y justifica en forma suficiente lo concerniente al monto de la pena, en un todo de acuerdo con lo dispuesto por los arts. 40 y 41 del C.P., preceptos que no solamente no resultan vulnerados en la especie, sino que lucen correctamente aplicados a las concretas circunstancias del caso.

En efecto, tanto el desvalor de acción –dos hechos de abuso sexual con acceso carnal y un hecho de abuso sexual gravemente ultrajante– como el desvalor de resultado –daño y secuelas que dejaron esos hechos en la víctima– revelan que se trata de delitos de alta gravedad que justifica el apartamiento del mínimo de la escala.

No obstante ello, debo remarcar que si bien no surge expresamente una ponderación de la ausencia de antecedentes penales del imputado, tampoco explica adecuadamente el recurrente de qué manera ese aspecto puede incidir concreta y significativamente en la disminución de la sanción penal pretendida, máxime cuando ella se encuentra dentro del primer tercio de la escala legal y, además, lo suficientemente alejada del máximo legal correspondiente.

Así, de la lectura de la sentencia impugnada surge evidente que no estamos ante un caso de motivación aparente o mera dogmática, sino que el juez ha interpretado las normas sustanciales correspondientes en base a las constancias de la causa, de modo tal que debe ser confirmado como acto jurisdiccional válido. En base a lo dicho, considero que la sanción aplicada se corresponde con la pena justa, en tanto se encuentra sustentada en razones que así la justifican y que han sido debidamente ponderadas por el juzgador.

4.3. En consecuencia, considero que la calificación jurídica endilgada al imputado es la adecuada a la normativa de fondo y que la pena impuesta se encuentra correctamente determinada, por lo que el recurso de casación debe ser rechazado.

Por las razones precedentemente expuestas, entiendo que los agravios deducidos no deben prosperar y, en coincidencia con lo expuesto por el señor Procurador General, corresponde contestar negativamente la primera cuestión planteada, confirmándose la sentencia impugnada. ASÍ VOTO

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Puesto a resolver el recurso casatorio promovido coincido con la solución a la que llega mi colega preopinante y, en cuanto a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género, me remito a lo oportunamente señalado en «**Di Cesare Morales**», «**Mejía Salvador**» y «**Narváez Videla**» por resultar aplicable en ese aspecto el presente caso. ASÍ VOTO.

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

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

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

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

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

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 83/93 por la defensa del imputado C. L. C. R..
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos. Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Mario D. Adaro no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 28 de febrero de 2020.-

6- MARIANETTI. 28-02-20.

| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
|----|-------|-----|------|--------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|-------------|---|------------|
| - | Padre | NNA | | - | - | - | A | - | - | - | - | - | - | 474 414 |

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200228_FcMQN.pdf

Lex: Art. 119, 1° párrafo en función con el último párrafo, letra b del CP. Ley 26061. CDN.

Vox: NNA. A.S.I.. Abuso sexual agravado. Vínculo. Absolución. In dubio pro reo. Amplitud probatoria. Sana crítica.

Summa:

El TPC absolvió a N.I.M.Q. del delito de abuso sexual simple agravado por el vínculo (art. 119 primer párrafo en función con el último párrafo, letra b del CP). SP tenía 3 años. SA es papá de la menor.

El Querellante particular interpone recurso de casación.

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

La SCJM rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 752, pronunciada por el TPC N°1-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Galdeano Araujo. 10-09-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=189>
- Ferrada Palma. 07-11-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191107_FcFPP.pdf

Precedentes relacionados

- Arevalo. 20-10-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/221020_FcASR.pdf
- Maimone. 20-03-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230320_FcMZA.pdf

Parágrafos relacionados

Finalmente, es dable recordar aquí que la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes – especialmente, la defensa contra actos que atentan contra la integridad sexual de los mismos–, forma parte del compromiso que este Tribunal, en tanto órgano republicano del Estado argentino, ha asumido internacionalmente a fin de garantizar una efectiva prestación del servicio de justicia con perspectiva de género (ver las causas «Galdeano Araujo» y «Ferrada Palma»). No obstante, también se estima importante recordar que ello no debilita los alcances del principio in dubio pro reo, sino que los reafirma en el objetivo de evitar que los órganos jurisdiccionales se aparten, en la valoración de los hechos y en la toma de una decisión, del contexto fáctico propio en el que se produce este género de conductas delictivas. “

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

Fallo.

CUIJ: 13-04848689-9/1((018601-16)) FC/ M. Q. N. . P/ ABUSO SEXUAL SIMPLE AGRAVADO POR EL VINCULO (0016) (62272) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104931070*

En Mendoza, a los veintiocho días del mes de febrero del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04848689- 9 caratulada "FC/M. Q., N. I. P/ABUSO SEXUAL SIMPLE AGRAVADO POR EL VÍNCULO P/REC. EXT. CAS.".

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

El querellante particular interpone recurso de casación (fs. 484/504) contra la sentencia N° 752 y sus fundamentos (fs. 468 y vta. y fs. 470/483 vta., respectivamente), dictados por el Tribunal Penal Colegiado n° 1 de la Primera Circunscripción Judicial, en tanto absolvió a N.I.M.Q. del delito de abuso sexual simple agravado por el vínculo que se le atribuye en los autos n° 16/62.272/1 (art. 119 primer párrafo en función con el último párrafo, letra b del CP).

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

I.- La resolución recurrida

La plataforma fáctica endilgada al acusado sostiene que «en oportunidad en la que la menor C.L.M.V., de 3 años de edad, cumplía con el régimen de visitas con su padre, N.I.M.Q, en el domicilio sito en ..., y antes del 09 de septiembre de 2017, éste le efectuó tocamientos en la vagina de la pequeña, al propio decir de la menor 'mi papá me toca... me toca la chumina y la cola y me pone la muñeca así y el dinosaurio' (señalando debajo de la panza» (ver requerimiento de citación a juicio de fs. 236/239). Respecto de la misma, el tribunal de juicio sostuvo que debía prevalecer el beneficio de la duda, imponiéndose así la absolución del acusado por imperio constitucional.

Para decidir de esta manera, el a quo entendió que la particularidad del caso radicaba en la ausencia de toda participación o declaración de la niña en Cámara Gesell, en la falta de un informe pericial favorable respecto de la credibilidad de sus dichos, es decir, respecto de la existencia de ASI (abuso sexual infantil), y en la inexistencia de una vía probatoria independiente, como exámenes físicos o testigos directos.

Además, señaló que, de todas las profesionales intervinientes en el proceso sólo una, sin experiencia en la temática, pudo afirmar la existencia de indicios de ASI, mientras que las profesionales del Cuerpo Auxiliar Interdisciplinario -CAI-, cuerpo especializado en abusos sexuales infantiles, no pudieron advertir comportamiento sexualizado alguno en la niña ni afirmar la presencia de otros indicios.

Asimismo, el tribunal explicó que la profesional del Programa Provincial de Maltrato Infantil -PPMI-, interviniente en el abordaje de C.L.M.V, no vio conductas erotizadas y advirtió que las ansiedades persecutorias de la niña podían deberse, o no, a casos de ASI (ver fundamentos, fs. 479/480 y fs. 482).

Así, el tribunal consideró que el resultado probatorio de los elementos de cargo presentados por la acusación pública y particular era insatisfactorio, sobretudo, si se tomaba en consideración, por un lado, la gravedad de la acusación formulada, y, por otro lado, la asimetría que se producía entre una profesional

de nula experiencia en ASI, que afirmaba la existencia del hecho, y la de profesionales especializadas que, con más tiempo en el abordaje de la niña, no lograron afirmar la existencia de indicios de abuso (ver fundamentos, fs. 483).

II.- El recurso de casación del querellante particular

La parte querellante impugna la resolución antes descripta en virtud de lo dispuesto en el art. 474 inc. 2° del CPP.

En concreto, atento que considera que la solución absolutoria es contradictoria con el plexo probatorio incorporado. Indica que la intervención de la licenciada en Psicología que trató a la presunta víctima por primera vez y advirtió indicadores de abuso sexual, Angelina Casteluchi, no ha sido adecuadamente valorada, por cuanto el tribunal consideró arbitrariamente que Casteluchi tenía «nula experiencia en ASI». Explica que Castelucchi dio cuenta de las técnicas utilizadas para el abordaje de C.L.M.V. Repasa las expresiones que la niña manifestó en las distintas entrevistas practicadas e indica que el tribunal no valoró que ésta dijo, a distintos familiares y de modo verbal, haber sido víctima de tocamientos por parte de su padre.

Destaca asimismo que, si bien se trata de una niña de tres años no escolarizada, la misma se daba a entender y diferenciaba perfectamente los órganos reproductivos de hombres y mujeres, calificando sus expresiones como contundentes, claras, espontáneas y no inducidas.

Con lo anterior, critica que el tribunal haya considerado que «no existió relato de la víctima», por el hecho de no haber sido reproducido éste en Cámara Gesell y por haber sido referido sólo por la Licenciada Casteluchi.

Entiende que el testimonio de dicha profesional no pudo ser considerado insuficiente y destaca que las funcionarias actuantes del Cuerpo Auxiliar Interdisciplinario (CAI) y del Programa Provincial de Maltrato Infantil (PPMI) corroboraron signos de estrés postraumático en C.L.M.V.

Manifiesta que el tribunal no contempló que la falta de declaración de la niña en Cámara Gesell se debió a su escasa edad y, sobre este punto, manifiesta que el razonamiento del juzgador configuró una exigencia contradictoria de la Convención sobre Derechos del Niño, puesto que pretendía una reiteración de una actividad probatoria revictimizante para la niña.

Considera que el señalamiento que hizo C.L.M.V., aun cuando no se haya formulado en Cámara Gesell y aunque no haya sido develado ante una profesional de vasta experiencia, tiene en sí mismo valor de prueba testimonial suficiente para alcanzar el grado de certeza suficiente para una condena, máxime si se consideran el tipo de delito investigado, la edad de la niña y la consistencia interna y externa de sus dichos. Agrega que el tribunal no valoró el caso con un enfoque de género, toda vez que los delitos constitutivos de abuso sexual se llevan a cabo, generalmente, en circunstancias aprovechadas, elegidas o predisuestas por el autor y alejadas de eventuales testigos, siendo esta la razón por la que la reconstrucción de lo sucedido depende mayormente del relato de quien aparece como víctima.

Afirma, con todo lo dicho, que el grado de duda aducido por el tribunal a quo no tiene respaldo razonable y, por ello, que la absolución del acusado resulta arbitraria. Formula reserva del caso federal.

III.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General, tras evaluar la procedencia formal del recurso incoado por la defensa, advierte que debe ser rechazado sustancialmente.

Al respecto, repasa las distintas premisas sostenidas por el tribunal de sentencia, así como los elementos de prueba sobre las que fueron construidas, y advierte que existe un equilibrio entre pruebas de cargo y de descargo que debe jugar en favor del acusado.

Señala que no han surgido elementos de convicción capaces de cimentar el grado de certeza necesario para condenar y que no se advierte la inobservancia de normas protegidas con la nulidad, razón por la que aconseja confirmar la validez de la sentencia recurrida.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso formulado por la querrela considero que corresponde su rechazo y, en consecuencia, debe confirmarse la sentencia cuestionada.

Ello, por los motivos que a continuación se exponen.

El núcleo del planteo recursivo implica, en esencia, una **disconformidad con las premisas de valoración** utilizadas por el tribunal a quo para medir el grado factibilidad de la plataforma acusada y construida a partir del relato de C.L.M.V., una niña de tres años.

En concreto, el recurrente entiende que el a quo ha sido arbitrario, puesto que no ha dado buenas razones para afirmar que los elementos probatorios incorporados al proceso, destinados a corroborar la credibilidad de los dichos de la niña, carecían del poder convictivo suficiente.

Entiendo que las consideraciones del querellante particular no se condicen con las constancias de la causa, razón por la que se impone la desestimación del recurso. Al respecto debe decirse, por un lado, que la evaluación del testimonio de la licenciada Casteluchi no constituye un acto criticable, como lo señala la parte recurrente, sino una adecuada estimación de la capacidad de dicho elemento para enriquecer la plataforma endilgada al acusado.

Ello luce con claridad al considerar que el a quo dedicó un extenso análisis a todos los elementos probatorios incorporados para afirmar, como conclusión, que la declaración y los informes de la licenciada Casteluchi no podían arrojar certeza sobre los hechos controvertidos, atento a su escasa experiencia profesional, el acotado tiempo de evaluación que le dedicó a C.L.M.V y a la ausencia de toda experiencia en ASI –circunstancias éstas extraídas del propio testimonio de la profesional–.

Concretamente, el tribunal sopesó como elementos de cargo las declaraciones testimoniales de la madre, abuela y tía de la niña, respecto de las cuales advirtió que, si bien no evidenciaban un comportamiento malicioso en la denuncia de los hechos y sí mostraban un estimable grado de sospecha inicial, no podía soslayarse que la prueba indicaba la presencia de posibles sesgos confirmatorios en la madre de C.L.M.V y la formulación de preguntas sugestivas por parte de la abuela en el marco de la entrevista realizada con profesionales del CAI (ver fundamentos, fs. 479 y vta. y fs.481 vta.).

Así, ante la versión de los hechos formulada por las familiares de C.L.M.V. y su interpretación sobre el comportamiento de la niña en el hogar –que consideraron inusual y promovió el inicio de las actuaciones–, el tribunal le dedicó atención a la información aportada por las profesionales citadas al proceso. Es en este contexto en el que, para poder medir la fortaleza de otros elementos de cargo –en concreto, la declaración e informes de la licenciada Casteluchi–, el tribunal repasó las consideraciones de las profesionales del CAI y el PPMI –quienes adujeron mayor experiencia en casos de ASI y dedicaron más tiempo al abordaje de la niña–.

Tras ello, meritó que éstas no pudieran advertir comportamientos sexualizados o erotizados ni afirmar que C.L.M.V. presentara indicios de ASI, o que su cuadro de ansiedad persecutoria se debiera, exclusivamente, a un caso de abuso (479 vta., 482 y vta.).

Con ello, por otro lado, no puede soslayarse que el a quo dedicó también serios argumentos para explicar por qué el abordaje de C.L.M.V. había sido deficitario, en tanto que, desoyendo las buenas prácticas elaboradas por la doctrina especializada, las entrevistas con la niña no fueron celebradas con celeridad,

las profesionales no formularon preguntas en un esquema de mayor flexibilidad con direccionamiento y estímulo a una niña de corta edad –sin, por ello, caer en preguntas sugestivas o indicativas–, y, sin embargo, sí permitieron la participación de la abuela de la niña en la formulación de una pregunta direccionada.

Estas críticas fueron formuladas en especial apego a las pautas dadas por la **Convención sobre Derechos del Niño, la ley 26.061, la Guía de buenas prácticas para el abordaje de niños/as, adolescentes víctimas o testigos de abuso sexual y otros delitos –labor de la Asociación por los Derechos Civiles, JUFESU y UNICEF–** y doctrina especializada en el problema, bastando este dato para refutar la crítica recursiva que aduce una ausencia de perspectiva de género en la valoración de la prueba (ver fundamentos, fs. 480/482). Debe disentirse también con la parte recurrente cuando afirma que los dichos de C.L.M.V fueron contundentes, claros, espontáneos y no inducidos.

En efecto, si bien se desprende de la declaración de la licenciada Casteluchi que C.L.M.V le habría dicho que su papá la tocaba en la cola, la vagina –que identificaba como «chumina»– y también con un muñeco, del mismo testimonio surge que, según refirió la niña en otra entrevista, era el padre quien se colocaba el muñeco en la «chumina», explicando luego la profesional que C.L.M.V. no distinguiría entre órganos sexuales masculinos y femeninos.

En este sentido, el tribunal valoró el testimonio de las profesionales del CAI y el PPMI, de los que surge que la niña no diferenciaba las partes íntimas del sexo femenino del masculino, que nunca refirió de modo espontáneo haber sufrido tocamientos, y que la única referencia a tocamientos surgió a partir de una pregunta direccionada de la abuela en la última entrevista (ver fundamentos, fs. 473 vta./475).

Con todo, tampoco puede coincidirse con la crítica que indica que el tribunal sostuvo, de modo arbitrario, que «no hubo relato de la víctima» puesto que, en realidad, lo que la sentencia contiene es un análisis de los dichos de C.L.M.V. desde la única perspectiva posible atento a la falta de una declaración en Cámara Gesell que pudiese ser valorada, esta es, en atención a la calidad de la información arrojada por los testimonios indirectos de las familiares de la niña y de la licenciada Casteluchi, así como por la labor profesional de Casteluchi y demás profesionales intervinientes.

El resultado en este esquema argumentativo ha sido adecuado según se estima, puesto que, en palabras del tribunal, la acusación presentó prueba de indicios de que algún suceso disvalioso para la niña pudo haber ocurrido en relación con el padre, que fundó una denuncia por parte de la madre y posteriores medidas de investigación, pero, sin embargo, dicha prueba no se confirmó por un relato de la menor en Cámara Gesell ni por las propias especialistas del CAI luego de tres entrevistas, o por la especialista del PPMI, lo que constituía un resultado insatisfactorio para despejar el estado de duda suscitado y alcanzar certeza positiva sobre los hechos acusados (ver fundamentos, fs. 482 vta./483).

En suma, el esquema argumentativo del tribunal de juicio no contiene premisas que hayan soslayado elementos de prueba incorporados o que hayan sido elaboradas con saltos lógicos, capaces de viciar a la sentencia recurrida como una postura arbitraria.

Finalmente, es dable recordar aquí que la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes –especialmente, la defensa contra actos que atentan contra la integridad sexual de los mismos–, forma parte del compromiso que este Tribunal, en tanto órgano republicano del Estado argentino, ha asumido internacionalmente a fin de garantizar una efectiva prestación del servicio de justicia con perspectiva de género (ver las **causas «Galdeano Araujo» y «Ferrada Palma»**).

No obstante, también se estima importante recordar que ello no debilita los alcances del principio in dubio pro reo, sino que los reafirma en el objetivo de evitar que los órganos jurisdiccionales se aparten, en la

valoración de los hechos y en la toma de una decisión, del contexto fáctico propio en el que se produce este género de conductas delictivas.

Dicho con otras palabras, la reconocida «amplitud probatoria» que se proclama como mecanismo para la erradicación de la violencia contra las mujeres, implica que el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto.

Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas.

En esta línea argumental se ha expedido el tribunal de mérito al resolver, toda vez que, con adecuada atención a los parámetros de valoración que demandan los estándares internacionales en perspectiva de género, ponderó todos los elementos de juicio incorporados legítimamente al juicio.

Por ello, considero que la primera cuestión planteada debe ser respondida negativamente. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

Sobre la misma cuestión el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

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

Sobre la misma cuestión el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere al voto que antecede.

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

Sobre la misma cuestión el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere al voto que antecede.

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

SENTENCIA:

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

- 1.- No hacer lugar al recurso de casación presentado por la querrela particular y, en consecuencia, confirmar la sentencia recurrida y sus fundamentos.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal formulada.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Mario D. Adaro no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 28 de febrero de 2020.-

7- ARANCIBIA. 05-03-20.

| | | | | | | | | | | | | | | |
|-----------|--------------|------------|------|------------|---------|---------|----------|---------|-----------|---------|---------|-------------|---|--------------------------|
| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
| VG | Conv. | NNA | | PCE | - | - | A | - | CR | - | - | - | - | 474 -2° |

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200305_FcASC.pdf

Lex: Art. 120, 2° párrafo en función con el art. 119, 3° y 4° párrafo, apartado f, y art. 55, todos del CP. CEDAW. Convención Belem Do Para. 100 Reglas de Brasilia.

Vox: VG. NNA. A.S.I. Abuso sexual. Inmadurez sexual de la víctima. Convivencia. Número indeterminado de hechos. Resignificación.

Summa:

El **TPC** condenó al nombrado a la pena de **seis años y seis meses de prisión** como autor del delito de abuso sexual por aprovechamiento de la inmadurez sexual de la víctima agravado por ser cometido contra un menor de 18 años, agravado por la convivencia preexistente, en un número indeterminado de hechos, todos en concurso real (art. 120, segundo párrafo en función con el art. 119, tercer y cuarto párrafo, apartado f, y art. 55, todos del CP). SP tenía 13 años.

La **defensa** interpone recurso de casación.

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

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 666, pronunciada por el TPC N° 2-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

I- Valoración probatoria en materia de violencia de género. **Perspectiva de género:**

- Concha, Jesús. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- Morales Quiroga.
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Merlo Lassa. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=243>
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>
- Di Cesare Morales. 26-06-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=156>
- Mejía Salvador. 10-09-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=197>

b-CIDH

- «Castro Castro vs. Perú». Fondo, 25-05-06.
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf
- Caso Rosendo Cantú vs. México. 31-08-10
https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=339
- Caso «Fernández Ortega y otro vs. México». 30-08-10.
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/fernandez_ortega/esap.pdf
- Caso «Bámaca Velásquez vs. Guatemala». 21-08-14.
https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=244

Doctrina citada

Parágrafos destacados

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

Fallo.

CUJ: 13-04850518-4/1((018602-161489)) FC/ A.S.C.P. P/ ABUSO SEXUAL POR EL APROVECHAMIENTO DE INMADUREZ (161489) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104933049*

En Mendoza, a los cinco días del mes de marzo del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04850518-4/1 caratulada "F. C/ A S , C P P/ ABUSO SEXUAL ... S/ CASACIÓN".

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

La defensa de C P A S interpone recurso de casación contra la sentencia N° 666, mediante la que se condenó al nombrado a la pena de seis años y seis meses de prisión como autor del delito de abuso sexual por aprovechamiento de la inmadurez sexual de la víctima agravado por ser cometido contra un menor de 18 años, agravado por la convivencia preexistente, en un número indeterminado de hechos, todos en concurso real (art. 120, segundo párrafo en función con el art. 119, tercer y cuarto párrafo, apartado f, y art. 55, todos del CP); pronunciamiento dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de esta Primera Circunscripción Judicial en estos autos N° P-161.489/17.

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

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

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

1.- Sentencia recurrida

El tribunal impugnado resolvió del modo precedentemente señalado, por entender acreditado que «[...] en fecha no determinada, pero aproximadamente a partir del día 4 de octubre de 2017 hasta el día 3 de diciembre del mismo año, C P A S aprovechándose de la convivencia con la menor de 13 años de edad, [MBS], en el domicilio sito en Barrio ..., manzana ..., casa ... del departamento de ..., mantuvo con ella una relación sentimental en secreto. En virtud de dicha relación, en varias ocasiones ambos se besaban en la boca y A tocaba a la niña, en la zona de la cola, vagina y senos. Asimismo, en al menos cinco oportunidades, el sindicado le introdujo a la víctima los dedos en la vagina, ocurriendo ello una vez en el patio techado de la casa [...] En el mes de noviembre de 2.017, en ocasión de encontrarse el justiciable en su habitación a solas con [MBS], mientras se estaban besando acostados sobre la cama, tomo un destornillador del interior de la caja de herramientas que se hallaba guardada dentro del armario y, la indujo a que lo introdujera en su vagina, mientras él la miraba, a lo que la víctima comenzó a introducirlo desistiendo casi inmediatamente ante la sensación de dolor [...]. En otro momento, entre el día 1 y 3 de diciembre de 2.017, en ocasión de que [MBS] se encontraba en el interior de la habitación donde pernoctaba A , sentada en su cama viendo televisión, éste se le acercó, parándose a su lado, se bajó el pantalón y el bóxer y acercó su pene hacia la boca de la víctima, quien le practicó sexo oral, eyaculando el encausado sobre la cara de aquella [...]. En otra oportunidad, un día domingo, en el patio de la vivienda mencionada, hallándose [MBS] a solas con A le practicó nuevamente sexo oral a este último [...] Finalmente, la madrugada del día 4 de diciembre de 2.017, C A , en el interior de su habitación, donde se encontraba junto a [MBS] en la cama, se subió sobre ella, le sacó la ropa, le corrió la bombacha y comenzó a accederla carnalmente por la vagina, siendo interrumpido por [MBS] inmediatamente, quien lo empujó negándose a seguir adelante» (fundamentos, fs. 525 vta./526).

Para así resolver, el sentenciante valoró la declaración de MBS brindada en Cámara Gesell, la de sus hermanas –V. y A. C.–, de la Dra. . ., de la licenciada María Fernanda Cascio, de la licenciada María Jesús Bunader, de los profesionales del EDeASS – licenciados Díaz Ola, Bunader y Fusari–, de la perito de parte –licenciada Rezinovsky– y los dichos del propio imputado vertidos durante la investigación penal preparatoria e incorporada en el debate oral y público.

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

El recurrente promueve su impugnación a tenor de lo dispuesto por el art. 475, inciso 2° del CPP, esto es, por considerar que existen vicios in procedendo en la resolución que cuestiona.

Expresa que los fundamentos del a quo aparentemente son correctos, pero se sustentan en base y elementos erróneos, que no tienen derivación lógica de las pruebas rendidas en la causa.

En ese orden, sostiene que el Tribunal parte de la base de que por la edad de la víctima **es inmadura sexualmente** y, desde ese filtro, analiza los restantes aspectos, lo que evidencia su yerro argumentativo, según entiende el recurrente.

El impugnante afirma que la ley tiene por inmadura sexualmente a las personas menores de trece años, sin admitir prueba en contrario, y que, a partir de los trece años, la ley invierte tal situación, presumiendo su madurez sexual, salvo prueba en contrario.

En esa línea y presumiendo que la víctima de autos es madura sexualmente, entiende que el a quo debió analizar las pruebas producidas para determinar si, en el caso concreto, la niña es inmadura sexualmente, respecto de lo cual –a su criterio– no existe certeza en la presente causa.

Considera que, por el contrario, del testimonio dado por la víctima y por la Licenciada Rezinovski surge que la niña es una persona madura sexualmente.

Añade que el hecho de que una persona no haya tenido relaciones sexuales no significa su inmadurez psicosexual.

El recurrente señala que, si bien el tribunal de sentencia destacó lo expresado por el licenciado Díaz Olá, profesional del EdeAAS, sus dichos no se condicen con la conclusión a la que arribó el sentenciante y se contraponen con la posibilidad espontánea de la víctima de poner límites temporales y de otro tipo a la relación, lo que evidencia justamente el control de sus impulsos.

En ese sentido, durante la audiencia oral señaló que, durante los exámenes que se le practicaron a la víctima en la investigación penal preparatoria, no se incluyó como punto a dilucidar su inmadurez sexual. Por otro lado, sostiene que el a quo tampoco ha fundado debidamente el aprovechamiento por parte del imputado de la supuesta inmadurez sexual de la víctima.

Agrega que la circunstancia aludida no puede inferirse del trato diferenciado que el imputado tenía con la víctima respecto de las hermanas de ésta y tampoco de la diferente de edad existente entre la niña y su defendido.

Destaca que la víctima de autos relató que todo lo hecho fue de común acuerdo y que cuando no quiso algo lo dijo y no pasó, por lo que –según su criterio– no puede afirmarse con grado de certeza que el imputado haya conocido la supuesta inmadurez sexual que ella tenía.

En virtud de ello, solicita se haga lugar al recurso interpuesto, revocando la sentencia condenatoria. Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del Procurador General

En oportunidad de emitir su dictamen, el Procurador General considera que el recurso de casación articulado debe ser rechazado en lo sustancial, toda vez que la sentencia cuestionada no contiene vicios en su fundamentación.

En ese orden, señala que se encuentra acreditado que el imputado se aprovechó de la inmadurez sexual de la víctima y de la convivencia a efectos de que accediera a las prácticas sexuales que le propuso, conforme analizó acertadamente el Tribunal.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Analizada la resolución cuestionada y los planteos del recurrente, estimo que corresponde rechazar el recurso de casación deducido en favor de C P A S , conforme se explicará a continuación.

Ahora bien, para fundar la solución anticipada, realizaré de forma preliminar una serie de observaciones generales teniendo en cuenta la condición de la víctima (a) y luego analizaré la sentencia y los agravios relativos a la valoración probatoria efectuada por el a quo (b).

a. Consideraciones generales

Tal como surge de las constancias de la causa, entiendo que la víctima en autos MBS pertenece a un **sector vulnerable de la población** y por tanto estimo oportuno realizar algunas consideraciones en torno a los compromisos asumidos por el Estado argentino de asegurar un efectivo acceso a la justicia (arts. 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), particularmente en lo que respecta a la garantía de acceder a una investigación penal seria respecto un delito cometido en ámbitos de incumbencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante SIDH) –esto, en el pleno entendimiento de la condición de obligación de medios que rige a su respecto–; considerando, a su vez, que la investigación criminal realizada en forma acorde a los mandatos de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos funge como una medida de reparación para la víctima y sus familiares, y como una garantía de derecho a la verdad.

Conforme los estándares internacionales y regionales, debo señalar que MBS, quien fue víctima de abuso sexual por parte del imputado cuando era menor de edad, es titular de una doble protección jurídica: por ser mujer y niña.

Se trata entonces de una doble condición de vulnerabilidad que la atraviesa, por cuanto cada una de dichas condiciones demandan una especial protección por parte de todos los agentes de la organización estatal, a fin de prevenir la violencia de la que históricamente han sido objeto; y de los operadores del derecho, quienes tienen la obligación de ser diligentes en la investigación, imprimiendo en el análisis de estos casos una lectura desde el enfoque de género, con el objeto de brindar una solución justa en cada caso.

Tal como he sostenido en pronunciamientos anteriores, en lo que respecta a la investigación criminal como garantía del derecho a la verdad, interesa destacar que tanto la Corte como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH y CIDH respectivamente), han sostenido que el derecho a la verdad se vincula de manera directa con los derechos a las garantías judiciales y de protección judicial, los cuales se encuentran establecidos en los artículos XVIII y XXIV de la Declaración Americana, así como en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana (cfr. Informe CIDH, Derecho a la verdad en las Américas, 13 de agosto de 2014, párr. 66).

Este compromiso implica que el Estado tiene la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para investigar seriamente lo sucedido y, en su caso, sancionar a los responsables de los hechos. Este derecho no sólo pertenece a la víctima y sus familiares, sino también a la sociedad en su conjunto, cuando se han vulnerado derechos humanos (**ver «Concha, Jesús»**, expte. N° 13- 04292884-9/1, 20 de setiembre de 2018).

La Corte IDH en el «**Caso Bámaca Velázquez vs. Guatemala**», se pronunció por primera vez en este sentido, reconociendo expresamente que el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de las víctimas o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que provienen de los derechos a las garantías judiciales y protección judicial, establecidos en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana (Cfr. Corte IDH, **Caso Bámaca Velázquez vs. Guatemala**, sentencia de 31 de enero de 2006, Serie C N° 70, párr. 201).

Expresamente señalé en el precedente registrado en CUIJ N° 13-04292884-9/1 que «en pos de lograr tal objetivo, la Corte IDH ha determinado que las autoridades encargadas de las investigaciones tienen el deber de asegurar que en el curso de las mismas se valoren los patrones sistemáticos que permitieron la vulneración a los derechos y garantías reconocidos en las convenciones.

Sostuvo también, que para garantizar su efectividad, las investigaciones deben ser conducidas tomando en cuenta la complejidad de este tipo de hechos y de la estructura en la cual se ubican las personas probablemente involucradas en este tipo violaciones, de acuerdo al contexto en que ocurrieron, evitando así omisiones en la recaudación de prueba y en el seguimiento de líneas lógicas de investigación (Cfr. **Informe CIDH, Derecho a la verdad en las Américas, 13 de agosto de 2014, párr.78**)».

En este entendimiento, y a fin de tener una mayor comprensión de esta problemática, debemos analizar el tema a partir de dos premisas fundamentales: i) la violencia sexual contra niñas y mujeres es una de las manifestaciones más claras de una cultura patriarcal que fomenta el control del cuerpo y la sexualidad de las mujeres; y ii) que los patrones de discriminación estructural que padecen las mujeres proveen el escenario donde se reproduce y fomenta la violencia sexual (cfr. **CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; parr. 17**).

Por lo tanto, para brindar una solución justa para el caso sub examine debemos imprimir en su análisis una lectura desde el enfoque de género.

Así, la violencia ejercida contra las mujeres en razón de su género ha merecido un especial amparo, a nivel supranacional a través de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), a la cual adhirió nuestro país mediante la sanción de la ley 24.632, en donde se establecen las obligaciones del Estado respecto de la erradicación de la violencia de género.

Del mismo modo, **las 100 Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de las Personas** en Condición de Vulnerabilidad, adoptada durante la Cumbre Judicial Iberoamericana por los presidentes de las Supremas Cortes de Justicia, y aprobada por esta Corte mediante Acordada 24.023, tiene por objeto garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad y, entre ellas, a las mujeres, niñas y niños que forman parte de la población vulnerable por hallarse discriminadas en razón de su género.

A nivel nacional la Ley 26.485, estableció criterios en la interpretación de la prueba, que si bien constituyen pautas generales, importan un compromiso para el juzgador de valorar la prueba con perspectiva de género, es decir, con una mirada integral de la problemática, analizando las particularidades que presenta cada contexto en que se desarrolla el hecho.

De esta manera el art. 16 de la referida normativa establece la garantía que la investigación se realice bajo un estándar de amplitud probatoria para acreditar los hechos «teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos», en tanto el art. 31 conmina a los operadores judiciales a que ponderen, en orden a acreditar que el hecho tuvo

lugar en un contexto de violencia de género, todas las presunciones que se construyan a través de indicios graves, precisos y concordantes.

Por su parte, la jurisprudencia tanto en el sistema interamericano, como a nivel nacional, ha construido paulatinamente los lineamientos o estándares en la interpretación de la prueba en materia de género, reflejando en su análisis una visión integral de la temática y la especial ponderación del testimonio de la víctima. La Corte IDH receptó esta problemática por primera vez en el caso **«Castro Castro vs. Perú»**, en donde meritó el testimonio de la víctima como «necesario y suficiente» en la determinación de los hechos, reiterando esta postura en los casos **«Rosendo Cantú e Inés Fernández Ortega vs. México»**.

En el caso **«Campo Algodonero vs. México»**, la Corte IDH delineó estándares de prueba en supuestos en los que la víctima había fallecido, valiéndose de otros elementos independientes a la declaración de las víctimas para acreditar la violencia desplegada hacia la mujer.

En el caso, consideró suficiente para tener por probado el ensañamiento de carácter sexual padecido por las víctimas, el hallazgo de los cuerpos desnudos y mutilados.

Sentado cuanto precede, entiendo que el tribunal sentenciante interpretó en forma satisfactoria los estándares probatorios delineados tanto en el sistema interamericano como en el orden nacional, en tanto para la acreditación de los hechos constitutivos de la agresión sufrida por la víctima MBS, ponderó todos los elementos de juicio incorporados legítimamente al debate bajo los parámetros de valoración que impone la temática en estudio.

Por último, y tal como lo adelantara, entiendo que una sentencia justa que ponga de manifiesto la verdad de los hechos, y la individualización y castigo de su responsable constituye per se una medida de reparación para la víctima y sus familiares.

En este sentido, la CIDH entendió que forma parte del derecho a la reparación por violaciones de los derechos humanos, en sus modalidades de satisfacción y garantías de no repetición, el derecho que tiene toda persona y la sociedad a conocer la verdad íntegra, completa y pública sobre los hechos ocurridos, sus circunstancias específicas y quienes participaron en ellos (cfr. CIDH, Informe Nº 37/00, Caso 11.481, Monseñor Oscar Arnulfo Romero y Galdámez, El Salvador, 13 de abril de 2000, párr. 148).

En este entendimiento, el ex juez interamericano Augusto Cancado Trindade en su voto razonado en el **Caso Bulacio c/ Argentina**, ya destacó que las reparaciones revisten un doble significado: proveer satisfacción a las víctimas, o sus familiares, cuyos derechos han sido violados, y restablecer el orden jurídico quebrantado por dichas violaciones (Cfr. Corte IDH, **«Caso Bulacio c/ Argentina»**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 18 de setiembre del 2003. Serie C, Nº100. Voto razonado del Juez Cancado Trindade, párr. 37).

Como corolario de lo expuesto, pretendo destacar la importancia de que los operadores del derecho lleven adelante una investigación diligente y guiados por los particulares contextos en que se desarrollan los hechos violatorios de derechos humanos, y la aplicación de los estándares probatorias ya delineados a fin de obtener una decisión justa que determine la verdad de los hechos y, en su caso, el castigo de sus responsables.

Todo ello implica, en definitiva, y como medida de reparación, poner en valor a las personas como titulares de los derechos reconocidos en las convenciones de derechos humanos. b. Acerca de la valoración probatoria efectuada por el sentenciante.

En este punto, corresponde señalar que los agravios recursivos se centran en cuestionar la ponderación probatoria que derivó en que el a quo tuviera por acreditada la existencia de dos de los elementos

determinantes del tipo endilgado, concretamente, la inmadurez sexual de la víctima y el aprovechamiento de tal circunstancia por parte del imputado.

Al respecto, advierto que los planteos no resultan novedosos, en tanto formaron parte de la estrategia defensiva y fueron desarrollados ampliamente por la defensa técnica de A en oportunidad de exponer sus alegatos durante el debate oral y público; y, como consecuencia de ello, analizados por el sentenciante al tomar la decisión que aquí se cuestiona, con la perspectiva de género precedentemente analizada.

En efecto, el tribunal de juicio ha desvirtuado mediante sólidos argumentos cada una de las críticas que los letrados defensores formularon a la hipótesis acusatoria, tal como surge de los fundamentos bajo estudio.

Por otro lado, considero que los cuestionamientos casatorios no resultan más que una interpretación parcializada de los elementos de prueba incorporados a la causa, basada en el rol procesal que los letrados defensores ocupan pero sin asidero en las constancias de la causa. Veamos.

En primer lugar, lo que respecta al argumento relativo a la falta de acreditación de la inmadurez sexual de MBS, entiendo que la valoración probatoria efectuada por el a quo pone de manifiesto que no le asiste razón a los recurrentes.

En ese orden, la defensa del imputado entiende que esa circunstancia no se ha podido acreditar, en tanto la inmadurez referida no surge de la declaración prestada por la Licenciada Rezinovsky y tampoco de lo sostenido por el licenciado Díaz Olá, puesto que sus argumentos no se condicen con la conclusión del a quo ni con las limitaciones que la niña puso al imputado, lo que revelaría que sí tenía control de sus impulsos.

Sin embargo, las alegaciones de los recurrentes no pueden ser avaladas en esta instancia, en virtud de que el sentenciante ha descartado el dictamen de la perito Rezinovsky, mediante el que se pretendía acreditar la madurez sexual de MBS, por entender que no se encontraba debidamente fundado, porque no dio razones en función de las cuales excluyó los indicios que autorizaban a inferir la inmadurez de la niña y por ser contradictorio al negar su inmadurez sexual, por un lado, y afirmar, por el otro, que resultaba necesario para determinarlo un análisis específico en el área de madurez psicosexual, el que no se ha realizado.

Asimismo, considero que las conclusiones de Díaz Olá no resultan contradictorias con las conclusiones del a quo ni con las constancias de la causa.

En efecto, el tribunal de juicio concluyó que MBS era inmadura sexualmente al momento de los hechos, basándose no sólo en los dichos del licenciado antes referido, sino también en las declaraciones de Agustina Cotiquelli –hermana de la víctima de autos– y de las licenciadas María Jesús Bunader, Marisa Fusari y María Fernanda Casciola, quienes refirieron que «era todo nuevo para ella» (fundamentos, fs. 528 vta.).

En ese sentido, el sentenciante entendió que la inmadurez de MBS surge de la edad de 13 años que tenía la víctima –apenas un poco mayor del rango etario respecto del cual la ley postula la inmadurez sexual, sin admitir prueba en contrario–, de «la posición que asumi[ó] la menor una vez que los hechos sal[ieron] a la luz [...] momento en que la niña percibe la dimensión de sus actos», de que «[MBS] no se daba cuenta hasta que su hermana la descubre junto con P», de que «no entendió que estaba pasando; que ella siempre refirió que no sabía la gravedad o a lo que se estaba exponiendo» y de la «re-significación de lo ocurrido, pasando de un enamoramiento al abuso, situación que no había sentido durante los hechos» (fundamentos, fs. 529 vta./530).

Destacó también que no negaba que «la niña conociera lo que hacía y que existiera una participación activa» en los hechos que se le imputan a A , pero que «debido a su inmadurez psicosexual, no logró comprender íntegramente el verdadero significado, sentido y naturaleza de esa aceptación o acompañamiento en los acontecimientos» (fundamentos, fs. 530 vta.). Y, si bien el recurrente se agravia de que, en los exámenes que se practicaron a la víctima durante la investigación penal preparatoria, no se indagó acerca de su inmadurez sexual, lo cierto es que los profesionales del EDeAAS sí tuvieron en cuenta la inmadurez emocional de MBS, y sostuvieron que esa circunstancia «se relaciona con una falta de madurez en lo sexual», conforme sostuvo el a quo a fs. 530 de sus fundamentos.

Tal afirmación, sumada a los otros extremos antes detallados, refleja que la inmadurez sexual de la niña se encuentra suficientemente corroborada en autos.

En segundo lugar, estimo que tampoco se advierten falencias en el razonamiento del a quo que tiene por acreditado el aprovechamiento de aquélla inmadurez por parte del imputado.

Así, a pesar de las críticas que los recurrentes formulan a esa conclusión, ha quedado claro que la «especial predisposición del imputado hacia [MBS], llevando adelante actos que tendían a ayudar o apuntalar a Martina en el desenvolvimiento de sus actividades diarias [...] son claras conductas tendientes a lograr una especial aceptación del oferente», como sostuvo el a quo a fs. 531 de sus fundamentos.

En ese orden, también resultan evidentes indicios de aprovechamiento la marcada diferencia etaria entre víctima e imputado (diecisiete años) y la temprana edad de la niña, de la cual podía inferirse que no tenía acabada comprensión de las conductas que ambos estaban llevando a cabo, lo que sumado al «acercamiento sentimental creciente» descrito por la propia MBS y por sus hermanas (ver fs. 527 y vta.), condujo al sentenciante a considerar probado el otro elemento típico resistido por la defensa de A .

Si bien los impugnantes sostienen que estos elementos no resultan suficientes para dar por cierto el aprovechamiento, no puede soslayarse que tampoco aportan elementos para poner en duda la conclusión a la que llega el a quo con fundamento en los indicios señalados con anterioridad.

Es decir, que cuestionan el razonamiento del sentenciante sin dar razones suficientes y novedosas que avalen su hipótesis defensiva, lo que conduce al rechazo de sus argumentos también en esta instancia. En definitiva, considero que, el tribunal de juicio ha llegado al grado de convicción necesario para tener por acreditados los hechos objeto del proceso, basándose en la ponderación de los elementos de prueba, incorporados a la causa con la conformidad de las partes, conforme a las reglas que impone la sana crítica racional con perspectiva de género; no advirtiéndose fisuras ni arbitrariedades en su razonamiento.

En virtud de lo expuesto, entiendo que corresponde dar respuesta negativa a la primera cuestión sometida a consideración de esta instancia. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: De lo expuesto considero oportuno destacar que al momento de resolver el sentenciante asumió una perspectiva integral en relación a los criterios de valoración señalados en la Ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollan sus relaciones interpersonales. En este sentido debo señalar que sobre la cuestión tuve ocasión de pronunciarme en diversos precedentes (“**Cruz Caporiccio**”, “**Merlo Lassa**”; “**Quiroga Morales**”; “**Ojeda Pérez**”; “**Vázquez Tumbarello**”; **entre otros**). **En especial en “Ojeda Pérez”** sostuve que «[...] comparto que aquella concepción según la cual la perspectiva o visión de género es una “categoría analítica que toma los estudios que surgen desde las diferentes vertientes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma, cuestionar los estereotipos y elaborar nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad al servicio de

la igualdad y la equidad” (UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017).

Destaco la idea de igualdad contenido en la definición en tanto se encuentra no sólo consagrada expresamente en el texto constitucional (art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza), sino, también, en el ámbito de la normativa internacional. Así, entre otros, la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” - Belem Do Pará -, garantiza que toda mujer tiene “el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley” (art. 4, inc. “f”).

Sostuve también en esa ocasión que «[...] en nuestro ordenamiento interno, la ley nacional 26.485 es una norma orientada pura y exclusivamente a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las "mujeres".

En tal sentido, entre sus objetivos primordiales, el propio texto promueve y garantiza “la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida”, “el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia”, “las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos”, como también, “la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres”(art 2, inc. a, b, c y e respectivamente)».

Así, «[...] ese texto normativo vino a imponer un verdadero “deber jurídico” para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas. Sus destinatarios directos son aquellos sujetos que integran los órganos decisores en el marco de los procesos judiciales penales, ya sea por el lado de quienes resultan facultados para disponer sobre el curso de investigación, como también, respecto de quienes son los encargados de su juzgamiento».

Ese deber jurídico no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley. Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que «[l]os organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativos, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional [...] los siguientes derechos y garantías: i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son su naturales testigos [...]» (art. 16)». Ahora bien, «[...] además de ese deber genérico, ya en el terreno que resulta propio a la actuación de los órganos de justicia dentro de los procedimientos jurisdiccionales penales, el texto legal contiene dos normas que consagran lineamientos funcionales para los operadores del sistema de administración de justicia en el abordaje de la problemática de género.

En consonancia con el sistema de protección integral, se consagra el principio de «amplia libertad probatoria» para tener por acreditados “los hechos denunciados, evaluándose las pruebas ofrecidas de acuerdo con el principio de la sana crítica. Se considerarán las presunciones que contribuyan a la demostración de los hechos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes” (art 31)».

De tal manera «[...] el texto legal vigente [ley 26.485] no introduce un nuevo método de valoración probatoria para los casos de violencia de género, puesto que siempre la prueba debe valorarse conforme al sistema de la sana crítica racional (art. 206 y 409 del CPP).

A mi modo de ver, la imposición de un método de valoración de la prueba como herramienta obligatoria para el abordaje de esta problemática, se justifica ante la necesidad de evitar que los órganos jurisdiccionales decisores puedan apartarse en la adopción de decisiones, del contexto fáctico que es propio a este género de conductas delictivas». Así, «[...] el acierto de la ley consistió en establecer, en

forma igualitaria, un método de valoración que evite la discriminación que en ocasiones ocurría por prácticas derivadas de la cultura jurídica patriarcal inquisitiva, que se transformaron en consuetudinarias, y que era necesario erradicar.

Repárese que es la propia Convención Belem Do Pará donde se fija, como un deber de los Estados el “tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer” (art. 7, inc. “e”).

Ello no resulta novedoso para la labor jurisdiccional en razón de que «[...] siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba –objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento.

Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto. Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas».

Conforme a lo expresado «[...] es el contexto en el que se inserta el hecho delictivo el que viene a determinar el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio. Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres el testimonio de la víctima ostenta un valor fundamental en la comprobación de los extremos de una imputación delictiva, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la responsabilidad penal derivada del mismo».

Por todo ello, uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo. A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables.

De tal manera «[...] uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo.

A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables». De no proceder de esta manera estaríamos recreando la sociedad estamental –con características propias- del Estado premoderno, lo que implicaría una vulneración del principio de igualdad -consagrado en el art. 16 de la CN y 7 de la CM-, el que, a su vez, constituye uno de los pilares de la República Federal.

A lo señalado debe sumarse, tal como destaqué en el **precedente “Vázquez Tumbarello”, la relevancia de la ley 27.499, denominada «Ley Micaela»,** en tanto dispuso la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra la mujer para todas las personas que desempeñen la función pública, en cumplimiento del objetivo señalado.

En coincidencia con aquella normativa la Acordada n° 29.318 de esta Suprema Corte de Justicia, y su anexo «Programa de capacitación permanente para la incorporación de la perspectiva de género en el marco de la Suprema Corte de Justicia».

Así, con fundamento en el principio de igualdad y la consecuente prohibición de discriminación, se dispusieron una serie de acciones concretas para asegurar la «igualdad real» de las mujeres en sus relaciones interpersonales.

En conclusión, entiendo que la trascendencia de la ley 26.485 radica no en conformar un estatus jurídico distinto aplicable a la mujer, sino que mediante la capacitación dirigida a los funcionarios públicos y, en lo que aquí interesa, a funcionarios y magistrados del poder judicial, se otorgue una perspectiva para valorar los elementos probatorios bajo el prisma de la igualdad consagrada en la normativa nacional.

Ella debe estar despojada de estereotipos y prácticas relacionadas con la cultura jurídica patriarcal-inquisitiva, plasmada en usos y costumbres que importaron, e importan, prácticas que impiden poner en contexto los medios convictivos al momento de su ponderación.

Estas consideraciones, como adelanté, las entiendo plenamente aplicables al caso por cuanto nos encontramos frente a un supuesto de violencia de género en donde el tribunal de instancia anterior ha tenido en cuenta los parámetros antes referidos al momento de la ponderación de los elementos de prueba obrantes en la causa. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Puesto a resolver el recurso casatorio promovido coincido con la solución a la que llega mi colega preopinante y, en cuanto a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género, me remito a lo oportunamente señalado en «**Di Cesare Morales**» y «**Mejía Salvador**» por resultar aplicable en ese aspecto el presente caso. ASÍ VOTO.

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

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 535/546 de estos obrados por la defensa de C P A S y, en consecuencia, confirmar la sentencia N° 666, dictada por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de esta Primera Circunscripción Judicial.
- 2.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 3.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen a sus efectos.

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

8- BRANCELLO. 05-03-20.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200305_FcBUD.pdf

Lex: Art. 119, 3° párrafo, 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto, 92 en función de los arts. 89 y 80, inc. 1° y 11° y 54, 239, 55 del CP. Ley 26485

Vox: VG. Abuso sexual. Acceso carnal. Amenazas simples. Concurso real. Lesiones leves dolosas doblemente calificadas. Relación de pareja preexistente. Violencia de género. Desobediencia.

Summa:

El **TPC** condenó al nombrado a la pena de **seis años de prisión** como autor del delito de abuso sexual con acceso carnal –dos hechos– y amenazas simples en concurso real, todo en contexto de violencia de género (arts. 119, inc. 3°, 149 bis primer párrafo, primer supuesto y 55 del CP y Ley 26485); lesiones leves dolosas doblemente calificadas en concurso ideal por una relación de pareja preexistente y por mediar violencia de género (arts. 92 en función de los arts. 89 y 80, inc. 1° y 11° y 54 del CP) y desobediencia a la autoridad en concurso real con amenazas simples, en contexto de violencia de género (arts. 239, 55 y 149 bis, primer párrafo, primer supuesto del CP)

La **defensa** interpone recurso de casación.

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

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 499, pronunciada por el TPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Voto Dr. Adaro

I- Valoración probatoria en materia de violencia de género. **Perspectiva de género:**

- Merlo Donaire. 08-03-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190308_FcMDJ.pdf
- Galdeano Reyes. 31-07-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=242>
- Concha, Jesús. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- Merlo Lassa. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf

Voto Dr. Palermo.

I- Valoración probatoria en materia de violencia de género. **Perspectiva de género:**

- Di Cesare Morales. 26-06-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=156>
- Mejía Salvador. 10-09-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=197>

Voto Dr. Valerio.

I- Valoración probatoria en materia de violencia de género. **Perspectiva de género:**

- Morales Quiroga.
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Merlo Lassa. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=243>
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>

Parágrafos destacados

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

Fallo.

CUIJ: 13-04809580-6/1((018602-11008)) FC/ B.U.D.H. P/ AMENAZAS SIMPLES EN CONC.REAL CON ABUSO (11008) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104889815*

En Mendoza, a los cinco días del mes de marzo del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04809580-6/1 caratulada “F. C/ B.U.D.H. P/ AMENAZAS SIMPLES EN CONCURSO REAL CON ABUSO... S/ CASACIÓN”.

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

La defensa de D.H.B.U. interpone recurso de casación contra la sentencia N° 499, mediante la que se condenó al nombrado a la pena de seis años de prisión como autor del delito de abuso sexual con acceso carnal –dos hechos– y amenazas simples en concurso real, todo en contexto de violencia de género (arts. 119, inc. 3°, 149 bis primer párrafo, primer supuesto y 55 del CP y Ley 26485) investigados en autos N° P-11.008/18; lesiones leves dolosas doblemente calificadas en concurso ideal por al relación de pareja preexistente y por mediar violencia de género (arts. 92 en función de los arts. 89 y 80, inc. 1° y 11° y 54 del CP) investigados en autos N° P-6483/18; y desobediencia a la autoridad en concurso real con amenazas simples, en contexto de violencia de género (arts. 239, 55 y 149 bis, primer párrafo, primer supuesto del CP) investigados en autos N° P-28.372/18; pronunciamiento dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de esta Primera Circunscripción Judicial, actuando en forma unipersonal.

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

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

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

1.- La sentencia recurrida

El tribunal impugnado resolvió del modo precedentemente señalado, por entender acreditado que «[...] sin poder precisar fecha exacta pero un día domingo en el mes de diciembre de 2017, siendo aproximadamente las 07.00 horas, R.L.G.M. regresaba a la vivienda de quien resultaba ser su pareja, D.H.B., ubicada en calle ..., cuando fue interceptada por el mencionado, quien mientras la acusaba de estar ebria y de haberlo engañado le olió todo el cuerpo, le arranco la ropa que R.G. llevaba puesta y le tocó la vagina para verificar que no hubiera mantenido relaciones sexuales con otra persona. Luego, D.H.B. la tiró al piso del comedor de la vivienda y la forzó a tener relaciones sexuales, accediéndola vía vaginal y venciendo la resistencia de la víctima tomándola con fuerza del cuello y diciéndole que si apretaba la mataría y que eso se lo hacía “por puta”. Ese mismo día, pero en horario de la tarde y en el mismo domicilio en mención, D.H.B. obligó a R.G. a salir de la ducha y la empujó en una cama matrimonial donde duermen las hijas del sindicado y nuevamente la forzó a tener relaciones sexuales accediéndola vía vaginal y aunque la mujer lloraba, el sujeto le dijo que eso le pasaba “por puta”». Y que «... el día 30 de enero de 2018, siendo aproximadamente las 08.30 horas, R.L.G.M. se encontraba en su domicilio ubicado en Barrio ..., cuando recibió tres llamadas de parte del número de teléfono ... pero al atender escuchaba que una persona respiraba. La tercera vez que atendió se trataba de la ex pareja de la mencionada, D.H.B., quien le expresó: “tengo que sacar el carnet y no lo puedo hacer hija de puta, sacame la denuncia, (...) te voy a hacer mierda al guacho y a vos, te voy a cagar en todo lo que te pueda cagar”, provocando un temor

fundado en R.L.G.M., quien había denunciado a D.H.B. dando inicio a los autos n° P-6.483/18» (en relación al hecho investigado en autos N° P-11.008/18; fundamentos, fs. 426 vta.).

Para así resolver, el sentenciante valoró la declaración de R. G., de N.O., de R.P., de la licenciada Patricia Moles, de la licenciada María Jesús Bunader, de los testigos ofrecidos por la defensa: V.P., C.U., D.A., J. E., M. P., C. A. y C. S., el informe de valoración de riesgo de violencia física obrante a fs. 41/42 de autos N° P-6483/18, el informe psíquico del imputado, la evaluación psicológica realizada a la víctima e informe de llamadas telefónicas de fs. 69.

De igual modo, se tuvo por probado que «el día 20 de enero de 2018, a las 16.00 hs., aproximadamente, en ..., ... D.H.B.U., se encontraba a bordo de una camioneta marca Peugeot modelo 504 color blanca con cúpula, junto a su pareja con quien convive desde hace diez meses, R.L.G. M., momentos en que se originó una discusión entre ellos. D.H.B.U. la tomó de su mano izquierda con la mano derecha y con la mano izquierda la amarró de sus cabellos arrastrándola hacia el piso del vehículo, ocasionándole equimosis en antebrazo izquierdo de 1 cm, hematoma de eminencia y 1° dedo mano izquierda, con tiempo probable de curación e inutilidad laboral menor a un mes, según informe del Cuerpo Médico Forense, y luego le manifestó “hija de puta, te voy a matar, te voy a quemar todo, te voy a hacer bosta al guacho culiado de tu hijo”» (respecto del hecho investigado en autos N° P-6483/18; fundamentos, fs. 430). El Tribunal llegó a esa conclusión luego de ponderar la declaración testimonial de R.G., de N. O., de S.H.G., de la Dra. Andrea Brahim y el examen físico de fs. 48. Asimismo, el a quo consideró acreditado que «el día 05 de abril de 2018, siendo aproximadamente las 13:45 hs., [...] D.H.B.U., a bordo de una camioneta se presentó en Calle ..., a cincuenta metros de calle ..., donde se encuentra ubicado el Colegio ..., al cual concurre el hijo de su ex pareja R. L. G.M., quien en ese momento se encontraba caminando por la mencionada calle tras dejar a su hijo en la escuela. Inmediatamente, el ciudadano D.H.B.U., al verla, disminuyó la velocidad hasta casi detenerse a su lado y cuando estuvo cara a cara con ella, se pasó el dedo por el cuello, haciéndole entender a la víctima que le iba a cortar el cuello, por lo que provocó miedo en ella con tal actitud. De tal forma, ... D.H.B. desobedeció una orden de prohibición de ingreso y restricción de acercamiento a una distancia no inferior a los trescientos (300) metros del domicilio de la víctima y a cualquier otro sitio al que habitualmente u ocasionalmente concurriera la Sra. R.L.G. y/o su hijo O.G., bajo apercibimiento de lo dispuesto por el artículo 239 del Código Penal, medida dispuesta por el Juzgado de Familia N° 8 de Godoy Cruz, para fecha 08 de febrero de 2018, en autos N° 163/18/8F, y respecto de cual se encuentra debidamente notificado para fecha 14 de febrero de 2018 en forma personal» (en relación al hecho investigado en autos N° P-28.372/18; fundamentos, fs. 431 vta.).

El sentenciante decidió de tal manera con fundamento en la valoración de la declaración testimonial de R.G., de R.P., del testigo ofrecido por la defensa C. A. y los dichos del propio imputado.

2.- El recurso de casación de la defensa de D. B.

La recurrente promueve su impugnación a tenor de lo dispuesto por el art. 475, incisos 1° y 2° del CPP, esto es, por considerar que existen vicios in iudicando y vicios in procedendo en la resolución que cuestiona.

Luego de hacer una breve reseña de los hechos endilgados a su defendido, expresa que en la causa N° P-6483/18 la privación de libertad que se dispuso contra B. fue arbitraria e ilegítima, puesto que sin existir decreto ni oficio que solicite su puesta a disposición al amparo de la Ley 6722, art. 11, inc. 3, se tomaron las medidas propias de un aprehendido en flagrancia. Asimismo, señala que el acta de procedimiento sólo fue ratificada por uno de los firmantes pese a que fueron dos los policías que suscribieron el instrumento. Pone de resalto que a fs. 02 de esas actuaciones obra copia simple del certificado emitido por la Dra.

Malagamba del Centro de Salud ..., del que surge que la médica constató lesiones antiguas y el diagnóstico de «traumatismo» fue consignado entre signos de pregunta.

Destaca que en la denuncia obrante a fs. 05/09 la señora G. relata el hecho de ..., describiéndolo dos veces de manera diversa, lo que hace dudar de su credibilidad.

En ese orden, expresa que G. en esa oportunidad –20 de enero de 2018– manifestó que vivía hacía diez meses con B. y que únicamente le había dado dos cachetadas, pero que diez días después denunció un hecho ocurrido en diciembre de 2017, contradiciéndose con sus propios dichos. De estas circunstancias, la recurrente deduce que el hecho ocurrido en ... no resulta más que un forcejeo entre G. y B., que culminó con lesiones culposas producidas en el marco de actos ofensivos y defensivos de ambos partícipes. Sostiene que la intención de la denunciante ha sido clara, en tanto lo único que pretendió es que el imputado esté en la cárcel, como surge de las constancias de fs. 07.

Entiende que la denunciante no ha sentido temor por los dichos de su defendido, puesto que sólo expresó haberse «vuelto loca» cuando el imputado maltrato a su hijo, no autorizó que se le aplicara un sistema de localización geo-referencial por «peligro de su integridad física» (fs. 11) y porque recién concurrió al juzgado de familia el 07 de febrero de 2018. La impugnante considera que el Tribunal realizó una errónea valoración de la prueba incorporada al restar valor al testimonio de S. H., única testigo imparcial del hecho, dándole preponderancia a la declaración de la denunciante que resulta contradictoria en sí misma y con otros elementos como el certificado médico aludido.

Señala también que el sentenciante incurrió en una contradicción al reconocer, primero, que el hecho ocurrido en ... constituyó un forcejeo y, luego, restándole culpa y dolo a G., le atribuyó lesiones dolosas a B.. Solicita se declare la nulidad de toda la sentencia impugnada, debido a que a fs. 430 y vta. el Tribunal cita a la denunciante relatando que había sufrido una fractura en la mano izquierda y luego expresa que «los dichos de G. en cuanto a las lesiones producidas se encuentran acreditadas con certificado médico de fs. 2». En ese sentido, sostiene que ni el certificado médico ni el Cuerpo Médico Forense acreditan que la denunciante haya sufrido una fractura.

Por otro lado, expresa que en la causa en la que se investigan las llamadas telefónicas que recibió R.G. no se ha podido acreditar que el imputado haya sido el usuario del número telefónico desde el que se hicieron las llamadas, toda vez que en las actas de las tres causas acumuladas su defendido figura con un número distinto. Refiere que tampoco se conoce el contenido de las llamadas. La recurrente pone de resalto que del examen psicológico que se le efectuó a la denunciante en autos N° 6483/18 no surge que presentara ninguna clase de estrés postraumático compatible con el abuso sexual con acceso carnal que habría sufrido con anterioridad a la fecha de esos hechos.

Asimismo, solicita la declaración de nulidad de las actas de declaración testimonial de R.P. y de N.O. (fs. 148/150 y de fs. 173 y vta., respectivamente) como también la prestada durante el debate y la incorporación por lectura de sus declaraciones prestadas durante la instrucción al debate, en tanto su citación durante la investigación penal preparatoria nunca fue notificada a la defensa técnica de B.. Sin perjuicio de ello, cuestiona la declaración de ambas testigos por entender, por un lado, que la de R.P. demuestra un fuerte resentimiento hacia el imputado y no pudo dar precisiones de los hechos denunciados por G. y, por otro, que los dichos de N.O. son falaces. Expresa que del informe del Licenciado Guillermo Messina –perito de control– no puede derivarse que su defendido sea propenso a conductas violentas de tipo «dominante de género masculino al femenino» y que la declaración indagatoria del imputado es conteste con el examen de la Dra. Lara, obrante a fs. 197 de autos N° P-11008/18.

Señala también que el sentenciante no tuvo en cuenta el informe del CMF conforme el cual «no se advierten indicadores de alteraciones psicopatológicas de significación médico legal que correlacionen con un cuadro nosográfico de trastornos en la esfera sexual».

En relación a los hechos subsumidos en la figura de abuso sexual, destaca notorias contradicciones en el relato de la víctima, referidos a circunstancias de modo y lugar. Sostiene que aún cuando la licenciada Moles –que entrevistó a G. por otra de las denuncias– no conociera el presunto hecho de abuso, esta circunstancia debe advertirse en las entrevistas psicológicas y que, a pesar de ello, se dictaminó que la denunciante no tenía signos de estrés por abuso sexual. Luego de reseñar lo manifestado por la testigo M.P., indica que su declaración es conteste con lo manifestado por su defendido en cuanto a que le devolvió a la denunciante el celular que ella dijo que habría arrojado al techo y a los rasguños que B. tenía en el brazo.

Asimismo, menciona la declaración del vecino que vio a G. llegar por los techos e ingresar al patio del departamento del imputado en diciembre de 2017, día en que supuestamente ocurrieron los hechos de abuso que se denunciaron meses después.

Finalmente, en relación al hecho calificado como desobediencia, entiende la recurrente que existen dos versiones distintas y que la hipótesis de la acusación no ha tenido en cuenta, en primer lugar, que los dichos de la denunciante y su amiga no son coincidentes; y, en segundo lugar, que considerando que la calle ... es una de las vías de acceso a la vivienda del imputado y que la Fiscalía no ha demostrado que exista una calle alternativa, el encuentro fue casual.

En consecuencia, considera que no se configura el tipo subjetivo del delito de desobediencia, por lo que debe absolverse a su defendido en relación a esta figura penal. En virtud de ello, solicita se haga lugar al recurso interpuesto, declarando la nulidad de la sentencia impugnada. Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del Procurador General

En oportunidad de emitir su dictamen, el Procurador General considera que el recurso de casación articulado debe ser rechazado en lo sustancial, toda vez que la defensa del imputado pretende una revisión ex novo de lo que ya ha sido tratado en el debate y sometido a la contradicción de acusación y defensa.

Expresa que la sola reiteración de la posición defensiva, no alcanza para romper el cuadro probatorio e indiciario colectado por la investigación y relevado por el a quo en el debate y plasmado en la sentencia. Por otro lado, señala que la recurrente pretende hacer valer nulidades relativas en forma extemporánea que nunca fueron objeto de reclamo en su oportunidad y que, por lo tanto, surge evidente la preclusión de la etapa para objetarla.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Analizada la resolución cuestionada y los planteos del recurrente, estimo que corresponde rechazar el recurso de casación deducido en favor de D.H.B., conforme se explicará a continuación.

A los fines de fundar la solución anticipada, realizaré de forma preliminar una serie de observaciones generales teniendo en cuenta la condición de la víctima (a) y luego analizaré la sentencia y los agravios relativos a la valoración probatoria efectuada por el a quo (b).

a) Consideraciones generales

Tal como surge de las constancias de la causa, entiendo que la víctima en autos RLG pertenece a un sector vulnerable de la población y, por tanto, estimo oportuno realizar algunas consideraciones en torno a los

compromisos asumidos por el Estado argentino a fin de asegurar un efectivo acceso a la justicia (arts. 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), particularmente en lo que respecta a la garantía de acceder a una investigación penal seria respecto un delito cometido en ámbitos de incumbencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante SIDH) –esto, en el pleno entendimiento de la condición de obligación de medios que rige a su respecto–; considerando, a su vez, que la investigación criminal realizada en forma acorde a los mandatos de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos funge como una medida de reparación para la víctima y sus familiares, y como una garantía de derecho a la verdad.

Conforme los estándares internacionales y regionales, debo señalar que RLG, quien fue víctima de abuso sexual por parte del imputado es titular de protección jurídica: por ser mujer y por haberse producido los hechos en un contexto de violencia de género.

Se trata entonces de una **doble condición de vulnerabilidad** que la atraviesa, por cuanto cada una de dichas condiciones demandan una especial protección por parte de todos los agentes de la organización estatal, a fin de prevenir la violencia de la que históricamente han sido objeto; y de los operadores del derecho, quienes tienen la obligación de ser diligentes en la investigación, imprimiendo en el análisis de estos casos una lectura desde el enfoque de género, con el objeto de brindar una solución justa en cada caso. Tal como he sostenido en pronunciamientos anteriores, en lo que respecta a la investigación criminal como garantía del derecho a la verdad, interesa destacar que tanto la Corte como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH y CIDH respectivamente), han sostenido que el derecho a la verdad se vincula de manera directa con los derechos a las garantías judiciales y de protección judicial, los cuales se encuentran establecidos en los artículos XVIII y XXIV de la Declaración Americana, así como en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana (cfr. **Informe CIDH, Derecho a la verdad en las Américas, 13 de agosto de 2014, párr. 66**).

Este compromiso implica que el Estado tiene la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para investigar seriamente lo sucedido y, en su caso, sancionar a los responsables de los hechos. Este derecho no sólo pertenece a la víctima y sus familiares, sino también a la sociedad en su conjunto, cuando se han vulnerado derechos humanos (ver **“Concha, Jesús”,** expte. N° 13- 04292884-9/1, 20 de setiembre de 2018).

La Corte IDH en el **«Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala»**, se pronunció por primera vez en este sentido, reconociendo expresamente que el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de las víctimas o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que provienen de los derechos a las garantías judiciales y protección judicial, establecidos en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana (Cfr. **Corte IDH, Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala**, sentencia de 31 de enero de 2006, Serie C N° 70, párr. 201).

Expresamente señalé en el precedente registrado en CUIJ N° 13-04292884-9/1 que «en pos de lograr tal objetivo, la Corte IDH ha determinado que las autoridades encargadas de las investigaciones tienen el deber de asegurar que en el curso de las mismas se valoren los patrones sistemáticos que permitieron la vulneración a los derechos y garantías reconocidos en las convenciones.

Sostuvo también, que para garantizar su efectividad, las investigaciones deben ser conducidas tomando en cuenta la complejidad de este tipo de hechos y de la estructura en la cual se ubican las personas probablemente involucradas en este tipo violaciones, de acuerdo al contexto en que ocurrieron, evitando

así omisiones en la recaudación de prueba y en el seguimiento de líneas lógicas de investigación (Cfr. Informe CIDH, Derecho a la verdad en las Américas, 13 de agosto de 2014, párr.78)».

En este entendimiento, y a fin de tener una mayor comprensión de esta problemática, debemos analizar el tema a partir de dos premisas fundamentales: i) la violencia sexual contra niñas y mujeres es una de las manifestaciones más claras de una cultura patriarcal que fomenta el control del cuerpo y la sexualidad de las mujeres; y ii) que los patrones de discriminación estructural que padecen las mujeres proveen el escenario donde se reproduce y fomenta la violencia sexual (cfr. **CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; parr. 17**).

Por lo tanto, para brindar una solución justa para el caso sub examine debemos imprimir en su análisis una lectura desde el enfoque de género. Así, la violencia ejercida contra las mujeres en razón de su género ha merecido un especial amparo, a nivel supranacional a través de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), a la cual adhirió nuestro país mediante la sanción de la ley 24.632, en donde se establecen las obligaciones del Estado respecto de la erradicación de la violencia de género.

Del mismo modo, las **100 Reglas de Brasilia sobre el Acceso** a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, adoptada durante la Cumbre Judicial Iberoamericana por los presidentes de las Supremas Cortes de Justicia, y aprobada por esta Corte mediante Acordada 24.023, tiene por objeto garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad y, entre ellas, a las mujeres, niñas y niños que forman parte de la población vulnerable por hallarse discriminadas en razón de su género.

A nivel nacional la Ley 26.485, estableció criterios en la interpretación de la prueba, que si bien constituyen pautas generales, importan un compromiso para el juzgador de valorar la prueba con perspectiva de género, es decir, con una mirada integral de la problemática, analizando las particularidades que presenta cada contexto en que se desarrolla el hecho.

De esta manera el art. 16 de la referida normativa establece la garantía que la investigación se realice bajo un estándar de amplitud probatoria para acreditar los hechos «teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos», en tanto el art. 31 conmina a los operadores judiciales a que ponderen, en orden a acreditar que el hecho tuvo lugar en un contexto de violencia de género, todas las presunciones que se construyan a través de indicios graves, precisos y concordantes.

Por su parte, la jurisprudencia tanto en el sistema interamericano, como a nivel nacional, ha construido paulatinamente los lineamientos o estándares en la interpretación de la prueba en materia de género, reflejando en su análisis una visión integral de la temática y la especial ponderación del testimonio de la víctima.

La Corte IDH receptó esta problemática por primera vez en el caso «Castro Castro vs. Perú», en donde meritó el testimonio de la víctima como «necesario y suficiente» en la determinación de los hechos, reiterando esta postura en los casos «**Rosendo Cantú e Inés Fernández Ortega vs. México**». En el caso «**Campo Algodonero vs. México**», la Corte IDH delineó estándares de prueba en supuestos en los que la víctima había fallecido, valiéndose de otros elementos independientes a la declaración de las víctimas para acreditar la violencia desplegada hacia la mujer.

En el caso, consideró suficiente para tener por probado el ensañamiento de carácter sexual padecido por las víctimas, el hallazgo de los cuerpos desnudos y mutilados. Sentado cuanto precede, entiendo que el tribunal sentenciante interpretó en forma satisfactoria los estándares probatorios delineados tanto en el

sistema interamericano como en el orden nacional, en tanto para la acreditación de los hechos constitutivos de la agresión sufrida por la víctima RLG, ponderó todos los elementos de juicio incorporados legítimamente al debate bajo los parámetros de valoración que impone la temática en estudio.

Por último, y tal como lo adelantara, entiendo que una sentencia justa que ponga de manifiesto la verdad de los hechos, y la individualización y castigo de su responsable constituye per se una medida de reparación para la víctima y sus familiares.

En este sentido, la CIDH entendió que forma parte del derecho a la reparación por violaciones de los derechos humanos, en sus modalidades de satisfacción y garantías de no repetición, el derecho que tiene toda persona y la sociedad a conocer la verdad íntegra, completa y pública sobre los hechos ocurridos, sus circunstancias específicas y quienes participaron en ellos (cfr. CIDH, **Informe Nº 37/00, Caso 11.481, Monseñor Oscar Arnulfo Romero y Galdámez, El Salvador, 13 de abril de 2000, párr. 148**).

En este entendimiento, el ex juez interamericano Augusto Cancado Trindade en su voto razonado en el caso «Bulacio c/ Argentina», ya destacó que las reparaciones revisten un doble significado: proveer satisfacción a las víctimas, o sus familiares, cuyos derechos han sido violados, y restablecer el orden jurídico quebrantado por dichas violaciones (Cfr. **Corte IDH, «Caso Bulacio c/ Argentina». Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 18 de setiembre del 2003. Serie C, Nº100. Voto razonado del Juez Cancado Trindade, párr. 37**).

Como corolario de lo expuesto, pretendo destacar la importancia de que los operadores del derecho lleven adelante una investigación diligente y guiados por los particulares contextos en que se desarrollan los hechos violatorios de derechos humanos, y la aplicación de los estándares probatorios ya delineados a fin de obtener una decisión justa que determine la verdad de los hechos y, en su caso, el castigo de sus responsables. Todo ello implica, en definitiva, y como medida de reparación, poner en valor a las personas como titulares de los derechos reconocidos en las convenciones de derechos humanos.

b) Acerca de la valoración probatoria efectuada por el sentenciante.

En este punto, corresponde señalar que los agravios recursivos se centran en cuestionar la ponderación probatoria efectuada por el a quo en relación a las tres causas sometidas a juzgamiento.

Es por ello que, sin perjuicio del orden desarrollado por la recurrente, abordaré los agravios casatorios analizando por separado aquellos referidos a cada expediente. Veamos.

b.1.- Expediente Nº P-11.008/18

En relación a esa causa, la defensa técnica de B. ha efectuado los siguientes cuestionamientos: (i) falta de acreditación en cuanto a que el imputado sea el autor de las llamadas telefónicas; (ii) del examen psicológico efectuado a la víctima en autos Nº P-6483/18 no surge la comisión del abuso sexual; (iii) nulidad de las declaraciones testimoniales de R. P. y N. O. por falta de notificación a la defensa; (iv) falta de credibilidades de los relatos efectuados por los testigos antes individualizadas; (v) omisión de valoración del examen psicológico practicado al imputado, según el cual no se evidencian trastornos en la esfera sexual; (vi) ausencia de ponderación de la declaración testimonial de M.P. y del vecino que vio a G. ingresar a la vivienda por el techo; y (vii) falta de credibilidad en el relato de la víctima fundado en las contradicciones en que incurrió al describir las circunstancias en que se produjeron los abusos. Tal como se advierte de los fundamentos bajo estudio, los agravios precedentemente descriptos como agravios casatorios ya han sido objeto de tratamiento y refutación por parte del a quo.

En efecto, los argumentos no resultan novedosos y, mucho menos, suficientes para desvirtuar las razones que el sentenciante dio para rechazarlos durante el debate oral y público, durante el cual también fueron planteados.

Así, en relación al punto (i), el tribunal de juicio consideró que la credibilidad del relato de RLG –valorado conforme los parámetros establecidos por la ley 26.485, art. 16, inc. 1º)–, sumado a la correspondencia de lo manifestado por ella con la duración y cantidad de las llamadas registradas en el informe de fs. 69 – listado de llamadas entrantes el teléfono utilizado por la víctima– y el contenido de esas comunicaciones, resultaron suficientes para tener por acreditada la autoría del imputado en el delito de amenazas que se le endilga.

Si bien esta justificación no resulta suficiente para la recurrente, quien alega que el usuario desde el que se hicieron las llamadas no coincide con el utilizado por su defendido y no se ha demostrado que haya sido él quien uso ese número, considero que las manifestaciones realizadas por la víctima –que fueron tenidos como creíbles por el a quo– referidas a que fue el imputado quien la llamó y le profirió dichos amenazantes relativos a la denuncia que RLG le había radicado días atrás, unidas a las circunstancias de violencia comprobada demuestran que el razonamiento del tribunal de instancia anterior nada tiene de arbitrario y el agravio que pretende desvirtuarlo desde este aspecto no puede prosperar.

De igual modo, corresponde desestimar las críticas tendientes a desvirtuar los hechos calificados como abuso sexual, basándose en cuestionamientos al «Informe de valoración de riesgo de violencia física grave en la pareja y contra la mujer» –practicado por el EPI de la UFI de violencia de género– (ii), al examen psicológico practicado al imputado (v), y también por las contradicciones que se verifican, a criterio de la recurrente, en el relato de la víctima (vii). Lo afirmado precedentemente obedece a que, no obstante no constar en el informe de valoración de riesgo los hechos denunciados por la RLG en el marco de esta causa y haberse producido con anterioridad –diciembre de 2017, sin que se pueda determinar día exacto–, lo cierto es que tal examen acredita de manera contundente la violencia psicológica ejercida por el imputado en relación a la denunciante, y así lo ha referido el sentenciante (fundamentos, fs. 428).

Esa circunstancia le otorga credibilidad a los dichos de la víctima, puesto que –sin hacer expresa referencia a los abusos– en esa oportunidad mencionó episodios de agresiones físicas que encuentran correlato con las circunstancias en las que se produjeron los hechos contra su integridad sexual.

Asimismo, debe tenerse en cuenta, por un lado, que RLG manifestó en la audiencia de debate que ella sí relató estos hechos en la oficina fiscal donde le tomaron la denuncia por las lesiones ocurridas en Lujan, pero que le dijeron que debía formular una denuncia separada; y, por otro, que existen razones válidas para que RLG no radicara la denuncia con anterioridad, esto es, que «tenía pánico», tal como señaló el a quo a fs. 428 vta. de sus fundamentos.

Tampoco puede admitirse el argumento de la defensa vinculado a que la declaración de RLG no posee rasgos de credibilidad, en virtud de no haber sido coincidente –en las diferentes oportunidades en que declaró– la descripción que ésta realizó de algunas circunstancias puntuales que rodearon a los abusos, esto es, si los hechos tuvieron lugar en el comedor o en la habitación, si fue antes o después de tomar una ducha, etc.

Es que tales variaciones resultan entendibles, considerando el contexto en el que se produjeron los acontecimientos, y por sí solas no resultan suficientes para desvirtuar el valor convictivo que le adjudicó el sentenciante, basándose en la impresión personal que el discurso le produjo y las conclusiones de los especialistas en la materia.

En efecto, el Tribunal de juicio tuvo en cuenta las conclusiones de la licenciada Bunader Padín y del licenciado Izura, quienes – luego de las entrevistas de rigor, en marzo y diciembre de 2018– entendieron que el relato de RLG era creíble, puesto que «reúne parámetros de credibilidad.

El mismo se presenta claro, coherente y preciso y no se observa[ron] indicadores de fabulación ni mitomanía», conforme surge de fs. 128/129, fs. 336 y como lo consignó el a quo a fs. 428 vta./429 de sus fundamentos.

En lo que concierne al examen psicológico realizado respecto de D.H.B., cabe referir que, contrariamente a lo señalado por la impugnante, el tribunal de juicio sí tuvo en cuenta que del referido informe no surgía que el imputado tuviera alteraciones en el orden de la sexualidad, aunque no en el sentido pretendido por esa parte.

Es que el sentenciante, al valorar este elemento de prueba, entendió que «la conclusión de la defensa acerca de que el examen no diga que su defendido tenga alguna alteración en el orden de la sexualidad carece de relevancia, ya que [...] la impulsividad acreditada mediante ese informe como característica de la personalidad se puede exteriorizar en el área sexual como lo dijo el Dr. Clavel y aún la Lic. Moles como correctivo, que puede llevarse a ese plano» (fundamentos, fs. 428 vta.).

Estas circunstancias revelan que los argumentos del a quo no resultan arbitrarios, en tanto se han fundado en las constancias de la causa y en la prueba legítimamente incorporada y controvertida por las partes, lo que conduce al rechazo de la crítica bajo análisis.

En cuanto al planteo de nulidad de las declaraciones testimoniales de R. P. y N. O. (iii), considero que debe seguir la misma suerte que los analizados con anterioridad.

Ello, toda vez que las testigos aludidas no sólo prestaron declaración durante la investigación penal preparatoria –sin que ninguna objeción se realizara en esa etapa procesal por parte de la defensa del imputado–, sino que también comparecieron al debate oral y público y manifestaron cuanto sabían del hecho y les fue requerido por el Ministerio Público Fiscal y la defensa del imputado, partes que, a su vez, pudieron controlar y controvertir ampliamente dicho elemento de prueba.

Estas circunstancias revelan que, de existir alguna nulidad, la misma fue consentida por la parte que hoy pretende su declaración, lo que torna infructuosa su pretensión. De igual modo debe rechazarse la tacha que la recurrente efectúa en relación a las testigos referidas (iv), en tanto la crítica refleja tan sólo una valoración parcializada de la prueba bajo análisis, fundada en el rol asumido pero insuficiente para desvirtuar su validez, máxime cuando de los relatos cuestionados no surgen fisuras que ameriten su descalificación y son contestes con lo declarado por la víctima de autos en cuanto a las características de la relación que mantenía con B., conforme expresó el a quo a fs. 428 y 429.

El último de los cuestionamientos referidos a esta causa se relaciona con la supuesta omisión de valoración de los testimonios brindados por M.P. y por el vecino que vio a la denunciante ingresar a la vivienda del imputado por el techo, es decir J.E. (vi). Al respecto, cabe referir que no existe tal omisión.

Por el contrario, el sentenciante ha tenido en cuenta lo relatado por estos testigos como también lo expresado por todos los testigos ofrecidos por la defensa, expresando que «declararon primordialmente sobre el concepto de B.», y que, en ese sentido, «han aportado no sólo un buen concepto de él, sino también un mal concepto de G., pero que esa circunstancia en modo alguno permite desvirtuar la prueba de cargo antes analizada».

Es decir que, efectivamente, el a quo sí valoró los elementos de prueba individualizados por la recurrente pero no en un sentido favorable a sus intereses, lo que de ningún modo autoriza a concluir que los haya pasado por alto, como pretende la defensa de B., y ello conduce al rechazo de su cuestionamiento.

b.2.- Expediente N° P-6483/18

Respecto de la causa de referencia, la recurrente se agravia por considerar que: (i) la privación de libertad de su defendido es arbitraria; (ii) el relato de la denunciante no es creíble por ser contradictorio con el

certificado médico y con la denuncia por abuso sexual; (iii) es errónea la valoración de lo declarado por S.H.; y (iv) no pueden tenerse por acreditadas las lesiones referidas por la denunciante en tanto no se constató ninguna fractura.

En cuanto al primero de los planteos efectuados, esto es la supuesta arbitrariedad de la privación de libertad de B. en el expediente bajo análisis (i), cabe destacar que no se advierte ninguna arbitrariedad en la aprehensión de su defendido en los orígenes de la investigación, máxime cuando la misma fue dispuesta como consecuencia de un suceso enmarcado en un contexto de violencia de género, por autoridad competente, puesta en conocimiento de la defensa oficial que por turno correspondía.

A ello debe agregarse que el imputado recuperó su libertad luego de practicadas las medidas urgentes – al día siguiente de su aprehensión– y ningún planteo se hizo al respecto a lo largo del proceso tramitado en su contra.

En otras palabras, no surge de las constancias de la causa, ni ha puesto de resalto la recurrente, por qué la detención del imputado debería efectuarse en el marco de lo dispuesto **por ley 6722, art. 11, inc. 3** y no del modo en que se efectuó en las presentes actuaciones, en virtud de lo cual el presente agravio no puede ser acogido. En lo que concierne a la credibilidad del relato brindado por la denunciante RLG (ii), corresponde remitirme a lo expresado en el tratamiento de la causa anterior.

Así, como afirmé precedentemente, en casos subsumidos en un contexto de violencia de género las declaraciones de sus víctimas deben ser valoradas bajo criterios específicos, sin que pueda exigírseles total coincidencia entre las declaraciones que brinde y, mucho menos, extrema precisión en los detalles que aporte, teniendo en cuenta el estado emocional que rodea la situación.

No obstante, coincido en las apreciaciones del a quo referidas a que las lesiones endilgadas al imputado se encuentran acreditadas, basándose no sólo en la declaración de la víctima, sino en el certificado médico de fs. 2, el examen físico de fs. 48 y lo relatado por la Dra. Andrea Brhim, por N.O. y por S. H.. En ese sentido, si bien la defensa de B. cuestiona el sentido dado por el sentenciante a la declaración de S.H. (iii) por entender que, según los dichos de esta testigo quien agredía al imputado era RLG y que ella tenía una piedra, lo cierto es que «la lesión que le produjo en la mano izquierda a la víctima tuvo lugar en esa ocasión y a manos de B.» (fundamentos, fs. 430 vta.).

Y si bien se trató de un forcejeo entre ambos, conforme relató H., no puede soslayarse que esa testigo también refirió que la mujer decía que el imputado ya le había pegado, circunstancia que fue corroborada por la Lic. Moles, quien determinó la existencia de violencia de género en la relación mantenida entre y la víctima de autos.

En función de ello, considero que la recurrente analiza la declaración testimonial de S.H. de modo aislado, sin ponderarla con el resto de los elementos de prueba incorporados a la causa, lo que no hacen más que corroborar las conclusiones del a quo, por lo que el presente agravio casatorio también debe ser rechazado.

Como último cuestionamiento referido al expediente bajo estudio, esto es que el sentenciante haya expresado que las lesiones descriptas por RLG se encuentran acreditadas cuando del certificado médico no surge que se producido ninguna fractura (iv), coincido con lo sostenido por el señor Procurador en su dictamen. En efecto, de la lectura de los fundamentos impugnados surge con claridad que el a quo tan sólo reproduce los dichos de la víctima en cuanto a una supuesta fractura y tiene por ciertos aquellas lesiones que han sido constatadas por los profesionales de la salud a fs. 2, 48 y conforme lo relatado por la Dra. Andrea Brahim en audiencia de debate, tal como consta a fs. 430 vta. En función de ello, esta crítica también debe ser descartada.

b.3.- Expediente N° P-28.372/18

En relación a la última de las causas sometidas a consideración en esta instancia, la defensa del imputado sostiene que: (i) los dichos de la imputada y los de su amiga Romina Paci no son coincidentes; y (ii) que el Ministerio Público Fiscal no ha demostrado que el imputado pudiera llegar a su vivienda por una vía alternativa. Cabe referir que estos cuestionamientos tampoco pueden tener acogida favorable. Respecto de la falta de coincidencia entre las declaraciones de RLG y de la amiga que la acompañaba (i), en oportunidad de acercarse el imputado y proferirle gestos amenazantes, valen las consideraciones efectuadas en los apartados precedentes respecto de las declaraciones de víctimas de violencia de género. Sin perjuicio de ello, corresponde destacar la contundencia del relato efectuado por Romina Paci al referirse al acercamiento del imputado –en su camioneta– a la víctima de autos, al gesto «como de degollar» que le dirigió y también al estado emocional que tal circunstancia produjo en RLG, lo que en lo esencial resulta concordante con los dichos de la víctima y suficiente para tener por corroborados los dichos de esta última. Ahora bien, en lo que concierne a la estrategia acusatoria llevada adelante por el Ministerio Público Fiscal y cuestionada por la recurrente, en tanto no acreditó que el imputado pudiera haberse dirigido por una vía alternativa a su vivienda (ii), debe señalarse que tal omisión no resulta dirimente en orden a tener por acreditadas la desobediencia y amenazas investigadas en esta causa. En efecto, aún cuando el imputado no hubiese contado con una trayecto alternativo para llegar a su hogar, lo cierto es que sí tenía conocimiento de que no podía acercarse a RLG, por lo que podría haber adoptado otro tipo de conducta al verla transitar por esa calle.

En definitiva, considero que, el tribunal de juicio ha llegado al grado de convicción necesario para tener por acreditados los hechos objeto del proceso, basándose en la ponderación de los elementos de prueba, incorporados a la causa con la conformidad de las partes, conforme a las reglas que impone la sana crítica racional con perspectiva de género; no advirtiéndose fisuras ni arbitrariedades en su razonamiento. En virtud de lo expuesto, entiendo que corresponde dar respuesta negativa a la primera cuestión sometida a consideración de esta instancia. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUETIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Puesto a resolver el recurso casatorio promovido coincido con la solución a la que llega mi colega preopinante y, en cuanto a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género, me remito a lo oportunamente señalado en «**Di Cesare Morales**» y «**Mejía Salvador**» por resultar aplicable en ese aspecto el presente caso. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: De lo expuesto considero oportuno destacar que, al momento de resolver, el sentenciante asumió una perspectiva integral en relación a los criterios de valoración señalados en la Ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollan sus relaciones interpersonales. En este sentido, debo señalar que sobre la cuestión tuve ocasión de pronunciarme en diversos precedentes (“**Cruz Caporiccio**”, “**Merlo Lassa**”; “**Quiroga Morales**”; “**Ojeda Pérez**”; “**Vázquez Tumbarello**”; entre otros).

En especial en “**Ojeda Pérez**” sostuve que «[...] comparto que aquella concepción según la cual la perspectiva o visión de género es una “categoría analítica que toma los estudios que surgen desde las diferentes vertientes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma, cuestionar los estereotipos y elaborar nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad

al servicio de la igualdad y la equidad” (UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017).

Destaco la idea de igualdad contenido en la definición en tanto se encuentra no sólo consagrada expresamente en el texto constitucional (art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza), sino, también, en el ámbito de la normativa internacional. Así, entre otros, la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” - Belem Do Pará -, garantiza que toda mujer tiene “el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley” (art. 4, inc. “f”). Consideré también en esa ocasión que «[...] en nuestro ordenamiento interno, la ley nacional 26.485 es una norma orientada pura y exclusivamente a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las "mujeres". En tal sentido, entre sus objetivos primordiales, el propio texto promueve y garantiza “la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida”, “el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia”, “las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos”, como también, “la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres”(art 2, inc. a, b, c y e respectivamente)». Así, «[...] ese texto normativo vino a imponer un verdadero “deber jurídico” para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas. Sus destinatarios directos son aquellos sujetos que integran los órganos decisores en el marco de los procesos judiciales penales, ya sea por el lado de quienes resultan facultados para disponer sobre el curso de investigación, como también, respecto de quienes son los encargados de su juzgamiento».

Ese deber jurídico no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley. Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que «[l]os organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativos, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional [...] los siguientes derechos y garantías: i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son su naturales testigos [...]» (art. 16)».

Ahora bien, «[...] además de ese deber genérico, ya en el terreno que resulta propio a la actuación de los órganos de justicia dentro de los procedimientos jurisdiccionales penales, el texto legal contiene dos normas que consagran lineamientos funcionales para los operadores del sistema de administración de justicia en el abordaje de la problemática de género. En consonancia con el sistema de protección integral, se consagra el principio de «amplia libertad probatoria» para tener por acreditados “los hechos denunciados, evaluándose las pruebas ofrecidas de acuerdo con el principio de la sana crítica. Se considerarán las presunciones que contribuyan a la demostración de los hechos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes” (art 31)».

De tal manera «[...] el texto legal vigente [ley 26.485] no introduce un nuevo método de valoración probatoria para los casos de violencia de género, puesto que siempre la prueba debe valorarse conforme al sistema de la sana crítica racional (art. 206 y 409 del CPP).

A mi modo de ver, la imposición de un método de valoración de la prueba como herramienta obligatoria para el abordaje de esta problemática, se justifica ante la necesidad de evitar que los órganos jurisdiccionales decisores puedan apartarse en la adopción de decisiones, del contexto fáctico que es propio a este género de conductas delictivas».

Así, «[...] el acierto de la ley consistió en establecer, en forma igualitaria, un método de valoración que evite la discriminación que en ocasiones ocurría por prácticas derivadas de la cultura jurídica patriarcal inquisitiva, que se transformaron en consuetudinarias, y que era necesario erradicar. Repárese que es la propia Convención Belem Do Pará donde se fija, como un deber de los Estados el “tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer” (art. 7, inc. “e”)».

Ello no resulta novedoso para la labor jurisdiccional en razón de que «[...] siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba –objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento.

Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto. Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas». Conforme a lo expresado «[...] es el contexto en el que se inserta el hecho delictivo el que viene a determinar el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio. Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres el testimonio de la víctima ostenta un valor fundamental en la comprobación de los extremos de una imputación delictiva, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la responsabilidad penal derivada del mismo».

Por todo ello, uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo. A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables.

De tal manera «[...] uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo. A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables».

De no proceder de esta manera estaríamos recreando la sociedad estamental –con características propias- del Estado premoderno, lo que implicaría una vulneración del principio de igualdad –consagrado en el art. 16 de la CN y 7 de la CM-, el que, a su vez, constituye uno de los pilares de la República Federal. A lo señalado debe sumarse, tal como destaqué en el **precedente “Vázquez Tumbarello”**, la relevancia de la ley 27.499, denominada «Ley Micaela», en tanto dispuso la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra la mujer para todas las personas que desempeñen la función pública, en cumplimiento del objetivo señalado. En coincidencia con aquella normativa la Acordada n° 29.318 de esta Suprema Corte de Justicia, y su anexo «Programa de capacitación permanente para la incorporación de la perspectiva de género en el marco de la Suprema Corte de Justicia».

Así, con fundamento en el principio de igualdad y la consecuente prohibición de discriminación, se dispusieron una serie de acciones concretas para asegurar la «igualdad real» de las mujeres en sus relaciones interpersonales. En conclusión, entiendo que la trascendencia de la ley 26.485 radica no en conformar un estatus jurídico distinto aplicable a la mujer, sino que mediante la capacitación dirigida a

los funcionarios públicos y, en lo que aquí interesa, a funcionarios y magistrados del poder judicial, se otorgue una perspectiva para valorar los elementos probatorios bajo el prisma de la igualdad consagrada en la normativa nacional.

Ella debe estar despojada de estereotipos y prácticas relacionadas con la cultura jurídica patriarcal-inquisitiva, plasmada en usos y costumbres que importaron, e importan, prácticas que impiden poner en contexto los medios convictivos al momento de su ponderación.

Estas consideraciones, como adelanté, las entiendo plenamente aplicables al caso por cuanto nos encontramos frente a un supuesto de violencia de género en donde el tribunal de instancia anterior ha tenido en cuenta los parámetros antes referidos al momento de la ponderación de los elementos de prueba obrantes en la causa. ASÍ VOTO.

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

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 437/446 vta. de estos obrados por la defensa de D.H.B.U. y, en consecuencia, confirmar la sentencia N° 499, dictada por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de esta Primera Circunscripción Judicial.
- 2.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 3.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen a sus efectos.

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

9- RAMON. 09-03-20.

| | | | | | | | | | | | | | | |
|----|----------|-----|------|-----------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|-------------|---|-----|
| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
| VG | ED EG | NNA | | PCE IA | - | - | A | - | CR | - | - | - | - | 474 |

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200309_FcRCJ.pdf

Lex: Art. 119, 2°, 3°, 4°, 128 del CP

Vox: VG. NNA. A.S.I. Abuso sexual. Gravemente ultrajante. Acceso carnal. Promoción a la corrupción de menores. Encargado de la educación. Encargado de la guarda. Monto de la pena.

Summa:

El TPC condenó al señalado a la pena de **dieciocho años de prisión e inhabilitación absoluta** por igual término como autor de los delitos de abuso sexual gravemente ultrajante en concurso real con el delito de abuso sexual con acceso carnal, en concurso ideal con el delito de promoción a la corrupción de menores, todos ellos agravados por el autor el encargado de la educación y de la guarda; en concurso real.

La **defensa** interpone recurso de casación.

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

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 546, pronunciada por el TPC N° 2- 1° CJ.

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

Fallo.

CUIJ: 13-04810359-0/1((018602-25536)) FC/ R. C. J. E. P/ ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE (25536) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104890633*

En Mendoza, a los nueve días del mes de marzo del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13- 04810359-0/1 caratulada "F. C/R. C., J. E. P/ ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE ... S/ CASACIÓN".

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

La defensa de J. E. R. C. interpone recurso de casación contra la Sentencia N° 546, mediante la que se condenó al nombrado a la pena de dieciocho años de prisión e inhabilitación absoluta por igual término como autor de los delitos de abuso sexual gravemente ultrajante en concurso real con el delito de abuso sexual con acceso carnal, en concurso ideal con el delito de promoción a la corrupción de menores, todos ellos agravados por el autor el encargado de la educación y de la guarda; en concurso real con abuso sexual gravemente ultrajante en concurso ideal con el delito de promoción a la corrupción de menores, agravados por ser el autor el encargado de la educación y de la guarda; en concurso real con abuso sexual gravemente ultrajante en concurso ideal con el delito de promoción a la corrupción de menores, agravados por ser el autor el encargado de la educación y de la guarda; pronunciamiento dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial en autos N° P-25.536/17.

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

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

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

1.- La sentencia recurrida

El tribunal impugnado, actuando en forma colegiada, resolvió del modo precedentemente señalado, por considerar acreditado que «[...] sin poder precisar fecha exacta, pero durante los años 2015 y 2016, en el domicilio cito en calle ... de Guaymallén, J. E. R. C., en ocasión en que impartía clases particulares de apoyo escolar junto a su esposa de nombre R. E. D. V., hacía sentar a la menor M. C. P., de 7 años de edad en ese entonces, en la mesa de atrás del salón, y aprovechando los momentos en que R. se retiraba del salón para ir a buscar algo o se encontraba en la parte de adelante del mismo explicándole a otros alumnos, C. se sentaba al lado de M. C. y le tocaba los pechos, le daba besos con lengua y luego de correr el mantel que cubría la mesa para tapar la parte de debajo de la misma, también le metía la mano por debajo de la ropa y le tocaba con el dedo la vagina y la cola a la menor. Asimismo, le metía el pene en la cola, previo bajarle la ropa, causándole dolor a la niña.

También obligaba a la menor M. C. a masturbarlo, haciendo que le tocara con la mano su miembro hasta eyacular, para lo cual previamente traía papel del baño para limpiarse.

Asimismo, intentaba que la niña M. C. le succionara el pene, agarrándole la nuca con su mano y dirigiéndosela hacia su miembro o pidiéndole que tirara una goma al suelo para que le chupara el pene.

A su vez, para fecha no precisada pero durante el año 2016, en el domicilio sito en calle ... de Guaymallén, J. E. R. C., en ocasión en el que impartía clases particulares de apoyo escolar junto a su esposa de nombre R., hacía sentar en la mesa de atrás del salón a la menor M. S. P., de 8 años de edad aproximadamente en

el momento en que comenzaron los hechos, y aprovechando los momentos en que R. se retiraba del salón para ir a buscar algo o se encontraba en la parte de adelante del mismo explicándole a otros alumnos, C. se sentaba al lado de M. S. y le tocaba con sus manos las piernas y la vagina a la niña, algunas veces por encima de la ropa y otras le metía la mano por debajo de la vestimenta.

Asimismo, obligaba a la niña a masturbarlo, haciendo que le tocara con la mano su miembro y a besárselo. C., a fin de lograr su impunidad, les decía a ambas niñas que lo que sucedía era un secreto entre ellos, diciéndoles que no le contaran a su padre para que éste no se preocupara y amenazándolas de que si hablaban no las ayudaría más con las tareas escolares» (en relación al hecho investigado en autos N° P-25.536/17; fundamentos, fs. 699 vta./700).

Para así decidir, el sentenciante valoró las declaraciones de las víctimas prestadas en Cámara Gesell, las declaraciones testimoniales de sus progenitores, de A. R. G., de N. A., de las Licenciadas M. F., A. R., A. V., S. M., M. M., de la médica psiquiátrica M. E. C.; el informe del EPAASI, el informe del EDeAAS, e inclusive el descargo formulado por el imputado en ejercicio de su derecho de defensa material y de su pareja R. D.. De igual modo, el a quo tuvo como probado que «[p]ara fecha no precisada pero durante los años 2015 y 2016, en el domicilio sito en calle ... de Guaymallén, J. E. R. C., en ocasión en que impartía clases de apoyo escolar junto a su esposa de nombre “R. E. D. V.”, hacía sentar a la menor M. G., de 8 años de edad aproximadamente en ese momento, en la mesa de atrás del salón para ir a buscar algo o se encontraba en la parte de delante de [l] mismo explicándole a otros alumnos, C. se sentaba junto a M., y luego de correr el mantel que cubría la mesa para tapar la parte de debajo de la misma, le metía la mano por debajo de la ropa y le tocaba, de manera constante, el ano y la vagina a la menor. Asimismo, tomaba la mano de la niña y se la dirigía hacia su pene, ante lo cual la menor sacaba la mano, logrando en una ocasión que la niña le tocara el miembro a C. por encima de la ropa.

Asimismo, M. G., cada vez que se agachaba, podía observar los tocamientos inverecundos que J. C. les realizaba a las hermanas M. C. y M. S. P. por debajo de la ropa, hechos investigados en la causa nro. P25.236/17» (en relación al hecho investigado en autos N° P-30.390/17; fundamentos, fs. 705).

Para llegar a esa conclusión, valoró la declaración de la víctima en Cámara Gesell, de su progenitora R. A. C., de las licenciadas M. F., A. R., A. M., M. M., como también la declaración del imputado y su pareja R. D..

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

La recurrente promueve su impugnación a tenor de lo dispuesto por el art. 475, inc. 2° del CPP por considerar que existen vicios in procedendo en la resolución que cuestiona.

Señala que la sentencia recurrida presenta vicios formales en punto a la individualización de la pena, que la tornan nula.

Así, entiende que el sentenciante no ha expresado por qué razón se ha excedido en la aplicación de la pena a dieciocho años de prisión cuando él mismo tiene por acreditado que el condenado no reviste mayor peligrosidad que la propia de aquél que comete este tipo de delitos, que no tiene antecedentes computables, que no hay daño psicológico en las menores, más allá del lógico producido por el hecho, y que no se ha valido de otros medios que revistan dañosidad.

En ese orden, considera que mediante el fallo cuestionado se condena al imputado a una excesiva pena, superando el mínimo legal y estableciendo un monto de pena que podría imponerse a casos en que se le hubiera quitado la vida a una persona.

Expresa que el a quo aplicó la sanción solicitada por las partes, apartándose de los principios de la sana crítica racional al individualizarla, ya que todos los fundamentos vertidos en esa línea favorecen al condenado por ser primario en la comisión de delitos.

Así, la impugnante sostiene que, si bien se han consignado situaciones atenuantes, no ha explicado el sentenciante por qué se aparta de esas circunstancias para elevar la condena a tan alta pena de prisión.

Agrega que reviste importancia para quien va a cumplir una condena que se revise integralmente la sentencia y sus fundamentos no sólo en los hechos, sino en la pena a cumplir, disponiendo una nueva sanción dentro de los márgenes de los arts. 40 y 41 del CP.

En virtud de ello, solicita se haga lugar al recurso y se anule la resolución impugnada.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador General expresa que corresponde rechazar el recurso defensivo, en tanto no advierte que la sentencia cuestionada contenga vicios en su motivación, ni que sea arbitraria o que se parte de la sana crítica racional.

Asimismo, sostiene que, a la luz del hecho perpetrado por el acusado y por el que resultara condenado, el monto de la pena impuesta y su modalidad de ejecución no aparecen como desproporcionadas ni carentes de motivación.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se desarrollan, estimo que corresponde rechazar el recurso de casación deducido por la defensa de J. R. C.

En forma preliminar, es menester señalar que los agravios recursivos se dirigen a cuestionar tan sólo la determinación de la pena impuesta, puesto que, si bien la recurrente se refiere al derecho del condenado a una revisión integral de la sentencia, no formula ningún agravio concreto que habilite la apertura de esta instancia en tal sentido.

Aún así, debe decirse que no se advierte arbitrariedad alguna en la valoración de la prueba ni error en la calificación legal atribuida a los hechos objeto del proceso.

En lo que a la individualización de la pena concierne, la impugnante considera contradictoria su fundamentación, toda vez que –según entiende–, a pesar de reconocer la existencia de circunstancias atenuantes, éstas no fueron tenidas en cuenta por el sentenciante, quien –al imponer la pena de dieciocho años de prisión– se alejó notoriamente del mínimo legal correspondiente a la escala penal aplicable, sin dar debidas razones para ello.

No obstante, corresponde señalar que el a quo ha efectuado un minucioso análisis de las pautas establecidas en los arts. 40 y 41 del C.P. y que para individualizar el quantum final de pena al que llegó construyó sus argumentos conforme la postura doctrinaria que sugiere dividir la escala penal conforme el criterio de gravedad continua.

En ese orden, valoró las particulares circunstancias de la causa en función de las condiciones objetivas y subjetivas previstas por la normativa aludida, a fin de determinar, en primer lugar, en qué tramo de la escala de gravedad continua debía ubicarse el caso concreto y, luego, –dentro de ese segmento– la pena justa a imponer.

Si bien la recurrente sostiene que el a quo no habría dado razones suficientes para imponer el monto de pena que aquí se resiste, a pesar de tener por acreditadas determinadas circunstancias atenuantes –que el imputado no reviste mayor peligrosidad, que no tiene antecedentes computables, que no hay daño

psicológico en las niñas más allá del lógico producido por el hecho y que no se ha valido de otros medios dañosos—, lo cierto es que tales condiciones fueron tenidas en cuenta por el sentenciante para ubicar a los hechos objeto del proceso dentro del tramo más leve en la escala de gravedad continua.

Es decir que, contrariamente a lo sostenido por la defensa de R. C., los atenuantes referidos sí fueron considerados al momento de determinar la pena, estableciéndose los motivos por los cuales, dentro de una escala comprendida entre los diez años en su mínimo y los cincuenta años en su máximo, correspondía imponer una sanción que, partiendo de los diez años de prisión como mínimo, no superara los veintitrés años y cuatro meses.

Ahora bien, una vez establecidos los límites de las penas a imponer en función de las circunstancias agravantes, atenuantes y neutras analizadas, el tribunal entendió «justo y equitativo» imponer la pena de dieciocho años de prisión que había sido solicitada por los acusadores público y privado, de lo que no se deriva ningún tipo de arbitrariedad que conduzca a la anulación pretendida por la recurrente.

Por lo tanto, según entiendo, las alegaciones defensivas no pasan de ser cuestionamientos dirigidos a procurar la revisión de la determinación de la pena, basado tan sólo en el rol ejercido por la impugnante, pero sin adecuado sustento en las constancias de la causa, y los fundamentos dados por el a quo resultan suficientes a efectos del mantenimiento de la sentencia como acto procesal válido, por lo que el planteo casatorio debe ser rechazado.

En virtud de lo expuesto, entiendo que corresponde dar respuesta negativa a la primera cuestión sometida a consideración. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro y Dr. Palermo. Adhieren.

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

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

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

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 722/729 vta. de estos obrados por la defensa de J. E. R. C. y, en consecuencia, confirmar la sentencia N° 546 dictada por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial.
- 2.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen a sus efectos.

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

10- VARGAS. 12-03-20.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200312_FcVOA.pdf

Lex: Art. 119, 1° párrafo del CP.

Vox: VG. Abuso sexual simple. Consentimiento. Valoración de la prueba.

Summa:

El **TPC** condenó al nombrado a la pena de **seis meses de prisión bajo la modalidad de ejecución condicional**, por resultar autor penalmente responsable del delito de abuso sexual simple (art. 119, primer párrafo del Cód. Pen.).

La **defensa** interpone recurso de casación.

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

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 567, pronunciada por el TPC N° 2- 1° CJ.

Parágrafos destacados

“...Me refiero a la presuposición de que el imputado contaba con el derecho de proceder al tocamiento hasta tanto la víctima se manifestara en contrario. Esto es falso. En efecto, el tocamiento en una parte íntima –el pecho de la víctima– debe ser considerado vedado sin una **manifestación expresa o tácita de consentimiento previo**. Nada de esto ha sido probado en el caso de autos, pues las circunstancias de tiempo, modo y lugar hablan en contra de la existencia de un consentimiento que hiciera decaer la tipicidad de la conducta. “

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

Fallo

CUIJ: 13-04813540-9/1((018602-98203)) FC/ V. O. A. R. P/ ABUSO SEXUAL SIMPLE (98203) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104893981*

En Mendoza, a los doce días del mes de marzo del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04813540-9/1, caratulada "F. C/ V. O. A. R. P/ABUSO SEXUAL SIMPLE S/ CASACIÓN".

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

La Defensa técnica de A. R. V. O. interpone recurso de casación (fs. 182/190) contra la sentencia N° 567 (f. 178 y vta.) y sus fundamentos, mediante la cual el Tribunal Penal Colegiado N° 2 condenó al nombrado a la pena de seis meses de prisión bajo la modalidad de ejecución condicional, por resultar autor penalmente responsable del delito de abuso sexual simple (art. 119, primer párrafo del Cód. Pen.).

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO:

I.- Sentencia recurrida

El juez sentenciante tuvo por acreditado con la certeza requerida para el dictado de una sentencia condenatoria que «en fecha no determinada pero en el mes de julio del año dos mil dieciséis, siendo aproximadamente las diez horas con treinta minutos, A. R. V. O. se hizo presente en ... de Las Heras, se acercó a la víctima, S. G. L. S., le tocó la cara y luego empezó a tocarle los pechos contra su voluntad» (ver registros audiovisuales, 00:01:30).

Para decidir en tal sentido, el a quo valoró las declaraciones de S. L., E. P., L. R. E., E. O. L., la Dra. C. L. G. y el Dr. J. H.; los informes psicológicos practicados a víctima e imputado, el descargo de V. O. y las demás pruebas válidamente incorporadas al proceso.

II.- Recurso de casación

El recurrente considera que la sentencia referida padece vicios en la valoración de la prueba y en la aplicación del derecho.

En concreto, en relación con aquella actividad, pone de relieve que se habría valorado erróneamente la prueba de cargo, así como que se habría omitido considerar pruebas que desgravarían a su defendido.

Esta visión de los hechos conduce a la defensa a postular la aplicación del principio in dubio pro reo, por no existir elementos suficientes para alcanzar el grado de certeza exigido por una sentencia condenatoria.

La defensa pone el acento en la versión brindada por V., quien negó todos los hechos y expresó que se trataría de una venganza cavilada por la pareja de la denunciante.

Este descargo es articulado, asimismo, con las constancias de los **autos N° 86.566/16 caratulados «F. c/ E. L., L. R. p/ coacciones simples»**.

Por su parte, en lo que hace a la aplicación del derecho, el recurso refuta la aplicación de la norma penal contenida en el art. 119, primer párrafo, Cód. Pen. al comportamiento atribuido a su defendido, en tanto y en cuanto este sería atípico por no ser contrario a la voluntad de la víctima.

Se argumenta en esta línea que la supuesta agresión cesó inmediatamente después de que la denunciante se manifestó de manera evidente.

Realiza reserva del caso federal.

III.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General entiende que corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto (fs. 200/201).

Después de referir los agravios del recurrente, el titular del Ministerio Público Fiscal los descarta en bloque por ser una mera discrepancia con la decisión del tribunal de juicio.

Ello en tanto, la defensa pretendería una nueva valoración de la prueba frente a una sentencia que es clara en cuanto a la existencia del delito endilgado y la autoría del imputado.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

Adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que corresponde rechazar el recurso casatorio impetrado. Veamos.

a.- Vicios in procedendo

La defensa sostiene que no se ha alcanzado el grado de convicción exigido por una sentencia condenatoria para afirmar que V. cometió el delito de abuso sexual simple.

El recurrente parte de que el razonamiento del juez sentenciante omite considerar la versión brindada por el imputado, quien negó los hechos y explicó que la denunciante mentía. V. declaró durante el debate que a mediados del mes de noviembre de 2015 se encontraba en la finca de propiedad de E. P. –quien se la prestaba para plantar verduras–, cuando se le acercó un hombre que buscaba un lugar para alojarse con su pareja, pero se retiró del lugar (ver a partir de 00:03:00).

Después de unos quince días, esta pareja ocupó una vivienda dentro de la finca. Al tiempo, V. se acercó a esta persona y le preguntó cuándo se iba, pues debía rendirle cuentas a P., a lo que le respondió «no me jodas que te voy a hacer cagar». Esta persona es L. R. E., pareja de S. L., la denunciante.

Lo anterior explicaría, según el imputado, la motivación de S. L. para denunciar un hecho falso.

Un cuadro que se articularía, por un lado, con la declaración de E. P., quien confirmó que intervino en un desalojo de personas en su finca, y por otro, con las constancias de los autos N° P-86.566/16, caratulados «F. c/ E. L., L. R. p/ coacciones simples», los cuales fueron debidamente incorporados al debate.

A partir de estos elementos, la defensa busca fundamentar que la denuncia de S. L. tuvo como finalidad servir a los fines de la contienda que existía entre L. R. y V..

En efecto, pone de relieve que la denuncia de V. por coacciones en el ámbito del expediente anteriormente citado, se realizó el día 26 de agosto de 2016, es decir, más de un mes antes de la denuncia que interpuso S. L..

Asimismo, destaca que, en el marco de esta causa, L. R. fue detenido el día 29 de septiembre y liberado a la hora 13:15 (momento en el que se notificó del recupero de su libertad), menos de dos horas después de que S. L. interpusiera la denuncia por abuso sexual.

La secuencia anterior es presentada como argumento de que la denuncia fue inventada para que L. R. recuperara la libertad. Sin embargo, en contra de esta visión de los hechos, pueden oponerse tres cuestiones.

La primera, que la consideración de los dichos de V. – así como la prueba ofrecida por la defensa– no ha sido omitida de ponderación por el tribunal, sino que ha sido correctamente refutada con base en la

prueba de cargo. En efecto, el juez sentenciante niega el cuestionamiento de la veracidad de los testimonios de los parientes de la víctima –en especial, su suegra y su pareja– con base en el cotejo de la versión de S. L. con el resultado de los informes psicológicos practicados a ambos (ver, 00:14:00).

De ellos, deriva que el relato de la víctima era fiable, carente de fabulación, concreto, sentido y con un correlato emocional en el lenguaje verbal y gestual (ver 00:11:00) y, por ende, que la impulsividad negativa del imputado pudo canalizarse en el plano sexual (ver, 00:15:00).

A lo anterior, el juez agrega que la idea de que la denuncia se basó en un ánimo de venganza también se desvanece al verificarse que la madre de la víctima tomó conocimiento del abuso el mismo día que ocurrió el hecho, describiéndola como angustiada al expresarle lo sucedido (ver, 00:17:00).

La segunda cuestión a resaltar es la caracterización de la versión defensiva en tanto contingente o necesaria en orden a la conclusión que pretende refutar.

Es que, si bien parece verosímil el conflicto de intereses que mantenía V. con la denunciante y su pareja, ello no excluye, necesariamente, la existencia del abuso sexual simple.

Naturalmente, a esto se podría oponer que los dichos de la víctima en relación con lo denunciado serían dudosos con base en la existencia de una disputa previa entre las partes.

Sin embargo, la capacidad de esta hipótesis para poner en jaque a la acusación se diluye cuando se analiza el plexo probatorio que lleva al a quo a alcanzar una conclusión condenatoria. Y con esto me refiero a la tercera cuestión: la valoración de la prueba de cargo.

El tribunal de juicio no solo ha considerado el descargo del imputado y lo ha descartado por no ser suficiente para erigirse como versión alternativa a la del Ministerio Público Fiscal, sino que, además, ha valorado el resto de la prueba de cargo, correctamente a mi juicio, y ha fundamentado de acuerdo a las reglas de la sana crítica racional la condena.

En relación con lo anterior, el juez sentenciante acierta desde un primer momento al colocar en un lugar central de su argumentación a la declaración de la víctima (ver, 00:10:00).

Esta es analizada minuciosamente y sin perder de vista que su actividad debe realizarse con una perspectiva de género, relativa a las especiales aristas que presentan los ataques contra la integridad sexual cuando el autor es un varón y la víctima una mujer (ver 00:20:30).

Asimismo, para sustentar los dichos de la víctima, los cuales circunstancian en modo, tiempo y lugar el hecho referido anteriormente, pone en relación el resultado de los informes psicológicos y la declaración de E. O. L. (supra). Destaca así que el Dr. J. H. (perito psiquiatra del Cuerpo Médico Forense) tuvo a cargo el examen de la víctima y concluyó que su relato era fiable (ver 00:12:00).

Agregó este testigo que el relato era claro, concreto, con un sentido y con un correlato emocional acompañado por un lenguaje verbal y gestual.

Por su parte, el juez sentenciante también explicó que la Dra. C. G. realizó un examen psíquico al imputado y derivó que sus características personales podrían haberlo conducido a llevar a cabo a conductas desajustadas en diversos ámbitos incluida la sexual (ver 00:13:30).

En suma, el agravio relativo a la omisión de considerar correctamente el descargo de V., así como su potencial eficacia para erigirse como versión alternativa de los hechos que abra la puerta a la aplicación del principio in dubio pro reo, debe contestarse negativamente.

Con base en lo dicho hasta aquí, entiendo que debe rechazarse el recurso defensivo en lo que respecta a los alegados vicios in procedendo.

b.- Vicios in iudicando

Resta determinar si, con base en la plataforma fáctica verificada por el juez sentenciante, se realizó una correcta aplicación de la figura contenida en el primer párrafo del art. 119 Cód. Pen.

La defensa sostiene que no hubo conducta típica en tanto el autor no habría actuado en contra de la voluntad de la víctima, pues, «la supuesta agresión cesó inmediatamente después de que la voluntad de la denunciante se manifestó de manera evidente» (f. 189).

Esta visión de los hechos puede ser contestada rápidamente con base en la censura de una de sus premisas subyacentes, la cual invalida las derivaciones que pretende el recurrente.

Me refiero a la presuposición de que el imputado contaba con el derecho de proceder al tocamiento hasta tanto la víctima se manifestara en contrario. Esto es falso. En efecto, el tocamiento en una parte íntima – el pecho de la víctima– debe ser considerado vedado sin una **manifestación expresa o tácita de consentimiento previo**.

Nada de esto ha sido probado en el caso de autos, pues las circunstancias de tiempo, modo y lugar hablan en contra de la existencia de un consentimiento que hiciera decaer la tipicidad de la conducta.

Es más, también lo hace la alegada enemistad que existía entre el imputado, la víctima y su pareja. Y vale decir, que la defensa no ha sugerido que se tratase de un caso de error, lo que, de cualquier modo, tampoco surge del plexo probatorio.

Por ende, la ausencia de consentimiento previo al tocamiento impide hablar de un comportamiento atípico y la interrupción de la agresión solo podría considerarse un desistimiento voluntario en relación con tramos posteriores del proceso ejecutivo que podrían fundamentar una imputación más gravosa.

Pero dejaría subsistente la posibilidad de reprochar los hechos ya consumados, como sucede en este caso con el abuso sexual simple.

El juez sentenciante acierta cuando advierte que la violencia inherente a la conducta tipificada en el primer párrafo del art. 119 Cód. Pen. aparece cuando la víctima por cualquier causa no puede consentir libremente la acción, hipótesis que comprende los casos de tocamientos sorpresivos que anulan la posibilidad de evitación (ver 00:21:00).

Es que en Derecho penal no se trata de la protección de bienes jurídicos de manera estática, sino de la protección de esferas de libertad. Y, por razones evidentes, no puede exigírsele a su titular que se encuentre permanentemente en alerta frente a posibles intrusiones ajenas –por ejemplo, advirtiendo a los transeúntes que no se apropien de sus bienes, que no ingresen a su domicilio, que no toquen su cuerpo, etc.–, pues si esto fuera así, la vida en sociedad se tornaría insoportable.

El ciudadano debe poder confiar en que sus vecinos respetarán su perímetro de libertad sin que deba recordárselos constantemente.

De este modo, después del estudio de la sentencia, las constancias obrantes en la causa y no advirtiendo que haya existido error en el comportamiento del imputado, considero que el agravio de la defensa en el plano de la interpretación del derecho debe ser descartado.

Ello en tanto, se ha verificado correctamente una injerencia prohibida en la esfera de los intereses jurídico-penalmente protegidos de la víctima.

En suma, con base en las consideraciones precedentes, estimo que debe rechazarse el recurso interpuesto por la defensa técnica de A. R. V. O.. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio y Adaro. Adhieren.

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y MARIO D. ADARO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento en este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse como afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

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

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

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

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 182/190 por la defensa técnica de A. R. V. O..
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva federal formulada.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen a sus efectos.

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

11- GUZMAN. 19-03-20.

| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
|----|-----------------|------------|------|--------|---------|---------|----------|---------|-----------|---------|---------|-------------|----------|--------------------------|
| - | Conv. EG | NNA | | - | - | - | A | - | CR | - | - | - | N | 474 414 |

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200319_FcGSJ.pdf

Lex: Art. 239, 142 inc. 1°, 1° y 2° supuesto, 89, 119, 3° párrafo en función con el 4° párrafo inc. b y f, y 55 del CP. 100 Reglas de Brasilia.

Vox: NNA. A.S.I. Abuso sexual. Desobediencia. Privación ilegítima de la libertad agravada por violencia y amenazas. Abuso sexual. Acceso carnal. Encargado de la guarda. Convivencia. Concurso real. Contexto intrafamiliar. Absolución. Nulidad parcial de la sentencia. Nuevo pronunciamiento.

Summa:

El **TPC** absolvió a J.E.G.S. por los delitos de desobediencia a una orden judicial, privación ilegítima de la libertad agravada por violencia y amenazas –causa n° P-34.121/17– y por los delitos de lesiones leves (dos hechos) y abuso sexual agravado por acceso carnal doblemente agravado por la guarda y la situación de convivencia preexistente en forma reiterada (dos hechos) en concurso real –causa n° P-34.154/17–, previstos y sancionado por los arts. 239, 142 inc. 1° primer y segundo supuesto, 89, 119, 3° párrafo en función con el 4° párrafo inc. B y f, y 55 del CP.

El **MPF** interpone recurso de casación.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. La **SCJM** resolvió hacer lugar al recurso de casación promovido por el MPF, y, en consecuencia **anular el punto I de la sentencia**, solo con respecto a la absolución de J.E.G.S por el delito de abuso sexual agravado por acceso carnal doblemente agravado por la guarda y la situación de convivencia preexistente en forma reiterada (dos hechos) en concurso real, remitiendo los presentes obrados al TPC correspondiente, a fin de que la OGAP siga el trámite de ley y se emita un nuevo pronunciamiento.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 84, pronunciada por el TPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Voto Dr. Valerio.

- Morales Quiroga.
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>

Voto Dr. Adaro

- Concha, Jesús. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- Merlo Lassa. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf

Parágrafos destacados

“Así, sostuve que en los casos en que resulten comprometidas personas en «situaciones de vulnerabilidad por condición o por constituir causa, como la edad y/o el género, queda evidenciado el estricto cumplimiento de las normas constitucionales, convencionales y legales vigentes en la valoración de los elementos probatorios, lo que también aplica a las otras situaciones de vulnerabilidad, sea por el estado físico o mental (discapacidad), pertenencia a comunidades originarias o a minorías, por victimización,

migración, desplazamiento interno, pobreza, privación de libertad o circunstancias sociales económicas, étnicas y/o culturales, siempre lo ha hecho teniendo en cuenta las “**Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en vulnerabilidad**” aprobada en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana que tienen como objetivo garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad que les permitan el pleno goce de los servicios del sistema judicial». “

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

Fallo.

CUIJ: 13-04457266-9/1((018602-34154)) FC/G. S. J. E. P/ABUSO SEXUAL AGRAVADO (34154) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104537952*

En Mendoza, a los diecinueve días del mes de marzo del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04457266-9/1, caratulada "F. C/ G. S., J. E. P/ ABUSO SEXUAL AGRAVADO S/ CASACIÓN".

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

El representante del Ministerio Público Fiscal interpone recurso de casación (fs. 738/747), contra el punto I de la sentencia N° 84 (fs. 723/725) y sus fundamentos (fs. 728/736), mediante la cual se absolvió a J.E.G.S. por los delitos de desobediencia a una orden judicial, privación ilegítima de la libertad agravada por violencia y amenazas –causa n° P-34.121/17– y por los delitos de lesiones leves (dos hechos) y abuso sexual agravado por acceso carnal doblemente agravado por la guarda y la situación de convivencia preexistente en forma reiterada (dos hechos) en concurso real –causa n° P-34.154/17–, previstos y sancionados por los arts. 239, 142 inc. 1° primer y segundo supuesto, 89, 119, 3° párrafo en función con el 4° párrafo inc. B y f, y 55 del CP.

El pronunciamiento fue dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial. De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

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

1.- Sentencia recurrida

Como se adelantó, el tribunal de la instancia anterior absolvió por el beneficio de la duda a J.E.G.S, entre otros delitos, por abuso sexual agravado con acceso carnal doblemente agravado por la guarda y la situación de convivencia preexistente, en forma reiterada (dos hechos), en concurso real.

En atención a que es ésta la parte de la sentencia que el representante del Ministerio Público Fiscal considera arbitraria, debe señalarse que el a quo no tuvo por acreditado que en fecha y hora no precisada, en distintas oportunidades, pero siempre en el domicilio ubicado en calle ..., donde el menor L. convivía con el encartado G.S, éste le habría introducido al niño un arma de aire comprimido en el ano, como así también que habría bajado los pantalones y el calzoncillo, exhibido los genitales e introducido su pene en el ano amenazándolo de matarlo si contaba algo.

Para así decidir valoró, entre los elementos más importantes la declaración del menor en Cámara Gesell, el informe de su exámen físico realizado por la Dra. Herrera en el Hospital Fleming, la evaluación psicológica y psiquiátrica realizadas a la víctima por las licenciadas Fusari y Riveros del EPAASI y, la declaración testimonial de la licenciada Lucero perteneciente al equipo técnico del Hogar Laboral n° 1 de la DINAF.

2.- Recurso de casación

El representante del Ministerio Público Fiscal promueve su impugnación sustentada en las disposiciones del art. 474 inc. 1° del CPP.

Señala que el recurso sólo se interpone con respecto al veredicto absolutorio en torno a la autoría de G.S en los delitos sexuales, por resultar arbitrario.

Estima que el sentenciante, al absolver al imputado por el beneficio de la duda, no valoró en forma acabada la prueba rendida, así como tampoco sus argumentos esgrimidos, incurriendo en una aparente y/o errónea fundamentación.

Es decir, que meritó en forma parcializada la prueba afectando el debido proceso y el sistema acusatorio adversarial.

Considera que la versión brindada por el menor Lucas Losino es una prueba de cargo fundamental, en tanto narró los hechos y sindicó al imputado en sentido concordante y sin hesitación en cada una de sus manifestaciones.

Asimismo, destaca que el sentenciante no tuvo en cuenta las pruebas determinantes que dan sustento a la credibilidad del relato del menor, como por ejemplo los informes del ex EPASSI de fs. 38/39, los dichos de la Dra. Herrera y de la Lic. Lucero y finalmente la declaración del menor en Cámara Gesell.

Hace referencia que el a quo realizó una valoración parcializada, basada en expresiones aisladas del menor, por ejemplo cuando refiere en Cámara Gesell que «J. le había dado muerte a su gato», que «le ponía bichos en la comida», entre otras cosas.

Explica que el tribunal de sentencia no ponderó las características personales de Lucas Losino, como, por ejemplo, que se trata de un menor de edad con retraso mental leve, que fue sometido a violencia intrafamiliar y en el marco de la convivencia con el agresor relató como pudo lo ocurrido, pero siempre sindicando al imputado como autor de los abusos sexuales.

Advierte que en ningún tramo de la sentencia el magistrado ha explicitado los motivos por los cuales se encontraría en estado de duda y, menos aún, de qué manera esas dudas operan sobre los extremos sostenidos en la acusación desestimándolos.

Por lo expuesto solicita que el Tribunal Supremo case la sentencia y condene a J.E.G.S como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal doblemente agravado por ser el autor encargado de la guarda de la víctima y por la situación de convivencia preexistente (dos hechos) en forma reiterada (arts. 119 3° párrafo en función con el 4° párrafo incs. b y f del Código Penal) a la pena de 15 años de prisión en efectivo.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General mantiene el recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal contra la sentencia n° 84 dictada por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Por diversas razones estimo que corresponde hacer lugar al recurso de casación deducido por el representante del Ministerio Público Fiscal con respecto a la conclusión absolutoria en torno a los delitos de índole sexual atribuidos al acusado.

En efecto, estimo que la resolución recurrida adolece de nulidad absoluta por «aparente fundamentación», toda vez que la conclusión a la que arribó el sentenciante no resulta una derivación razonada de la prueba rendida en el debate, violentándose de este modo el principio de razón suficiente derivado de nuestro sistema de valoración de prueba, esto es la sana crítica racional.

Al respecto, debe recordar que nuestro ordenamiento procesal local prevé que la sentencia será nula si faltare o fuere contradictoria la motivación de la mayoría del Tribunal, o no se hubieran observado en ella las reglas de la sana crítica, con respecto a elementos probatorios de valor decisivo (art. 416 inc. 4 del CPP).

Antes de ingresar en el tratamiento concreto de los agravios propuestos, estimo pertinente recordar algunas breves consideraciones en orden a la valoración probatoria.

Particularmente en el precedente **«Ojeda Pérez»** destaqué que «siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba -objetivos y subjetivos- a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento. Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto. Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas».

Asimismo en **«Morales Quiroga»**, me pronuncié en orden a las condiciones de vulnerabilidad como parámetro de interpretación probatoria.

Así, sostuve que en los casos en que resulten comprometidas personas en «situaciones de vulnerabilidad por condición o por constituir causa, como la edad y/o el género, queda evidenciado el estricto cumplimiento de las normas constitucionales, convencionales y legales vigentes en la valoración de los elementos probatorios, lo que también aplica a las otras situaciones de vulnerabilidad, sea por el estado físico o mental (discapacidad), pertenencia a comunidades originarias o a minorías, por victimización, migración, desplazamiento interno, pobreza, privación de libertad o circunstancias sociales económicas, étnicas y/o culturales, siempre lo ha hecho teniendo en cuenta las **“Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en vulnerabilidad”** aprobada en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana que tienen como objetivo garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad que les permitan el pleno goce de los servicios del sistema judicial».

Efectuada esa consideración corresponde dar tratamiento a los vicios denunciados. Veamos.

Según entiendo acierta el representante del Ministerio Público Fiscal al manifestar que el tribunal de la instancia anterior, al valorar la declaración de Lucas Losino, no tuvo en cuenta su situación de vulnerabilidad, al tratarse de un menor de edad con retraso mental leve, así como tampoco tuvo en cuenta la existencia de **violencia intra-familiar** en la que se encontraba inmerso y las amenazas recibidas por el imputado. Todas estas son situaciones que fueron expuestas por el menor.

Por lo que considero que su falta de coherencia en el relato de los hechos, carece de virtualidad para excluir su existencia y la responsabilidad penal del imputado en los delitos de abuso sexual.

A ello cabe agregar, que el menor narró los hechos y sindicó al imputado en sentido concordante y sin hesitación alguna en cada una de sus manifestaciones. Así, desde un primer momento durante el examen físico realizado por la Dra. Herrera, como así también en las entrevistas efectuadas por las Licenciadas Riveros y Fusari del EPAASI y finalmente en su declaración en Cámara Gesell. Asimismo, considero que también acierta el recurrente al sostener que el tribunal de juicio omitió valorar elementos convictivos que apoyan la versión que incrimina a G.S. Es decir, no tuvo en cuenta las pruebas que dan sustento a la credibilidad del relato del menor L..

Así, su versión resulta respaldada a través de una serie de corroboraciones periféricas, entre las que ocupa lugar preponderante el examen físico realizado al menor L.L. por la Dra. Herrera del Cuerpo Médico

Forense, del que surge que en la región anal «... se observa borramiento de pliegues, dilatación de esfínter externo del ano, hiperpigmentación de región perianal». A ello se agregó que «... los signos que presenta el menor en región anal son sospechosos y compatibles con los hallados en caso de abuso sexual a repetición con acceso carnal».

Asimismo se dejó constancia de que «el menor relata que el “J.” (padraastro) le mete en la cola un arma de aire comprimido, aparte que se baja pantalón y calzoncillo mostrándole los genitales, luego le mete en la cola el pito y que posteriormente lo mea (descripto literalmente) que el menor sangró y que el hecho ha sido a repetición y que le ha dicho que si dice algo lo va a matar» (fs. 25 y vta.). A su vez, se desprende de la evaluación psicológica-psiquiátrica realizada por las Licenciadas Fusari y Rivero del EPASI que «... el niño presentaría un retraso mental leve», que «... no se detectaron elementos vinculados a tendencia a fabular y/o crear historias inexistentes», y en cuanto a su comportamiento refieren que «... logra expresar datos que dan cuenta que habría resultado victimizado sexualmente. Identificando como autor de tales agresiones a su padraastro, J.» (fs. 38/39).

Por último, cabe mencionar la declaración testimonial de la Licenciada Lucero, perteneciente al equipo técnico del Hogar Laboral N° 1 de la DINAF donde ingresó el menor L. L. luego de denunciado los hechos. De su lectura surge la sospecha de que el autor de los abusos fuera su tío materno, y no J.. Sin embargo, la Lic. Lucero al respecto señaló que «... desde que ingresó el menor al Hogar, jamás ha dicho que su tío haya abusado de él, siempre ha dicho que J. fue quien abusó de él» (fs. 357 y vta.).

Sentado lo anterior advierto que, en el caso bajo análisis, la motivación cuestionada no cumple con los recaudos necesarios para constituir un acto jurisdiccional válido.

En tanto, se observa que el tribunal de juicio analizó de manera parcial la declaración del menor L. L.s, siendo ésta prueba dirimente, puesto que, como ha dicho este Tribunal en otra oportunidad y en términos aplicables al presente, que la mayoría de estos delitos se cometen en la clandestinidad, lo que de por sí justifica el valor central que en su acreditación o desestimación tengan los testimonios brindados por quienes aparecen como víctimas, atento que éstos suelen ser los únicos elementos de prueba, imponiéndose, en consecuencia, la imposibilidad de exigir pluralidad de pruebas en referencia directa al hecho ilícito (ver al respecto «**Mamani Navarro**»).

Conforme a todo lo señalado, puede concluirse que se advierten vicios en el análisis integral de los elementos de prueba valorados por el tribunal de juicio que lo llevaron a no tener por acreditada la materialidad del hecho con respecto a los delitos de abuso sexual y la vinculación del acusado en su comisión, lo que lleva a anular parcialmente la sentencia condenatoria. Por todo lo expuesto, y oído el Procurador General, corresponde responder de manera afirmativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Comparto los fundamentos en virtud de los cuales el ministro preopinante entiende que la sentencia cuestionada presenta vicios que conllevan la declaración de su nulidad.

En particular me interesa destacar que las falencias en el razonamiento del sentenciante descriptas en el voto que me precede, y que dan sustento a la solución que se propicia, implican –según entiendo– la vulneración a los compromisos asumidos por el Estado argentino de asegurar un efectivo acceso a la justicia (arts. 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), particularmente en lo que respecta a la garantía de acceder a una investigación penal seria respecto de delitos cometidos en ámbitos de incumbencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos –esto, en el pleno entendimiento de

la condición de obligación de medios que rige a su respecto—; considerando, a su vez, que la investigación criminal realizada en forma acorde a los mandatos de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos funge como una medida de reparación para la víctima y sus familiares y como una garantía de derecho a la verdad (Conf. «**Concha, Jesús**).

De este modo, estimo oportuno precisar que conforme los estándares internacionales y regionales, la situación del niño L. L. quien, según la hipótesis sostenida por el titular de la acción pública, fue víctima de abuso sexual por parte del imputado, debe ser analizada desde una mirada que abarque las distintas condiciones de vulnerabilidad que lo abarcan, en el caso: por ser niño y por su condición de discapacidad, lo que merece una especial atención por cuanto esta última condición implica una situación de extrema vulnerabilidad, máxime cuando la violencia se desarrolla en el seno familiar.

Dicho de otro modo, el imputado —quien habría perpetrado la violencia sexual contra la víctima en autos—, se habría servido de una condición diferencial que ubica a estas víctimas en una posición de desventaja a nivel social, adicionalmente a cualquier otra, como pueden ser el género o el nivel socioeconómico. Se trata entonces, de diversas situaciones de vulnerabilidad que lo atraviesan, por cuanto cada una de ellas demanda una especial protección por parte de todos los agentes de la organización estatal, a fin de prevenir la violencia de la que históricamente han sido objeto; y de los operadores del derecho, quienes tienen la obligación de ser diligentes en la investigación.

Ello implica el deber de ponderar los obstáculos que nuestra praxis judicial presenta para el efectivo acceso a la justicia de este sector vulnerable de la población. En este sentido, me interesa destacar que en el nuevo modelo social la discapacidad es percibida como una característica de la diversidad humana con el mismo valor y dignidad que las demás, lo que supone centrar las respuestas sociales y jurídicas en la no discriminación e igualdad de oportunidades, incluyendo la diferencia en la construcción y diseño de la sociedad.

De esta manera, entiendo que los principales problemas que enfrentan las personas con discapacidad no son consecuencia de sus diferencias funcionales, sino del modo en que se encuentra diseñada la sociedad, a través de la construcción de barreras de distinta índole, actitudes discriminatorias y estereotipos culturales negativos hacia este sector vulnerable de la población.

Por ello, debe entenderse que la discapacidad no es un problema individual de la persona, sino un problema social. Precisamente estos principios inspiraron a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad (en adelante, CDPD), aprobado en el ámbito de las Naciones Unidas en fecha 13 de diciembre de 2006, y ratificada por nuestro país mediante ley 26.378, e incorporada al bloque constitucional mediante ley 27.044, en donde la idea de igualdad y no discriminación atraviesa todo el articulado.

Así, el problema social se evidencia en el concepto de discapacidad que proporciona la CDPD, al definirla como «... un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás» (inciso e) del Preámbulo, CDPD). En la misma línea, la citada convención define a la persona con discapacidad como «... aquellas que tengan deficiencias físicas,...que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás» (art. 1 párrafo 2, CDPD).

De esta manera, se desprende de los conceptos apuntados, que la diversidad funcional no es lo que determina la capacidad de una persona, sino que ésta es en función de las barreras que impone la sociedad, es decir, de cómo esta diagramada la sociedad. De esta concepción, se desprende que resulta

de vital importancia el cumplimiento de los deberes impuestos al Estado a fin de asegurar el efectivo acceso a la justicia de este sector especialmente vulnerable de la población.

En este entendimiento, la CDPD prevé la obligación de los Estados partes de asegurar a las personas con discapacidad el acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, realizando ajustes de procedimientos adecuados a la edad y madurez para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos (art. 13, CDPD). Los ajustes razonables son, según la citada convención «las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas, que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales» (art. 2, CDPD).

Estos estándares de accesibilidad, según entiendo, garantizan a este colectivo de personas una tutela judicial efectiva en sentido amplio, esto es, la consideración de todas las circunstancias sociales, económicas, personales y de cualquier otra índole, que puedan en la práctica impedir a las personas acceder al amparo de la justicia. Sentado cuanto precede, advierto que el sentenciante omitió considerar los lineamientos impuestos por la normativa referida en tanto no tuvo en cuenta, al valorar los distintos elementos de juicio, la especial situación de vulnerabilidad de la víctima. Como corolario de lo expuesto, pretendo destacar la importancia de que los operadores del derecho en sus distintas funciones ponderen los particulares contextos en que se desarrollan los hechos violatorios de derechos humanos, a fin de obtener una decisión justa que determine la verdad de los hechos y, en su caso, el castigo de sus responsables. Todo ello implica, en definitiva, y como medida de reparación, poner en valor a las personas como titulares de los derechos reconocidos en las convenciones de derechos humanos. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado al que se llega en el tratamiento de la cuestión anterior corresponde hacer lugar al recurso de casación promovido por el representante del Ministerio Público Fiscal y en consecuencia anular el punto I de la sentencia N° 84 de fs. 723/725, sólo con respecto a la absolución de J.E.G.S por el delito de abuso sexual agravado por acceso carnal doblemente agravado por la guarda y la situación de convivencia preexistente en forma reiterada (dos hechos) en concurso real, dictada por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial.

En consecuencia, corresponde remitir los presentes obrados al Tribunal Penal Colegiado correspondiente, a fin de que la OGAP siga el trámite de ley y se emita un nuevo pronunciamiento, conforme al resultado aquí arribado. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el Dr. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

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

- 1.- Hacer lugar al recurso de casación promovido por el representante del Ministerio Público Fiscal y en consecuencia anular el punto I de la sentencia N° 84 de fs. 723/725, solo con respecto a la absolución de J.E.G.S por el delito de abuso sexual agravado por acceso carnal doblemente agravado por la guarda y la situación de convivencia preexistente en forma reiterada (dos hechos) en concurso real, dicatada por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial.
- 2.- Remitir los presentes obrados al Tribunal Penal Colegiado correspondiente, a fin de que la OGAP siga el trámite de ley y se emita un nuevo pronunciamiento.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 19 de marzo de 2020.-

12- CONTRERAS. 19-03-20.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200319_FcCCD.pdf

Lex: Art. 119, 3° párrafo y 55; 119, 1° párrafo, 55 y 89 y 92 en función el art. 80 inc. 1° del CP. Convención Belem Do Pará.

Vox: VG. Abuso sexual simple. Acceso carnal. Lesiones leves dolosas calificadas. Vínculo. Amplitud probatoria.

Summa:

El TPC condenó al nombrado a la pena de **seis años de prisión**, por resultar autor del delito de abuso sexual con acceso carnal en concurso real - cuatro hechos- y abuso sexual simple en concurso real con lesiones leves dolosas calificadas por el vínculo, en concurso real (arts. 119, 3° párrafo y 55; 119 primer párrafo, 55 y 89 y 92 en función el art. 80 inc. 1° del Cód. Penal). SA es cónyuge del SP.

La **defensa** interpone recurso de casación.

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

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1081, pronunciada por el TPC N° 1- 3° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Voto del Dr. Valerio:

I- Valoración probatoria en materia de violencia de género. **Perspectiva de género:**

- Morales Quiroga.
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Merlo Lassa. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=243>
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>

Voto Dr. Adaro

I- Valoración probatoria en materia de violencia de género. **Perspectiva de género:**

- Merlo Lassa. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=243>
- Galdeano Araujo. 10-09-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=189>
- Muñoz García. 07-11-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191107_Fc_MGD.pdf
- González Pringles.

Doctrina citada

Parágrafos destacados

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

Fallo.

CUIJ: 13-04827136-1/1((038601-97407)) FC/ C. C. D. P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL EN CONCURSO REAL POR TRATARSE DE CUATRO HECHOS (97407) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104908312*

En Mendoza, a los diecinueve días del mes de marzo del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-04827136-1/1 caratulada “F. C/ C. C. D. P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL EN CONCURSO REAL POR TRATARSE DE CUATRO HECHOS S/ CASACIÓN”.

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

El defensor de C. D. C. M. interpone recurso de casación (fs. 44/49 vta.) contra la sentencia n° 1081 en tanto condena al nombrado a la pena de seis años de prisión, por resultar autor del delito de abuso sexual con acceso carnal en concurso real por tratarse de cuatro hechos –causa P-97407/18– y abuso sexual simple en concurso real con lesiones leves dolosas calificadas por el vínculo –causa P-97410/18–, en concurso real (arts. 119, 3° párrafo y 55; 119 primer párrafo, 55 y 89 y 92 en función el art. 80 inc. 1° del Cód. Penal), pronunciamiento dictado por el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Tercera Circunscripción Judicial.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

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

1.- Resolución recurrida

La sentencia en la causa 97407/18 establece que el 24 de noviembre de 2018 aproximadamente a las 06:40 horas, la víctima estaba en el interior del dormitorio en su domicilio de ... de Rivadavia, cuando se hizo presente su cónyuge, el imputado, quien venía alcoholizado, y ante la negativa de ella a mantener relaciones sexuales, la tocó en la vagina, le sacó la ropa interior, se subió encima, le apretó el cuello y le introdujo el pene en la vagina, mientras le decía: «Eso te gusta a vos. Eso es lo que querés, eso querías, vos sos mi hembra y eso es lo que querés, ahí tenés». Estos hechos se repitieron en tres oportunidades más hasta las 12 horas (requerimiento de citación a juicio, fs. 1/2 del legajo).

En la causa 97.410/18 se tiene por acreditado que el imputado previo a discutir con la víctima, el 25 de noviembre de 2018 a las 10:20 horas aproximadamente, en el domicilio de ... de la ciudad de Rivadavia, le empujó la cabeza contra un mueble, provocándole un hematoma en el lado derecho del rostro, con un tiempo probable de curación e incapacidad laboral inferior a un mes, tras lo cual la arrojó sobre la cama, le rompió el pantalón y se lo sacó junto a con la bombacha, le frotó el pene por la vagina mientras le manifestaba «[...]esto es lo que vos querés, te hace falta cama». Ante la resistencia de la víctima, se tiró encima de ella y con sus manos le tocó los pechos y le dijo «[...] todo esto es mío, sabés, todo esto es mío, nadie me lo va a quitar» (requerimiento de citación a juicio, fs. 5 y vta. del legajo).

2.- Recurso de casación

Se queja la defensa porque la sentencia carece de motivación, ya que se omitió valorar la declaración de la víctima prestada en la audiencia de debate, quien dijo que su resistencia no fue seria y constante, prueba fundamental que acredita la inexistencia de abuso.

Refiere que esos dichos coinciden con los del imputado en la audiencia de prisión preventiva, que constan en soporte digital. Resalta que esa ausencia de resistencia seria se verifica cuando la víctima dijo que el 25 de noviembre cuando el encartado quiso tener relaciones con ella, no la accedió porque se puso «firme».

Destaca que no se motivó el elemento subjetivo del tipo, esto es, la voluntad de abusar del sujeto pasivo, que requiere el conocimiento cierto de la voluntad contraria de éste.

Respecto de la causa por lesiones leves, aduce que la sentencia es contradictoria, y que se omitió la explicación que la víctima dio respecto de la lesión que tenían en el talón derecho, a lo que añade los dichos del médico del Cuerpo Médico Forense sobre la posible causa de la lesión en la región malar.

Agrega que no se ha motivado suficientemente la calificación legal del delito de abuso sexual simple y tampoco su figura agravada de abuso sexual con acceso carnal, respecto de si el imputado desplegó medios comisivos típicos de esas figuras, porque esos medios comisivos deben tener una gravedad que permita vencer una resistencia seria contra un acto sexual.

Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador opina que el recurso debe ser rechazado, entre otros motivos, porque constituye una discrepancia con el criterio de la inferior, encontrándose la sentencia debidamente fundada.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

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

Ello por cuanto la crítica se centra en la motivación de la sentencia, y de la revisión practicada surge que es suficiente a los fines de su mantenimiento como acto jurisdiccional válido, a tenor de la jurisprudencia de este Cuerpo en el sentido que los posibles defectos de la resolución, para conllevar la extrema solución de su nulidad, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros), lo que en autos no ocurre.

En efecto, han sido abordados de manera adecuada los temas que el defensor apunta, entre ellos los referidos a la calificación legal de los delitos enrostrados, tanto en el caso del abuso simple como del calificado.

Cabe consignar que de las pericias y demás pruebas incorporadas emerge que la víctima se encontraba inmersa en un contexto de violencia doméstica, con un matrimonio disfuncional, donde los maltratos eran psíquicos, físicos, verbales y sexuales, según refirieron también los peritos que depusieron en el debate y resaltó el a quo en los fundamentos.

En concreto, la víctima dejó de resistir ante el abuso del encartado y «lo dejó hacer», porque su hijo menor estaba en el hogar, para evitar consecuencias mayores, no sin antes haberle dicho que se fuera, que la dejara tranquila, que le daba «asco» tener relaciones sexuales con él. Es más, al ser preguntada en forma puntual sobre el tema, expresó «sí, le dije que no quería» (registro de audio y video, 24:44).

Corresponde mencionar que los dichos de la víctima –que trasuntaban una inocultable angustia–, fueron percibidos por el inferior como claros, precisos, concordantes con las pericias, contundentes en los detalles, aspectos que pudieron constatarse con la reproducción del registro prementado.

O sea, fue en el marco precedentemente descripto en el que la víctima ejerció la resistencia que el quejoso califica como carente de firmeza, habiendo cesado en la misma por agotamiento y por temor a que su hijo menor padeciera la situación, según ella dijo y el juzgador expuso en los fundamentos. Al respecto, este Cuerpo ha tenido oportunidad de expedirse sobre la valoración probatoria en este tipo de violencia («**Morales Quiroga**», «**Cruz Caporiccio**», «**Merlo Lassa**» y «**Ojeda Pérez**»).

En esta última ocasión, sostuve que «[...] comparto aquella concepción según la cual la perspectiva o visión de género es una “categoría analítica que toma los estudios que surgen desde las diferentes vertientes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma, cuestionar los estereotipos y elaborar nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad al servicio de la igualdad y la equidad” (UNICEF, “**Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas**”, Buenos Aires, 2017). Destaco la idea de igualdad contenida en la definición en tanto se encuentra no sólo consagrada expresamente en el texto constitucional (art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza), sino, también, en el ámbito de la normativa internacional. Así, entre otros, la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” - Belem Do Pará - , garantiza que toda mujer tiene “el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley” (art. 4, inc. “f”).

También destacué que «[...] en nuestro ordenamiento interno, la ley nacional 26.485 es una norma orientada pura y exclusivamente a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las mujeres.

En tal sentido, entre sus objetivos primordiales, el propio texto promueve y garantiza “la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida”, “el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia”, “las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos”, como también, “la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres” (art 2, inc. a, b, c y e respectivamente).

Así, «[...] ese texto normativo vino a imponer un verdadero “deber jurídico” para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas.

Sus destinatarios directos son aquellos sujetos que integran los órganos decisores en el marco de los procesos judiciales penales, ya sea por el lado de quienes resultan facultados para disponer sobre el curso de investigación, como también, respecto de quienes son los encargados de su juzgamiento».

Ese deber jurídico no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley. Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que «[l]os organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativos, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional...los siguientes derechos y garantías: i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son su naturales testigos [...]» (art. 16).

Junto a esta norma aparecen las disposiciones del art. 31 en cuanto establece el principio de «libertad probatoria». Asimismo, señalé que «[...] el texto legal vigente no introduce un nuevo método de valoración probatoria para los casos de violencia de género, puesto que siempre la prueba debe valorarse conforme al sistema de la sana crítica racional (art. 206 y 409 del CPP).

Con lo cual, las referencias de la legislación vigente sobre esta cuestión se justifica ante la necesidad de evitar que los órganos jurisdiccionales decisores puedan apartarse en sus resoluciones del contexto fáctico que resulta propio a este género de conductas delictivas».

De este modo, «[...] el acierto de la ley consistió en establecer, en forma igualitaria, un método de valoración que evite la discriminación que en ocasiones ocurría por prácticas derivadas de la cultura jurídica patriarcal inquisitiva, que se transformaron en consuetudinarias, y que era necesario erradicar. Repárese que es la propia Convención Belem Do Pará donde se fija, como un deber de los Estados el “tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer” (art. 7, inc. “e”).

Ello no resulta novedoso para la labor jurisdiccional, puesto que siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba – objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento. Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto.

Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas».

Conforme a ello «[...] es el contexto en el que se inserta el hecho delictivo el que viene a determinar el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio.

Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres el testimonio de la víctima ostenta un valor fundamental en la comprobación de los extremos de una imputación delictiva, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la responsabilidad penal derivada del mismo».

«Es por todo ello que concluí en aquella oportunidad que uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente el de la igualdad de las mujeres entendida como instrumento garantizador como valor supremo.

A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables».

Estas consideraciones son plenamente aplicables al caso, por cuanto nos encontramos frente a un supuesto de violencia de género, en donde el tribunal de instancia anterior ha tenido en cuenta los parámetros antes referidos al momento de la ponderación contextual de los elementos de prueba obrantes en la causa, particularmente la declaración de la víctima y los exámenes realizados, de conformidad con las reglas de la sana crítica racional, cuyo apartamiento el quejoso no logró demostrar. Dicho en otras palabras, la impugnación aparece huérfana de sustento en lo actuado en las presentes causas sometidas a revisión, resultando lo expresado por el letrado sobre que la resistencia no fue seria, frente a lo precedentemente detallado, una mera opinión personal, sin relevancia alguna para modificar la decisión adoptada.

En el mismo sentido, tampoco detentan relevancia las hipótesis que plantea como posibles causas de la lesión que sufrió la víctima –constatada y certificada por el Cuerpo Médico Forense–, ni se verifica en los fundamentos la contradicción que alega, toda vez que la denunciante dijo sobre el incidente del cuadro al que alude el recurrente (recurso, fs. 49) que «[é]l se me vino encima, no el cuadro» y que «él me empujó» (registro audio visual, 55:35 aproximadamente).

Por otra parte, de los elementos probatorios reseñados se infiere con claridad la voluntad de abusar y el conocimiento cierto de la voluntad contraria de su pareja, así como que el imputado hizo despliegue de los medios comisivos típicos de los delitos que se le endilgan, temas todos a los que el a quo les da un tratamiento escueto pero suficiente, lo que deja sin base los agravios esbozados.

Resta decir que la especial transcendencia que pretende conferirle el quejoso a la declaración del imputado en la audiencia de prisión preventiva, no es tal, constituyendo tal agravio una discrepancia con el criterio valorativo del juzgador. Además, su inclusión mental hipotética en la plataforma fáctica existente no reviste entidad para variar la resolución objetada en el sentido que pretende el defensor, de conformidad con el método adoptado por esta Sala reiteradamente.

De tal modo, se ha sostenido en términos aplicables al presente, que «[l]a prueba omitida debe ser decisiva; si carece de eficacia la omisión no afecta la motivación.

Cuando se afirma que en la motivación deben ser tenidas en cuenta tanto las pruebas favorables como las contrarias a la tesis admitida, se alude a las que son efectivamente eficaces y decisivas para resolver el caso.

Cuando se trata de dilucidar si hay omisión de prueba esencial, se debe realizar una operación crítica que consiste en la inclusión mental hipotética de la prueba no producida, o sea que si hubiera sido considerada podría haber hecho variar el sentido de la decisión final» (L.S. 263-129, 418-227, entre otros).

Resta decir que el psicólogo del Cuerpo Médico Forense, Licenciado Vega, puso de relieve que el funcionamiento del encartado es de tipo primitivo y que tiene escasa autocrítica, habiendo internalizado pautas propias de su grupo familiar primario, en torno al comportamiento sexual con el sexo opuesto, así como el juzgador apunta que la víctima puso en conocimiento de su suegra las agresiones sufridas, y que el encausado se negaba a aceptar el fin de la relación de pareja entre ellos.

Por lo tanto, y opinión concordante del señor Procurador General, corresponde confirmar la sentencia cuestionada, por no adolecer de los vicios endilgados ni de arbitrariedad alguna. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Ampliatorio.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, EN VOTO AMPLIATORIO DIJO: Puesto a resolver la cuestión planteada debo señalar que coincido con la solución a la que llega mi colega preopinante. En lo referente a la valoración probatoria con perspectiva de género, entiendo oportuno remitirme, en lo pertinente, a lo señalado en los precedentes «**Galdeano Araujo**»; «**Merlo Lassa**», «**Muñoz García**» y «**González Pringles**».

Por estas razones, y al compartir la solución propiciada en el voto preopinante, estimo que debe responderse de manera negativa la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

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

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

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

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 44/49vta. por la defensa de C. D. C. M..
- 2.- Tener presente la reserva federal formulada.
- 3.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 19 de marzo de 2020.-

13- OLAYA. 06-04-20.

| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
|----|----|------------|------|--------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|-------------|---|--------------------------|
| - | - | NNA | - | - | - | - | - | - | - | - | - | - | - | 474 414 |

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200406_FcOE.pdf

Lex: Art. 119, 1° párrafo del CP. Art. 4 y 414 del CPP.

Vox: Abuso sexual simple. Absolución. In dubio pro reo.

Summa:

El **TPC** absolvió, por el beneficio de la duda, a C.E. O.L. respecto del delito de abuso sexual simple (art. 119, primer párrafo Cód. Pen.).

El **MPF** interpone recurso de casación.

El **Procurador General** mantiene el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación interpuesto por la Fiscalía.

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

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

Fallo.

CUIJ: 13-04770108-7/1((028601-5186)) F. C/ O.E. P/ ABUSO SEXUAL SIMPLE (5186) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104848524*

En Mendoza, a los seis días del mes de abril del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04770108-7/1, caratulada "F. C/ O.L. S/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN". De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. OMAR A. PALERMO; segundo, DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero, DR. MARIO D. ADARO.

El Fiscal en Jefe del Tribunal Penal Colegiado de la Segunda Circunscripción Judicial interpone recurso de casación (fs. 251/257) contra la resolución de fs. 242 mediante la cual el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Segunda Circunscripción judicial absolvió, por el beneficio de la duda, a C.E. O.L. respecto del delito de abuso sexual simple (art. 119, primer párrafo Cód. Pen.).

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

RIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

I.- Sentencia recurrida

El tribunal consideró que no se alcanzó el grado de certeza exigido para el dictado de una sentencia condenatoria en relación con los hechos objeto de la acusación, según los cuales «en el distrito de ..., para el día veinte de junio del año dos mil trece, siendo la hora nueve aproximadamente, en oportunidad en que el menor M.A.C. se encontraba en el patio común del domicilio sito en calle ..., que comparte con el ciudadano E. O., en forma intencional y sorpresiva tocó al menor en sus partes íntimas (cola)» (f. 246 vta.). Para decidir en tal sentido, la a quo valoró, entre los elementos más relevantes, la declaración del testigo J.M.G., la declaración recibida a M.A. C. mediante el sistema de Cámara Gesell, el testimonio incorporado por lectura de M.V.P., el descargo del imputado y la prueba instrumental válidamente incorporada al proceso.

II.- Recurso de casación

El recurrente considera que las pruebas colectadas a lo largo de la investigación penal preparatoria y reproducidas en la audiencia de debate demuestran, con el grado de certeza necesario para el dictado de una sentencia condenatoria, que el imputado llevó a cabo una conducta típica de la previsión del art. 119, primer párrafo del Cód. Pen. Con base en esta visión de los hechos, critica la sentencia absolutoria en lo que hace a la valoración de la prueba.

i.- En primer término, el representante del Ministerio Público Fiscal expresa que el tribunal omitió valorar e incorporar por lectura la declaración testimonial de B.C., padre del menor, la cual sería fundamental para el descubrimiento de la verdad real.

Para sustentar la importancia de esta prueba brinda dos argumentos: por un lado, que la declaración de este testigo permitiría aclarar los dichos del testigo J.M.M.; por otro lado, que el testigo referido habría presenciado de manera directa el hecho denunciado.

Finalmente, se subraya que el testimonio fue recibido por la jueza de instrucción con pleno conocimiento de la defensa, la cual fue debidamente notificada.

ii.- En segundo término, el recurrente ataca la valoración del testimonio prestado por la presunta víctima del delito.

En esta línea, después de citar normativa internacional pertinente, señala que no se ponderó la situación de vulnerabilidad del niño y su testimonio fue valorado de manera contradictoria

Con base en los argumentos referidos, el representante del Ministerio Público Fiscal solicita la nulidad de la sentencia.

III.- Dictamen del Fiscal Adjunto en lo Penal

El Fiscal Adjunto en lo Penal mantiene el recurso de casación interpuesto por el Fiscal en Jefe del Tribunal Penal Colegiado de la Segunda Circunscripción Judicial, remitiéndose a los argumentos oportunamente expresados (fs. 284).

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

En adelanto de las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que corresponde rechazar el recurso casatorio impetrado.

La estrategia argumentativa de la representante del Ministerio Público Fiscal consiste en atacar el razonamiento de la a quo y, al mismo tiempo, reafirmar su pretensión acusadora en relación con los hechos originalmente imputados. Como explicaré a continuación, entiendo que este intento nulificante no es lo suficientemente sólido para alcanzar lo que se propone. Veamos.

La jueza sentenciante al analizar la prueba ofrecida por las partes concluyó que ella no alcanzaba para afirmar, con la certeza exigida por una sentencia condenatoria, que C.E.O.L. abusó sexualmente del niño M. C., en la modalidad propuesta por la acusación. Sus argumentos centrales coinciden con los agravios esgrimidos por la representante del Ministerio Público Fiscal, por lo tanto, su revisión en esta instancia permite contestar ordenadamente las objeciones de la recurrente.

En primer lugar, en línea con lo prescripto por la normativa nacional e internacional para aquellos casos en los que un niño ha padecido prima facie un ataque contra su integridad sexual, la jueza sentenciante coloca en un lugar privilegiado de su silogismo al testimonio de M.C..

En este sentido, lo analiza y explica que su declaración «impresiona prima facie como sincero, en la medida en que brinda un relato lógico y coherente a la edad del deponente» (fs. 247).

Sin embargo, frente a esta impresión, la magistrada opone el sentido del resto del plexo probatorio – sobre el que entraré a continuación– y, especialmente, un tramo de la declaración en la que M.C. expresa que su papá le dijo que el imputado lo quería violar (fs. 247), lo cual le hizo sospechar a la a quo sobre la verosimilitud del relato.

Así señala que «cobra relevancia que, al recibírsele declaración al niño, cuando fue preguntado por la Lic. Peralta acerca de si sabía qué es violar, dijo que su papá le había dicho que O. lo quería violar ... considero que este no es un dato menor o superfluo, en el contexto probatorio en el que surge» (fs. 248).

A lo anterior, la jueza anuda el contenido del informe de fs. 51 y vta. confeccionado por la psicóloga del C.A.I., el cual caracteriza el relato del **niño como «creíble, explícito, sin contradicciones**, con detalles de contexto, manifestación de nerviosismo congruente con el material relatado» (fs. 247).

No obstante, la posibilidad de coadyuvar a la verificación de la hipótesis acusatoria que presenta este informe, la magistrada señaló que ello se ve anulado cuando se hace referencia a las técnicas utilizadas para alcanzar tal conclusión, a saber, entrevista clínica individual abierta y semidirigida, test de H.T.P., persona bajo la lluvia, test de la familia y test animal.

Es que las técnicas anteriores, según la a quo, parecieran hacer referencia a una pericia psicológica o examen más completo, que ninguna de las partes solicitó. Lo cual, lleva a la magistrada a dudar de la corrección del informe y de «si se trata simplemente de un olvido al omitirse retirar el pasaje del modelo predeterminado que habitualmente emplean al elaborar los informes escritos» (fs. 247).

Ahora bien, no sería un problema este punto oscuro en el informe referido si la psicóloga responsable del mismo hubiera concurrido a la audiencia de debate para despejar aquellas dudas.

Con todo, la licenciada Ivana Peralta no fue ofrecida como testigo en el juicio por la acusación, lo que debilita –como correctamente advierte la a quo– la hipótesis acusatoria. Pero no es esta no es la única dificultad con la que se encuentra el tribunal de juicio para alcanzar el grado de certeza necesario para dictar una sentencia condenatoria.

Es que el padre del niño y denunciante tampoco concurrió a la audiencia de debate, en tanto no pudo ser citado por el Ministerio Público Fiscal. De este modo, se volvió imprescindible para la acusación incorporar su testimonio por lectura, lo cual fue rechazado por el tribunal con base en la oposición de la defensa, en tanto esta no había podido intervenir en el acto y, en consecuencia, interrogar al testigo.

En particular, la jueza puso de relieve que el rechazo de este testimonio no privó a la Fiscalía de una prueba esencial, en tanto en la misma no obraban mayores datos a los contenidos en la denuncia.

En otro orden de ideas, no debe perderse de vista que, como ya ha puesto de relieve este tribunal en otras oportunidades, la ley de procedimientos de la provincia de Mendoza es sumamente clara al establecer que las declaraciones testimoniales recibidas durante la investigación penal preparatoria podrán **ser leídas durante el debate sólo en determinados casos, bajo pena de nulidad**, los cuales, no concurren en el presente caso.

Y frente a ello no basta con oponer que, a pesar de no estar presente en el acto, en su hora la defensa fue debidamente notificada.

Argumentación que tampoco puede suplirse haciendo referencias genéricas a las garantías procesales, en tanto la defensa se opuso fundadamente a su incorporación. No obstante, el resto de los elementos probatorios tampoco hablan a favor de la hipótesis de la acusación y, según entiendo, justifican la decisión de la juez sentenciante en orden a la absolución por el beneficio de la duda.

Corresponde, finalmente, analizar la valoración que el tribunal de juicio realiza del testimonio de J.M.M. y el descargo del imputado.

En relación con el primero, la jueza subraya sus expresiones relativas a que entre el denunciante y el imputado existía una mala relación. A su vez, destaca que este testigo expresó que B.C. le expresó en una de las oportunidades en las que se quejaba de su vecino que lo iba a denunciar de haber violado a M. y que «para cuando se den cuenta que no es cierto ya va a tener todo roto» (fs. 248).

Agregó el deponente que una vez que se enteró de que efectivamente había denunciado a O. fue a pedirle a C. que se fuera por haberlo hecho, frente a lo cual no se opuso y procedió a dejar el lugar.

Este testimonio es apreciado por la jueza sentenciante como «sincero y objetivo» sin advertir en M. interés en perjudicar al denunciante, ni en beneficiar al acusado sin razón (fs. 248).

Por último, si bien el acusado optó por no prestar declaración, el descargo realizado durante la etapa instructora fue incorporado por lectura y valorado en consonancia con el sentido de las pruebas reseñadas, tal cual se han desarrollado en los párrafos anteriores.

En esa oportunidad, O.L. rechazó las acusaciones, explicó la mala relación que tenía con el denunciante y negó que estuviera con el niño en el momento de los hechos. De este modo, el análisis precedente me convence de que la prueba ha sido correctamente valorada por la a quo.

Ello en tanto, los elementos de cargo no son lo suficientemente sólidos como para alcanzar el grado de convicción que amerita una sentencia condenatoria pues, como se dijo, existen tramos del hecho que no han sido correctamente acreditados, generando en consecuencia, un estado de duda sobre la existencia del tocamiento que correctamente condujo a la jueza sentenciante a aplicar el beneficio de la duda.

En conclusión, considero que la sentencia se encuentra debidamente fundada en los hechos y el derecho, lo que me convence de que corresponde rechazar el recurso interpuesto. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio y Dr. Adaro. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y MARIO D. ADARO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

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

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

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

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 251/257 por el Fiscal en Jefe del Tribunal Penal Colegiado de la Segunda Circunscripción Judicial.
- 2.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

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

14- VERGARA. 08-04-20.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200408_FcVMM.pdf

Lex: Art. 119, 3° párrafo del CP

Vox: VG. VS. Abuso sexual. Acceso carnal. Valoración de la prueba. Amplitud probatoria.

Summa:

El **TPC** condenó al nombrado a la pena de **seis años de prisión**, como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal (art. 119, 3° párrafo del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación.

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

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 651, pronunciada por el TPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Voto Dr. Adaro

- Ontivero Arancibia. 22-05-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180522_FcOAJ.pdf
- Concha, Jesús. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf

Voto Dr. Valerio:

- Morales Quiroga.
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Merlo Lassa. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=243>
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>
- Narváez Videla. 23-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191223_FcNVJ.pdf
- Brancello. 05-03-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180522_FcOAJ.pdf

Voto Dr. Palermo.

- Di Cesare Morales. 26-06-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=156>
- Mejía Salvador. 10-09-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=197>

b-CIDH

- «Castro Castro vs. Perú». Fondo, 25-05-06.
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf
- Caso Rosendo Cantú vs. México. 31-08-10
https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=339
- Caso «Fernández Ortega y otro vs. México». 30-08-10.
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/fernandez_ortega/esap.pdf

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

Fallo.

CUIJ: 13-04845643-4/1((018602-14980)) F. C/ V. M. M. A. P/ ABUSO SEXUAL C/ ACCESO CARNAL P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104927764*

En Mendoza, a los ocho días del mes de abril del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-04845643-4/1 caratulada "F. C/ V. M., M. P/ ABUSO SEXUAL S/ CASACIÓN".

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

La defensa de M. A. V. M. interpone recurso de casación contra la Sentencia n° 651 y sus fundamentos que condenó al nombrado a la pena de seis años de prisión, accesorias legales y costas, como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal (art. 119, 3° párrafo del CP), fallo pronunciado por el Tribunal Penal Colegiado n° 2, de la Primera Circunscripción Judicial.

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

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

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

1.- Sentencia recurrida

El tribunal ha tenido por acreditado el hecho contenido en la pieza acusatoria que da cuenta que, en fecha no precisada, pero comprendida en el mes de diciembre de 2017 siendo aproximadamente a las 21:00 horas, en el domicilio sito en calle ... de Las Heras, donde funciona la panadería denominada ..., M. A. V. M. ingresó al baño donde se encontraba J. M. S. L. y le manifestó que quería tener relaciones sexuales con ella. Cuando ésta le manifestó que no deseaba hacerlo, M. A. V. M. se colocó frente a la puerta evitando la salida a J.. Seguidamente, pese a que esta última le manifestó su deseo de retirarse, V. M. la tomó fuerte de las muñecas y los cabellos, le dio vuelta, la puso contra el inodoro mientras la sostenía de la remera y le introdujo su pene por la vagina.

Para así decidir, el tribunal valoró entre otros elementos con la declaración testimonial de J. M. S. L., de F. E. S., de L. S. G., de N. L. S., el acta de denuncia de fs. 1/2 y el informe del EDeAAS de fs. 90.

2.- Recurso de casación

La defensa interpone recurso de casación a fs. 483/491 con sustento en el art. 474 inc. 2° del CPP, por entender que la sentencia adolece de vicios formales que la invalidan como acto jurisdiccional.

En ese sentido, entiende que la sentencia presenta una fundamentación basada en elementos erróneos que no derivan lógicamente de las pruebas rendidas en autos.

La defensa cuestiona esencialmente el testimonio de la víctima por presentar –a su criterio– serias contradicciones sobre la fecha y la hora en la que se produjo el hecho por el que resultó condenado V. M. y sostiene que estas circunstancias, erróneamente minimizadas por el tribunal de sentencia, restan valor convictivo a la declaración y elimina la certeza positiva que pretende el a quo obtener de dicha prueba.

Se agravia de la valoración de los testimonios de C. S., de N. L. S. T. y puntualiza contradicciones que no habrían sido consideradas por el sentenciante.

Formula críticas a la pericia realizada por los profesionales del EDeAAS, que fueron realizadas antes de la designación del perito de parte.

También cuestiona la valoración del testimonio del Dr. C., en tanto el profesional concluyó que no resultaba admisible que una persona con semejante cuadro emocional pudiera seguir trabajando en el mismo ámbito que el agresor y hasta compartir reuniones familiares, así como que la víctima se encontraba asintomática.

Formula reserva de caso federal.

3.- Dictamen del Procurador General

A fs. 516/519, el Procurador General contesta la vista de ley y aconseja el rechazo del remedio intentado, toda vez que a su criterio la defensa pretende una revisión ex novo de todo lo que ha sido tratado en el debate y sometido a contradicción de acusación y defensa.

Considera que la sola reiteración de la posición defensiva no alcanza para destruir el cuadro probatorio reunido y evaluado por el juzgador en la sentencia.

En ese sentido, sostiene que el tribunal con acertadas razones entendió que la prueba más relevante en el proceso es la declaración de la víctima y sus dichos fueron valorados rigurosamente en relación a su consistencia, congruencia y coherencia con el restante material probatorio.

Asimismo, afirma que el juzgador rebatió cada uno de los argumentos relativos a las supuestas contradicciones en la que incurrió la víctima esbozados por la defensa.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Luego de analizar el recurso impetrado, el dictamen fiscal y todo el plexo probatorio incorporado en el debate, estimo que no corresponde hacer lugar al recurso de casación planteado por la defensa. Ello en razón de los argumentos expuestos a continuación.

De manera inicial entiendo que la motivación de la sentencia es suficiente para su mantenimiento como acto jurisdiccional válido, no adoleciendo de falencias que impliquen su anulación.

A la luz de la reiterada jurisprudencia pronunciada por esta Sala para conllevar tal extrema solución los defectos del acto jurisdiccional deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (**L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177**, entre otros), lo que en la especie no ocurre.

En lo que se refiere al núcleo de la crítica casatoria, la defensa cuestiona la valoración –a su juicio arbitraria– de los elementos de prueba incorporados al proceso.

En particular, critica los elementos de cargo que fueron considerados por el tribunal de sentencia para sostener el fallo condenatorio; esto es, la declaración de la víctima y los informes de los exámenes practicados por los profesionales del EDeAAS.

Ahora bien, tratándose el presente caso de un supuesto de violencia de género, entiendo relevante destacar que la violencia contra las mujeres por razones de género ha merecido un especial amparo tanto a nivel supranacional como nacional.

Así, se han establecido lineamientos claros en materia de interpretación de la prueba que supone una amplitud en los estándares probatorios, y una especial ponderación del testimonio de la víctima, teniendo en cuenta en el contexto valorativo la particular situación de vulnerabilidad de la víctima y las implicancias que el ciclo de violencia genera en la personalidad de las mujeres (Cf. Corte IDH, **Caso del Penal Castro Castro vs. Perú. Fondo**, Reparación y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C N° 160, Corte IDH, **Caso Rosendo Cantú vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C N° 216**; **Caso Fernández Ortega y otro vs. México. Excepción**

Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C N° 215; y C.S.J.N. in re “Leiva, María Cecilia”, entre otros).

En pos de tal objetivo, y a fin de cumplir con los compromisos internacionales asumidos en la materia, resulta oportuno destacar, tal como expresé **in re «Galdeano Reyes»**, que «[...] analizamos una problemática compleja que afecta un colectivo de personas en situación de vulnerabilidad que, por distintas circunstancias o factores, se ven privadas del pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales.

Los problemas derivados de esta especial situación de vulnerabilidad, así, exceden un abordaje meramente jurídico en tanto se trata de una problemática compleja que atraviesa y debe ser atendida, comprendida y abordada desde conocimientos interdisciplinarios.

Por ello, el administrador de justicia al valorar elementos probatorios –particularmente pero no excluyentemente en la esfera penal– debe ponderar los patrones socioculturales y estereotipos sobre los que se construye esta problemática, a fin de tener una verdadera comprensión del fenómeno de violencia de género y, de esta manera, poder lograr desde el Derecho aportar soluciones que contribuyan a atacar el flagelo de la violencia y trabajar en pos de la igualdad de género».

Sostuve también en el citado precedente, que como primer orden de dificultad advertía que las normas procesales que regulan la adquisición, producción y valoración de la prueba son neutrales al género; es decir, no establecen lineamientos específicos relativos al tratamiento de este fenómeno.

Además, si bien nuestro ordenamiento procesal adopta el sistema de la libre convicción y la sana crítica racional como método para la valoración de la prueba, no garantiza que los operadores judiciales guíen sus decisiones exentos de las concepciones socioculturales que favorecen el trato discriminatorio de este sector en situación de vulnerabilidad.

Para alcanzar tal objetivo, la Corte IDH ha determinado que las autoridades encargadas de las investigaciones tienen el deber de asegurar que en el curso de las mismas se valoren los patrones sistemáticos que permitieron la vulneración a los derechos y garantías reconocidos en las convenciones. Sostuvo también, que para garantizar su efectividad, las investigaciones deben ser conducidas tomando en cuenta la complejidad de ese tipo de hechos y de la estructura en la cual se ubican las personas probablemente involucradas en este tipo de violaciones, de acuerdo al contexto en que ocurrieron, evitando así omisiones en la recaudación de prueba y en el seguimiento de líneas lógicas de investigación (Cfr. **Informe CIDH, Derecho a la verdad en las Américas**, 13 de agosto de 2014, párr. 78).

En este entendimiento, y a fin de tener en el caso sub examine una mayor comprensión de esta problemática, entiendo pertinente lo que sostuve en el **precedente «Concha Jesús»** en relación a que debemos analizar el tema a partir de dos premisas fundamentales: i) la violencia sexual contra niñas y mujeres es una de las manifestaciones más claras de una cultura patriarcal que fomenta el control del cuerpo y la sexualidad de las mujeres; y ii) que los patrones de discriminación estructural que padecen las mujeres proveen el escenario donde se reproduce y fomenta la violencia sexual (cfr. **CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011, parr. 17**).

Por ello resulta imperante un constante control de la aplicación de los estándares de convencionalidad en la valoración de la prueba a fin de garantizar una efectiva prestación de servicio de justicia con perspectiva de género y, colateralmente, evitar posibles responsabilidades internacionales.

En este sentido, **in re «Ontiveros Arancibia»** sostuve que «[...] que si bien la aplicación del orden supranacional y el ejercicio del control de convencionalidad deben ser llevados a cabo, prima facie, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no podemos dejar de evaluar que también los órganos

públicos internos nacionales se encuentran obligados a su aplicación y ejercicio, con anterioridad a que la causa bajo cuestión llegue a los estrados de estos órganos institucionales supranacionales, ya que la intervención y conocimiento de éstos se establece solo de forma subsidiaria a los órganos internos estatales».

Sentado cuanto precede, advierto que el a quo valoró los distintos elementos de juicio y, en especial, el testimonio brindado por la víctima con una mirada integral de la problemática, cumpliendo de este modo con los criterios interpretativos que establece la Ley 26.485 (Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales) que expresamente conmina a los operadores judiciales a que ponderen, en orden a acreditar que el hecho que tuvo lugar en un contexto de violencia de género, todas las presunciones que se construyan a través de indicios graves, precisos y concordantes (art. 31).

La sentencia cuestionada otorgó valor probatorio fundamental, para determinar las circunstancias modales en que se desarrollaron los hechos atribuidos al acusado, al testimonio de la víctima.

Ello se encuentra plenamente justificado si tomamos en cuenta que se trata de ilícitos que generalmente tienen lugar en ámbitos de privacidad, alejados de la presencia de terceras personas; situación que mayormente genera la imposibilidad de contar con versiones distintas a las aportadas por quienes aparecen directamente vinculados por el ilícito, es decir, víctima y victimario.

De esta manera, la versión de los hechos que logre exponer el sujeto pasivo de tales conductas reviste una importancia singular. Luego, su definitivo valor convictivo dependerá de la comprobación de sus dichos, lo que se logrará a partir de una valoración integral de la totalidad de la prueba, que es lo que el magistrado ha realizado al resolver.

El juez de la instancia anterior consideró, acertadamente a mi criterio, que el testimonio de la víctima permitió tener por acreditada la hipótesis acusatoria sostenida por el órgano fiscal y la querrela en cuanto a la existencia del hecho y la autoría de V. M. en el mismo.

Entiendo, en consonancia con lo expuesto por el a quo, que los dichos de J.M.S.L. en este caso eran suficientes para sustentar el juicio de certeza positiva requerido para condenar, en la medida que se trata de un relato sincero, coherente, y consistente.

Además, el a quo arribó a esta conclusión en virtud de su impresión directa en el curso del debate, los elementos intrínsecos del discurso de la víctima que emitieron las profesionales, las comprobaciones externas derivadas de su sintomatología y perfil de personalidad y las declaraciones testimoniales de las profesionales del Centro Integrador Comunitario y personas allegadas (su pareja, su hermana y compañeros de trabajo), quienes apuntalaron la acreditación de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en los términos propuestos por el Ministerio Público Fiscal.

Asimismo, estimo relevante destacar que el magistrado analizó detenidamente cada uno de los extremos cuestionados por la defensa durante el desarrollo del debate oral y, especialmente, los argumentos expuestos durante los alegatos.

La lectura del recurso interpuesto me permite aseverar que los agravios constituyen la reedición de los planteos defensivos durante el debate sin que se hayan aportado nuevas consideraciones que ameriten una respuesta diversa a la brindada en la sentencia, como se puede ver a continuación.

En primer lugar, cuestiona la valoración central del testimonio de la víctima por haber existido variaciones en torno a la fecha y hora en que habría sucedido el hecho lo que, en su opinión, le restaría verosimilitud. Empero, entiendo que acertadamente el magistrado de la instancia anterior tuvo en cuenta esta situación al momento de evaluar el testimonio y consideró que no existían parámetros objetivos para determinar

cuándo una persona puede o no recordar una fecha y que, en el caso de autos, la víctima no poseía un régimen laboral fijo que hiciera de referencia puntual sobre el día exacto.

Sin desmedro de ello, destaco el adecuado análisis efectuado respecto a que cuando declaró en el debate la víctima, específicamente afirmó que el hecho ocurrió un día de semana, como claramente surge de registro audiovisual de la audiencia.

En tanto que respecto a la discusión sobre la hora en que habría sucedido, la variación de las 21:00 hs. mencionada por la víctima inicialmente, hacia a las 21:30 o 22:00 hs., no posee un peso trascendental, como bien concluyó el a quo.

Ello en especial, porque los testigos ofrecidos por la defensa –G. V. y E. M.– expusieron que durante la semana las empleadas trabajaban en la panadería hasta las 21:30 hs., por lo que los dichos de la víctima pueden encontrarse acreditados y la hora inicialmente fijada es una hora estimativa, todo lo cual fue debidamente consideradas por el magistrado.

Sobre la referencia al mes en que se produjo el hecho, que la víctima consideró que podría haber sido noviembre o diciembre –ampliando el rango temporal a criterio de la defensa–, es acertado el criterio de juez de instancia anterior que recalcó que la defensa no observó tal extremo durante la audiencia respectiva, a los fines de esclarecer el momento de acaecimiento del suceso investigado.

Aun así, el detallado análisis realizado en la sentencia concluyó correctamente que ello no constituía una contradicción por parte de la víctima, en tanto aportó un nuevo dato como es que el hecho se produjo después del cumpleaños de la hija del imputado, lo que condijo con lo expuesto por V. M. en su descargo. Ello también fue corroborado con la declaración de G., quien recibió la información de su pareja al relatarle el hecho, respecto a que el hecho ocurrió en diciembre 2017.

Finalmente, adhiero a la conclusión del a quo sobre que el hecho imputado por fiscalía atribuía el abuso sexual en fecha no determinada, pero comprendida en el mes de diciembre de 2017, por lo que por ello tampoco se produciría afectación alguna a la plataforma fáctica a los fines de la defensa.

En consecuencia, entiendo correcta la valoración efectuada por el magistrado de la instancia anterior respecto del testimonio de la víctima, debido a que su relato se mostró coherente y preciso en relación al hecho denunciado y que las variaciones destacadas por la defensa no logran desvirtuar ni desacreditar el suceso descrito, su modalidad o la autoría del denunciado.

Asimismo, las circunstancias en las que se enmarca el hecho son verosímiles y existen diversas declaraciones testimoniales aportadas en el debate que acreditan las circunstancias de tiempo y lugar del mismo.

Así, los horarios laborales generales establecidos en la panadería hacen factible que el hecho haya ocurrido después de las 21:00 hs., luego del cierre al público del local comercial, y por aseveraciones de la víctima y del acusado puede concluirse que aquél sucedió en diciembre, todo lo cual coincide con el hecho atribuido por el Ministerio Público Fiscal a V. M. y por ello corresponde descartar el agravio defensivo.

En segundo lugar, la defensa de V. M. desacredita la valoración judicial de las declaraciones de los testigos F. S. y D. E. por hacer referencia a hechos que no se encuentran en el suceso imputado e investigado en autos. Cuestiona que se tuvo un criterio diverso al analizar estos testimonios, al adoptado frente a las expresiones del imputado que no hacían referencia al hecho imputado.

Sin embargo, debe descartarse también este planteo por no tener asidero en la fundamentación judicial de la sentencia.

Ello, en tanto el a quo analizó la coherencia interna de los relatos expuestos tanto por F. S. y el imputado V. M., las posiciones y consecuencias procesales que conllevaban los dichos de cada persona en el juicio y, en virtud de ello, concluyó el valor que otorgó a las expresiones a los fines de acreditar el hecho investigado.

Así, correctamente, el juez de la instancia anterior afirmó que el testimonio de la hermana de la víctima – F. S.– «debe ser analizado con suma prudencia, pues los sentimientos familiares pueden implicar parcialidad. Sin embargo, fue sincera en su exposición.

Apenas se le preguntó por las generales de la ley respecto del imputado, aclaró que le había pasado algo muy feo con M.», suceso que fue detallado por parte de la testigo.

A ello el magistrado reflexionó – acertadamente– sobre porqué F. S. denunciaría falsedades contra el imputado y se expondría a incurrir en falso testimonio «si el imputado hubiera actuado correctamente como familiar y empleador», tomando en consideración las implicancias procesales personales que acarrearían para la testigo mencionar hechos que no hubieran incurrido.

Estimo acertado estas consideraciones. A igual conclusión llego respecto del análisis los dichos del acusado. Al respecto el a quo enfatizó sobre las incoherencias internas de sus expresiones en relación a cuán involucrado y presente se encontraba en la panadería.

Su detallado análisis lo condujo a destacar de forma correcta que, por una parte, el imputado aseveró manejar a distancia todo lo relacionado con la administración del negocio pero, por otra, que tenía una relación de mucha confianza y cercanía con la víctima.

En este sentido, consideró que «solamente dentro de la panadería se habrían mantenido estas extendidas y repetidas conversaciones, porque las reuniones familiares no eran cosa de todos los días y el marido no siempre estaba de guardia. En otras palabras, el imputado plantea una contradicción insoluble que torna su declaración en incrédula».

De este razonamiento, entiendo lógica la conclusión acerca de que «se trata de una exposición tendenciosa en la que procura sin éxito desvincularse del hecho».

Conforme a ello estimo que, a diferencia de lo ofrecido por la defensa, no se analizó de forma diversa las expresiones de una y otro, sino que llegó a distintas valoraciones de los dichos a partir de la observación de cada caso.

En consecuencia, por la coherencia interna y las consecuencias procesales que implicarían mentir en su declaración en debate, el a quo consideró que las menciones a otras agresiones sexuales producidas en el ámbito laboral en el que se encontraba la víctima, mencionadas por F. S., serían un indicio válido para avalar la acusación fiscal.

A su vez, y por las razones ya mencionadas, los dichos del imputado constituían una forma de desvincularse infructuosa.

Así, el agravio de la defensa debe ser descartado en virtud de no haberse efectuado una valoración diversa, sino que bajo similares parámetros de evaluación de lo aportado en el debate –en especial, en relación a la coherencia interna del relato y consecuencias procesales por sus expresiones–, el a quo –de forma correcta– otorgó diverso peso en su valoración.

En tercer lugar, respecto a los agravios sobre la valoración de las pericias psicológicas y psiquiátricas efectuadas por el EDeAAs a la víctima sin el perito de parte que controlara, entiendo que el agravio no procede por no condecirse con la valoración judicial efectuada en la sentencia.

El magistrado de la instancia anterior en su resolución judicial valoró únicamente las entrevistas que se llevaron a cabo cuando efectivamente intervino el perito aportado por la defensa. Ello surge claramente

de la sentencia en tanto afirma que la «faceta de esa entrevista que fue ratificada en la audiencia oral donde se interrogó a la víctima, cual es el apreciable correlato emocional con el tramo crítico de rememoración de la agresión sexual, a punto tal que J. S. pedía disculpas por emocionarse, llorar e interrumpir su relato.

Luego, este aspecto fue asociado por la Lic. B. con el resultado de las técnicas psicológicas, donde sí intervino el perito de parte.

Asimismo, en la pericia suscripta por ambos profesionales del área de la psicología, donde hubo control de parte, se concluyó que “Respecto a sus características de personalidad, se puede observar que ante situaciones de presión sus mecanismos de defensa pueden fallar detectándose escasos recursos internos para implementar mecanismos de autoprotección, experimentando ansiedad, inseguridad, angustia, fragilidad y necesidad de apoyo, lo cual queda de manifiesto también durante el transcurso de la evaluación”[...].».

Por lo que queda claro que el magistrado tomó en consideración sólo las apreciaciones expuestas en pericias controladas por los peritos de parte y no, como cuestiona la defensa, las realizadas sin ese control, por lo que no tiene sustento el agravio defensivo.

Por último, la defensa cuestiona la valoración judicial de la declaración del perito de parte –Dr. C. – sobre lo observado durante las entrevistas realizadas ante el EDeAAS.

Rescata la defensa la aseveración del psiquiatra sobre la inverosimilitud del relato de la víctima y la imposibilidad de que una persona con «semejante cuadro emocional» pudiera continuar trabajando en el mismo ámbito que el agresor y hasta compartir reuniones familiares.

Empero, todo ello fue debidamente abordado por el a quo en la sentencia, en la que se concluyó –de manera acertada a mi criterio– que el análisis del perito era simplista y lineal, que no se contrastaba con la cantidad de detalles aportados durante el debate del contexto anterior y posterior al hecho que fueron expuestos durante el debate.

En este sentido, comparto el criterio del magistrado sentenciante en tanto contextualizó las aseveraciones del perito y destacó que quedó acreditado que la actividad laboral no se desarrollaba todos los días de la semana durante toda la jornada junto al imputado, debido a que asistía cuando era convocada, y V. M. no permanecía todo el tiempo en el local.

Ello fue sustentado también en que, luego de la agresión, ambas partes –víctima y victimario– estuvieron fuera de la ciudad cada uno por razones propias, según explicaron. Además, destaco positivamente la valoración judicial de las razones económico-familiares que condicionaban a la víctima a continuar trabajando para poder contribuir al sostenimiento de la economía familiar, como es una hija con una enfermedad crónica y el mínimo ingreso dinerario que aportaba su pareja.

Todo este contexto desacredita las conclusiones expuestas por el Dr. C. sobre la continuidad de la vida de la víctima sin conflicto y sus prestaciones laborales en el espacio en el que se encontraba su defendido.

Asimismo, entiendo pertinente resaltar que la víctima le contó a su pareja lo sucedido fruto de la crisis emocional en la que se encontraba por tener que seguir asistiendo a la panadería, por lo que la afirmación del Dr. C. respecto a que continuó con su vida sin más no puede sostenerse como válida y ello fue valorado por el a quo. En relación a las reuniones familiares, que menciona el Dr. C. para justificar que el hecho no habría ocurrido debido a que la víctima seguía asistiendo a las mismas y allí se encontraba V. M., el a quo refirió que de la prueba surgía que se habría producido un solo encuentro.

Así, la víctima expuso que al advertir la presencia del imputado se ubicó lejos junto a sus familiares lo que, como bien entiende el a quo, «[...] constituye un factor que contribuye a contener el desarrollo de una

crisis emocional. Y no se ha aportado ninguna información sobre cuánto tiempo estuvieron compartiendo esta reunión». Entiendo pertinente también destacar el énfasis efectuado por el magistrado de sentencia respecto a que el testigo G. mencionó de otros episodios padecidos por la víctima con desmayos, ataques de pánico y ansiedad, como también un episodio de desmayo en la pericia de fs. 240/241. Por lo que comparto la aseveración del Dr. C. respecto a que la víctima se encontraba asintomática tampoco lograba sostenerse.

No obstante, las opiniones calificadas que otorgan credibilidad al relato de la víctima, provistas por las psicólogas del Centro Integrador Comunitario, que contrarían la opinión del Dr. C. , aportan aun mayor sustento a la conclusión a que la arribó el juez sentenciante.

Por lo que la valoración aportada por el Dr. C. , perito de parte, ha sido contextualizada con todo el plexo probatorio incorporado durante el debate y es lo que justifica debidamente el peso atribuido. La defensa en su recurso no desvirtúa la valoración ni demuestra el error en la fundamentación judicial, sino que reitera infructuosamente las expresiones del Dr. C. de forma aislada para sustentar su posición procesal y procura otorgarle un valor que no puede sostenerse en función de los demás elementos obrantes en autos.

En consecuencia, entiendo que la sentencia ha sido fundada sólidamente en el plexo probatorio incorporado en autos, en especial la declaración testimonial de la víctima con un relato coherente y congruente que se condice con el resto del material probatorio, y que la defensa no ha logrado desvirtuar en esta instancia.

Por tales razones y opinión concordante del señor Procurador General, considero que debe contestarse de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASI VOTO.

Voto Dr. Valerio. Por su voto.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN EL DR. JOSÉ V. VALERIO, POR SU VOTO, DIJO: Comparto las conclusiones a las que llega mi colega de Sala preopinante en cuanto a la improcedencia sustancial del recurso interpuesto. Ahora bien, en relación a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género entiendo oportuno remitirme a lo que he referido en los **precedentes «Morales Quiroga», «Cruz Caporiccio», «Ojeda Pérez», «Vázquez Tumbarello», «Narváez Videla» y «Brancello Urbón»**.

En particular, como expuse en **«Ojeda Pérez»** «[...] comparto que aquella concepción según la cual la perspectiva o visión de género es una “categoría analítica que toma los estudios que surgen desde las diferentes vertientes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma, cuestionar los estereotipos y elaborar nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad al servicio de la igualdad y la equidad” (UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017).

Destaco la idea de igualdad contenido en la definición en tanto se encuentra no sólo consagrada expresamente en el texto constitucional (art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza), sino, también, en el ámbito de la normativa internacional. Así, entre otros, la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” - Belem Do Pará - , garantiza que toda mujer tiene “el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley” (art. 4, inc. “f”)). En esa misma oportunidad destacué que «[...] en nuestro ordenamiento interno, la ley nacional 26.485 es una norma orientada pura y exclusivamente a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las “mujeres”.

En tal sentido, entre sus objetivos primordiales, el propio texto promueve y garantiza “la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida”, “el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia”, “las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos”, como también, “la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres”(art 2, inc. a, b, c y e respectivamente)».

Así, «[...] ese texto normativo vino a imponer un verdadero “deber jurídico” para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas.

Sus destinatarios directos son aquellos sujetos que integran los órganos decisores en el marco de los procesos judiciales penales, ya sea por el lado de quienes resultan facultados para disponer sobre el curso de investigación, como también, respecto de quienes son los encargados de su juzgamiento».

Ese deber jurídico no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley. «Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que «[l]os organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativos, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional... los siguientes derechos y garantías: i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son su naturales testigos [...]» (art. 16)».

Junto a esta norma aparecen las disposiciones del art. 31 en cuanto establece el principio de «libertad probatoria». En función de lo señalado, agregué en el mencionado precedente que «[...] el texto legal vigente no introduce un nuevo método de valoración probatoria para los casos de violencia de género, puesto que siempre la prueba debe valorarse conforme al sistema de la sana crítica racional (art. 206 y 409 del CPP)».

Con lo cual, las referencias de la legislación vigente sobre esta cuestión se justifican ante la necesidad de evitar que los órganos jurisdiccionales decisores puedan apartarse en sus resoluciones del contexto fáctico que resulta propio a este género de conductas delictivas. De este modo, «[...] el acierto de la ley consistió en establecer, en forma igualitaria, un método de valoración que evite la discriminación que en ocasiones ocurría por prácticas derivadas de la cultura jurídica patriarcal inquisitiva, que se transformaron en consuetudinarias, y que era necesario erradicar. Repárese que es la propia Convención Belem Do Pará donde se fija, como un deber de los Estados el “tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer” (art. 7, inc. “e”).

Ello no resulta novedoso para la labor jurisdiccional, puesto que siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba – objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento. Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto.

Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas».

Conforme a ello «[...] es el contexto en el que se inserta el hecho delictivo el que viene a determinar el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio. Es por ello que en los casos de violencia

contra las mujeres el testimonio de la víctima ostenta un valor fundamental en la comprobación de los extremos de una imputación delictiva, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la responsabilidad penal derivada del mismo».

Es por todo ello que concluí en aquella oportunidad que uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo.

A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables.

En razón de las consideraciones señaladas, considero que aquel método de valoración no resulta novedoso para la labor jurisdiccional, puesto que siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba –objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento.

Por su parte, en el **precedente «Vázquez Tumbarello»** destacué la relevancia de la ley 27.499 «Ley Micaela», en tanto dispuso la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra la mujer, para todas las personas que desempeñen la función pública, en cumplimiento del objetivo señalado.

En este mismo orden, corresponde también mencionar la Acordada n° 29.318 y su anexo «Programa de capacitación permanente para la incorporación de la perspectiva de género en el marco de la Suprema Corte de Justicia» del 3 de septiembre de 2019, instrumentos que en aras del principio de igualdad y de la prohibición de discriminación, dispone una serie de acciones concretas para asegurar la igualdad real en las relaciones interpersonales. Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto.

Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas.

En definitiva, considero que la trascendencia de la ley 26.485 radica no en conformar un estatus jurídico distinto aplicable a la mujer, sino que mediante la capacitación dirigida a los funcionarios públicos y, en lo que aquí interesa a funcionarios y magistrados del poder judicial, se otorgue una nueva perspectiva para valorar los elementos probatorios.

Esto es una mirada llevada a cabo bajo el prisma de la igualdad consagrada en la normativa nacional, despojada de estereotipos y prácticas relacionadas con la cultura jurídica patriarcal-inquisitiva, plasmada en usos y costumbres que importaron e importan prácticas que impiden poner en contexto los medios convictivos al momento de su ponderación (como expresé en **«Narváez Videla»**). En este sentido, en el **precedente «Brancello Urbón»** concluí que de no proceder de esta manera estaríamos recreando la sociedad estamental –con características propias– del Estado premoderno, lo que implicaría una vulneración del principio de igualdad –consagrado en el art. 16 de la CN y 7 de la CM–, el que, a su vez, constituye uno de los pilares de la República Federal.

Estas consideraciones, como adelanté, las entiendo plenamente aplicables al caso por cuanto nos encontramos frente a un supuesto de violencia de género en donde el tribunal de instancia anterior ha tenido en cuenta los parámetros antes referidos al momento de la ponderación contextual de los elementos de prueba obrantes en la causa, particularmente la declaración de la víctima y todo el material probatorio que agrega credibilidad. Ello conlleva al rechazo, en esta instancia, del recurso interpuesto por

la defensa por lo que considero que debe contestarse de manera negativa la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Por su voto.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN EL DR. OMAR A. PALERMO, POR SU VOTO, DIJO: Comparto las conclusiones a las que llega mi colega de Sala preopinante en cuanto a la improcedencia sustancial del recurso interpuesto.

Ahora bien, en relación a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género entiendo oportuno remitirme a lo que he expuesto en los **precedentes «Di Cesare Morales» y «Mejía Salvador»**.

Así, he esbozado en dichos precedentes que la normativa nacional e internacional impone la incorporación de la perspectiva de género al momento de ponderar el plexo probatorio de autos y atribuir la calificación jurídica correspondiente a los hechos denunciados en casos en los que una mujer es víctima de violencia sexista, siendo la violencia sexual un claro ejemplo de ello.

En este sentido, una perspectiva integral en relación a los criterios de interpretación, establecidos en la Ley 26.485 (Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales), exhorta a los operadores judiciales a que al momento de tener por acreditado un hecho ocurrido en contexto de violencia de género, valoren todas las presunciones que se construyan a través de indicios graves, precisos y concordantes («Mejía Salvador»). Particular atención se debe prestar al considerarse las posibles variaciones en que puede incurrir una víctima de violencia de género al prestar declaración testimonial.

Así, entiendo que sus manifestaciones deben ser articuladas con el resto de los elementos probatorios incorporados en autos «[...]y, dadas las circunstancias del caso, con su interpretación en el marco de un contexto de violencia de género» («**Di Cesare Morales**»).

En el supuesto de autos, estimo que el Tribunal ha efectuado una correcta ponderación integral de todo el plexo probatorio incorporado durante el debate, fundando la condena en los hechos denunciados por la víctima mediante un relato coherente y sostenido en cuanto a la materialidad del hecho y la autoría de V. M., las declaraciones testimoniales de N. S., F. S. y L. G. que aportaron información que acredita lo expresado por J.M.S.L..

Asimismo, entiendo correcta la valoración de lo manifestado por las profesionales del Centro Integrador Comunitario que pudieron entrevistar a la víctima en algunas ocasiones luego de ocurridos los hechos y que contribuyen con información valiosa respecto al estado en el que se encontraba la denunciante de autos y las repercusiones en su vida que había implicado el hecho. A ello sumaron las apreciaciones expuestas en la pericia efectuada por el EDeAAs bajo control del perito de parte.

Todo lo cual fundó debidamente la conclusión a la que arribó el Tribunal de instancia inferior y que entiendo, compartiendo el criterio de mi colega preopinante, debe ser confirmada. ASI VOTO.

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

Sobre la misma cuestión, los Dres. JOSÉ V. VALERIO y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

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

Sobre la misma cuestión los Dres. JOSÉ V. VALERIO y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

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

SENTENCIA:

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

RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 483/491 por la defensa de M. A. V. M..
- 2.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 3.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 4.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

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

15- CAZORLA. 08-04-20.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200408_FcCVM.pdf

Lex: Art. 119, 2° párrafo del CP. Ley 8226. Ley 26485. Decreto Reglamentario N° 1011/2010. Ley 26529. Ley 27499.

Vox: VG. Abuso sexual. Gravemente ultrajante. Violencia obstétrica. **Violencia ginecológica.**

Summa:

El TPC condenó al nombrado a la pena de **cuatro años y seis meses** de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio profesional de la medicina, por resultar autor del delito de abuso sexual gravemente ultrajante (arts. 119 2° párrafo del Cód. Penal).

La **defensa** interpone recurso de casación. En forma pauperis interpuso su pupilo.

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

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 764, pronunciada por el TPC N° 1- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Morales Quiroga.
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Merlo Lassa. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=243>
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>

Doctrina citada

Further, Beatriz García, 25 de noviembre de 2017 “La invisible violencia de género que sufren las mujeres en la consulta del ginecólogo”;

Fundación para el Periodismo, Susana Mercedes Moya López “Violencia ginecológica”, 5 de setiembre de 2018;

Blog El parto es nuestro, Irene Aterido (España,) “Endometriosis: Dejemos de callar ante la violencia ginecológica” y “La violencia obstétrica en Argentina” 30 de noviembre de 2017;

Revista de derecho (Valparaíso) versión Online ISSN 0718-6851

Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso no.51 Valparaíso dic. 2018 “Situación legislativa de la Violencia obstétrica en América latina: el caso de Venezuela, Argentina, México y Chile”;

Medina, Graciela, “Violencia obstétrica” 2009. www.gracielamedina.com/violencia-obstetrica;

Revista de Derecho de Daños 2019-2, Mercedes Ales Uría “Más allá de la mala praxis: daños por violencia obstétrica”;

Colección Compendio Jurídico Temas de Derecho Civil, marzo 2018, Mariana S. Pan Noguera “Medidas preventivas contra la violencia obstétrica”, p. 183;

La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación dirigido por Jorge W. Peyrano, Nora Infante “De la intervención preventiva de la justicia en la violencia obstétrica”, p. 277

Alvarez Matteazzi, Eugenia - Russo, Pilar “Violencia obstétrica: Naturalización del modelo de atención médico hegemónico durante el proceso de parto”, Córdoba, 2015/2016, <https:rdu.unc.edu.ar>

Parágrafos destacados

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

Fallo.

CUIJ: 13-04886692-6/1((018601-16099)) FC/ C. V. M. J. P/ ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE (16099) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104971347*

En Mendoza, a los ocho días del mes de abril del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04886692-6/1 caratulada "FC/ C. V., M. J. P/ ABUSO S/ CASACIÓN".

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

El defensor de M. J. C. V. encuadra en derecho el recurso de casación (fs. 323/332 vta.) que en forma pauperis interpuso su pupilo contra la sentencia N° 764, en tanto condena al nombrado a la pena de cuatro años y seis meses de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio profesional de la medicina, por resultar autor del delito de abuso sexual gravemente ultrajante (arts. 119 2° párrafo del Cód. Penal), pronunciamiento dictado por el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

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

1.- Resolución recurrida

La sentencia establece que el 15 de febrero de 2013 aproximadamente a las 14:30 horas, en ... de Ciudad, el imputado, médico con especialidad en tocoginecología, al momento de revisar a la víctima, que lo consultó porque había tenido relaciones sexuales por primera vez, aprovechando su inexperiencia, realizó tocamientos excesivos e injustificados en su cuerpo e introdujo sus dedos en la vagina reiteradamente.

2.- Recurso de casación

Se queja la defensa porque se ha vulnerado la igualdad ante la ley, el debido proceso, el plazo razonable y la defensa en juicio, ya que la imputación formal no le fue efectuada desde los inicios de la investigación, para poder tomar parte en el proceso y ejercer sus derechos.

Indica que se valoró errónea y tendenciosamente la prueba reunida, en contra de la sana crítica racional, por lo que pide que se declare la nulidad del dictum.

En subsidio, peticiona que se case la sentencia y se lo absuelva por la duda, o se lo condene como autor de abuso sexual simple y no gravemente ultrajante.

En particular, se agravia porque pasaron 5 años y 7 meses entre la denuncia y la imputación formal, violándose la garantía de plazo razonable.

Se queja también porque la denunciante era una mujer mayor de edad, lo que no habilitaba al juez a valerse de las normas de violencia de género y alejarse del estándar probatorio (recurso, fs. 330).

Refiere que no hubo violencia de género, desde que sólo se ha acreditado que la víctima es mujer y el imputado hombre.

Señala que de haberse ponderado correctamente las pruebas, se hubiera condenado a su asistido como autor de abuso simple, porque no hay prueba que acredite que el accionar del imputado fue grave a esos fines.

Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador opina que el recurso debe ser rechazado, porque desde que ocurrió el hecho, existió actividad en la causa tendiente a establecer la verdad de lo acontecido, sobre la que pudo ejercer el encartado su derecho de defensa.

Apunta que éste tuvo conocimiento de la denuncia a poco de ser realizada, y que la acción penal estuvo vigente en todo momento, habiéndose calificado correctamente el hecho, ya que realizó tocamientos excesivos, injustificados, aprovechándose de la posición que le brindaba su calidad de médico.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

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

Ello por cuanto no constituye una crítica razonada de la sentencia, sino una discrepancia con el criterio con que el inferior ponderó las pruebas, conteniendo además una reiteración de lo ya planteado en el juicio, sin que el defensor refute los argumentos en virtud de los cuales fueron rechazadas esas cuestiones, lo que impide que prospere, según se ha dicho con anterioridad (L.S. 438-47, entre otros).

En efecto, el letrado omite rebatir las afirmaciones del juzgador, derivadas lógicamente de los elementos probatorios incorporados –instrumental, informativa, pericial, testimonial–, que se valoraron de conformidad con las reglas de la sana crítica racional, cuyo apartamiento el quejoso invoca pero no demuestra.

De esta forma, el a quo se basó principalmente, en las declaraciones en el debate de la víctima, su madre y una amiga; en el testimonio del Secretario General de ... y en el de su secretaria (actas, fs. 128 y 139 y vta.), que dan cuenta que el imputado conocía la existencia de la acusación –según destaca el juzgador–, porque el mismo día de la denuncia se dispuso que cesara de atender en los consultorios de la obra social, siendo citado para expresarle que «no iba a trabajar más en ... por lo que había pasado» (acta, fs. 128).

Igualmente consideró el sentenciante los informes de los expertos que entrevistaron a la víctima en el marco de este proceso, entre ellos el del 18 de febrero de 2013 que corre agregado a fs. 28, del Cuerpo Médico Forense, en el que se dictamina que su relato fue claro, preciso y sin contradicciones, acompañado de angustia, no poseyendo indicadores de fabulación ni mitomanía.

También, el del equipo de Abordaje de Abuso Sexual, cuyos profesionales coinciden a fs. 251/252, en que sus dichos reúnen elementos de credibilidad. Estas probanzas configuran un importante cuadro cargoso, convergente en la responsabilidad penal del encausado en los hechos que le fueron imputados; esto es, que el día y hora ya individualizados en esta sentencia, en el consultorio ginecológico en el que C. atendía a las afiliadas de OSETYA, a la denunciante «[...] primeramente le tocó la vagina por encima de la bombacha y empujó con su mano para adentro como para que sacara cola.

Luego de ubicarla contra una pared, le pasó nuevamente su mano por la vagina por encima de la bombacha, ello bajo pretexto de corregirle la postura. Posteriormente le hizo sacar el corpiño y le empezó a tocar con sus manos los senos y le hundió con sus dedos el pezón derecho y luego el pezón izquierdo en círculo. Seguidamente la hizo acostar en la camilla boca abajo y le hizo levantar la espalda hacia atrás, manifestándole “tenés linda cola”, solicitándole a continuación que se quitara la bombacha, y una vez desnuda la hizo acostar en la camilla boca arriba.

Luego el Dr. C. V. se colocó unos guantes de látex, le hizo poner los pies arriba de unos hierros que se encontraban al costado de la camilla e introdujo sus dedos en la vagina de la víctima y haciendo movimientos con sus dedos los metió y los sacó en varias oportunidades y le dijo “vos no lubricás bien”,

inmediatamente se puso un lubricante y la hizo poner con sus manos y sus rodillas arriba de la camilla, pidiéndole que se “pusiera en cuatro, como el famoso perrito”, colocándose el Dr. C. V. a un costado, ahí introdujo sus dedos nuevamente en la vagina, los movió hacia adentro y hacia afuera en forma rápida por varios minutos, cuando sacó sus dedos tocó el clítoris de la víctima y le dijo ¿sentís placer?, y ante el silencio de la paciente le manifestó “vos también sos muy especial”.

Por último la hizo poner arriba de la camilla de costado con una pierna semi flexionada y ahí volvió a introducir sus dedos dentro de la vagina de la víctima» (requerimiento, fs. 192 y vta).

Corresponde destacar en este estadio, que la defensa se agravia porque el inferior analizó el caso a la luz de los parámetros sobre violencia de género, a partir de razones inatendibles, por ejemplo, que la víctima era mayor de edad.

Ello no obstante que los hechos transcritos precedentemente, reflejan sin dudas un supuesto no sólo de violencia de género en general, sino específicamente de violencia ginecológica y obstétrica.

Este argumento y los otros vertidos en la fundamentación del recurso, obligan a que me expida sobre la comprensión y toma de conciencia de este silencioso tipo de violencia, que desde antaño han sufrido las mujeres, según dan cuenta distintas publicaciones (**Further, Beatriz García**, 25 de noviembre de 2017 “La invisible violencia de género que sufren las mujeres en la consulta del ginecólogo”; Fundación para el Periodismo, Susana Mercedes Moya López “Violencia ginecológica”, 5 de setiembre de 2018; Blog El parto es nuestro, Irene Aterido (España,) “Endometriosis: Dejemos de callar ante la violencia ginecológica” y “La violencia obstétrica en Argentina” 30 de noviembre de 2017; Revista de derecho (Valparaíso) versión Online ISSN 0718-6851 Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso no.51 Valparaíso dic. 2018 “Situación legislativa de la Violencia obstétrica en América latina: el caso de Venezuela, Argentina, México y Chile”; Medina, Graciela, “Violencia obstétrica” 2009 www.gracielamedina.com/violencia-obstetrica ; Revista de Derecho de Daños 2019-2, Mercedes Ales Uría “Más allá de la mala praxis: daños por violencia obstétrica”; Colección Compendio Jurídico Temas de Derecho Civil, marzo 2018, Mariana S. Pan Noguerras “Medidas preventivas contra la violencia obstétrica”, p. 183; La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación dirigido por Jorge W. Peyrano, Nora Infante “De la intervención preventiva de la justicia en la violencia obstétrica”, p. 277).

De tal modo, se resalta que la violencia en trato configura una de las tantas formas de violencia y discriminación que sufren las mujeres y es producto de la intersección de otros tipos de violencias y vulneraciones: violencia de género, violencia institucional en el ámbito de la salud, vulneración de derechos sexuales, entre otros (**Argentina.gob.ar/derechoshumanos/ protección/violencia-obstetrica**).

Por ende, prácticas como las que han sido acreditadas en este expediente, degradan, intimidan y oprimen a mujeres y niñas en el ámbito de la salud reproductiva, representando vestigios de una cultura misógina, autoritaria y jerarquizada, en la que predomina la despersonalización y cosificación de la mujer, dado que un examen ginecológico en modo alguno puede implicar tocamientos de estimulación en los genitales o áreas sensibles del sistema reproductivo, tampoco insinuaciones sexuales, caricias ni manoseos, como los relatados en autos. Así, la denunciante, que había tenido relaciones sexuales por primera vez, concurrió a la consulta ginecológica a los fines de obtener un concreto asesoramiento profesional sobre el «método de protección del embarazo más aconsejable a su situación personal [...]» según reseña el a quo (fundamentos, fs. 284). El encartado, lejos del rol que le competía, infringió el derecho a la información y a la salud de la joven, que goza de reconocimiento tanto en los instrumentos internacionales como en la normativa nacional, entre ellos, la ley 26.485 a la que adhirió la provincia mediante ley 8.226.

En particular, el art. 3 de esta ley se refiere al tipo de violencia sexual, mientras que el art. 6 contempla la modalidad de violencia obstétrica en su inciso e), que caracteriza como «[...] aquella que ejerce el personal de salud sobre el cuerpo y los procesos reproductivos de las mujeres, expresada en un trato deshumanizado [...]» y si bien este caso no puede ser catalogado sino tangencialmente como violencia obstétrica, –que la víctima concurrió a pedir asesoramiento sobre métodos anticonceptivos, según se relató, y el encartado aprovechó esa situación, abusando de su poder en la relación médico-paciente–, el art. 6 del **Decreto Reglamentario 1011/2010** establece que las definiciones de violencia del art. 6 de la Ley, no pueden interpretarse en sentido restrictivo ni taxativo. Con relación al trato deshumanizado, se ha dicho que comprende tres aspectos, el primero, la vulneración del derecho a la intimidad, que implica la intromisión en la privacidad de la mujer, mediante la exhibición y/o revisión masiva del cuerpo y órganos genitales, llevándose a cabo prácticas invasivas.

El segundo aspecto supone la vulneración del derecho a recibir información, lo que involucra la realización de prácticas sin previa consulta, sin que se les brinde información sobre las características de las intervenciones que se llevan a cabo, mientras que el último aspecto refiere a los tratos crueles, inhumanos y degradantes, que implican la insensibilidad del galeno frente a las mujeres, comentarios humillantes y malos tratos.

Asimismo, la violencia obstétrica psíquica implica humillación al momento de pedir asesoramiento o requerir atención médica, padecimientos todos que confluyen en el caso en estudio. Los autores señalan que es preciso tener en cuenta que en lo que respecta a los derechos humanos de las mujeres, el control de la sexualidad y de su capacidad reproductiva, es el principal modo de violación de los mismos, por lo que es indispensable colocar a los derechos sexuales y reproductivos en la agenda de los derechos humanos, pero también de las políticas públicas.

Centrar la temática desde un enfoque de derechos humanos implica que todos los agentes tienen el deber de promover y proteger esos derechos, fortaleciéndolos y denunciando su violación (**Alvarez Matteazzi, Eugenia - Russo, Pilar** “Violencia obstétrica: Naturalización del modelo de atención médico hegemónico durante el proceso de parto”, Córdoba, 2015/2016, <https:rdu.unc.edu.ar>).

Es importante destacar que el art. 6 inc. e) del **Decreto Reglamentario N° 1011/2010**, determina que «Las mujeres que se atienden en las referidas instituciones tienen el derecho a negarse a la realización de las prácticas propuestas por el personal de salud. Las instituciones del ámbito de la salud pública, privada y de la seguridad social deben exponer gráficamente, en forma visible y en lenguaje claro y accesible para todas las usuarias, los derechos consagrados en la ley que se reglamenta», lo que en autos no ocurrió.

Dicho en otras palabras, no está en discusión en este caso, la técnica de prácticas médicas, sino la relación entre el motivo de la consulta y la necesidad de realizar esas prácticas.

Es por ello la importancia de la necesaria información previa, clara y suficiente a la paciente sobre la práctica a realizar por el galeno, y el por qué o para qué de la misma; información que debe hacerse en forma tal que sea fácilmente comprendida.

De esta forma, para que la paciente pueda dar su consentimiento es requisito contar con dicha información, que si no ha sido brindada o ha sido brindada deficientemente, da lugar a una situación de abuso de poder en la relación médico-paciente, por ser ésta una relación asimétrica, tal como queda evidenciado en autos y lo refrenda la ley **26.485 en su art. 4, y la Ley N° 26.529** de derechos del paciente, en particular el art. 2 inciso b) que impone un trato digno y respetuoso, el inciso c) intimidad y el inciso e) autonomía de la voluntad.

En consecuencia, debe rechazarse el cuestionamiento que sobre la aplicación de las normas de violencia de género efectuó la defensa, pronunciándome por su absoluta vigencia en el sub lite, resultando aplicable lo dicho con antelación en los **precedentes «Morales Quiroga», «Cruz Caporiccio», «Merlo Lassa», «Ojeda Pérez» y más recientemente en «Vázquez Tumbarello».**

En tales resoluciones destacué la necesidad de que «[...] el análisis del plexo probatorio reunido deba serlo teniendo en cuenta los diversos instrumentos internacionales vigentes en la materia, particularmente la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, “Belem Do Pará”, y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer “CEDAW”-; así como también, entre otras, las normas contenidas en la **Ley N° 26.485** destinada a la protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres». «También consideré que ese texto normativo vino a imponer un verdadero «deber jurídico» para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas.

Obviamente que ese deber jurídico al que acabo de hacer referencia, no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley. Así es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que «[l]os organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativos, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional [...] los siguientes derechos y garantías: i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son su naturales testigos [...]» (art. 16).

«Estimé...en función de lo reseñado que el texto legal vigente no introduce un nuevo método de valoración probatoria para los casos de violencia de género, puesto que siempre la prueba debe valorarse conforme al sistema de la sana crítica racional (**art. 206 y 409 del CPP**). Es que, según entiendo, el acierto de la ley consistió en establecer, en forma igualitaria, un método de valoración que evite la discriminación que en ocasiones ocurría por prácticas derivadas de la cultura jurídica patriarcal inquisitiva, que se transformaron en consuetudinarias, y que era necesario erradicar».

«En razón de las consideraciones señaladas, en el precedente de referencia concluí que aquel método de valoración no resulta novedoso para la labor jurisdiccional, puesto que siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba –objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento».

«Por ello destaco la relevancia de la **ley 27.499 «Ley Micaela»**, en tanto dispuso la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra la mujer, para todas las personas que desempeñen la función pública, en cumplimiento del objetivo señalado. En este mismo orden, corresponde también mencionar la Acordada n° 29.318 y su anexo “Programa de capacitación permanente para la incorporación de la perspectiva de género en el marco de la Suprema Corte de Justicia” del 3 de septiembre de 2019, instrumentos que en aras del principio de igualdad y de la prohibición de discriminación, dispone una serie de acciones concretas para asegurar la igualdad real en las relaciones interpersonales».

«Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto. Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas[...]

Por su parte, el tribunal de la instancia anterior ha tenido en cuenta los parámetros antes referidos al momento de la ponderación contextual de los elementos de prueba de la causa, particularmente la declaración de la víctima y los exámenes médico y psiquiátrico que le fueron realizados a ella, sin que de la revisión efectuada emerja que el magistrado se haya alejado «[...] convenientemente del estándar probatorio» (recurso, fs. 330), tal como erradamente aduce el defensor.

Resta decir que concuerdo con el inferior en que la demora en que han incurrido los órganos acusatorios en estas actuaciones, no ha generado vulneración de derecho alguno del acusado, quien conforme se demostró en párrafos anteriores, conocía que había sido denunciado por la víctima, ya que la jefa de ésta se comunicó inmediatamente con el Secretario General de la Obra Social a la que pertenecían, y desde ese momento no se le asignaron más pacientes.

Sin perjuicio de ello, es menester destacar que la denuncia y el primer avoque datan del 15 de febrero de 2013, habiéndose encontrado el expediente paralizado desde julio de ese año hasta el 8 de octubre de 2016 (fs. 62), fecha en la que se ordenó el libramiento de oficios, habiendo insumido a partir de ese momento más de un año –23 de febrero de 2018, fs. 72– la remisión de los autos a la Unidad Fiscal Especializada, ocasión en la que se dispuso citar al imputado (31 de agosto de 2018, fs. 73), circunstancias que aconsejan la extracción de compulsas, para determinar la **eventual responsabilidad funcional** de quienes tenían la carga de instar la causa y/o, la gestión en la tramitación de las mismas, máxime cuando me consta que en el expediente seguido contra el mismo imputado CUIJ 13-04647726-4/1 caratulado «Fc/ C. M. J. p/ Abuso Sexual p/ Recurso de Casación», esta Sala con la misma integración dejó sin efecto la resolución que declaraba la prescripción de la acción penal y su consiguiente sobreseimiento, en hechos de similares características al presente, por revestir C. la calidad de empleado público, dada su prestación de servicios en el **hospital público** ... Por último, la plataforma fáctica elaborada ha sido correctamente subsumida en el delito escogido por el a quo, no resultando jurídicamente posible, ante los detalles en este juicio ventilados, su encuadramiento en el abuso sexual simple.

En similar forma, tampoco es factible la absolución del imputado en virtud del art. 2 CPP, desde que la motivación de la sentencia resulta ajustada a derecho, y no surge el estado intelectual de duda que legitima su aplicación, por parte del tribunal, según se ha dicho con antelación reiteradamente (L.S. 419-17, 397-237, 388-024, 388-062)

Por lo tanto, y opinión concordante del Señor Procurador General, corresponde confirmar la sentencia cuestionada, por no adolecer de los vicios endilgados ni de arbitrariedad alguna. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo y Dr. Adaro. Adhieren.

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

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

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

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

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

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

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 314/316 por M. J. C. V., encuadrado en derecho por su defensa a fs. 323/332 vta.
- 2.- Imponer las costas al imputado vencido y diferir la regulación de honorarios para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva formulada.
- 4.- Extraer compulsas de las actuaciones a los fines de determinar la eventual responsabilidad funcional de los encargados de su impulso y/o la gestión en la tramitación de las mismas.
- 5.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos

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

16- SAINVENA. 24-04-20.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200424_FcSVA.pdf

Lex: Art. 119, 3° párrafo del CP

Vox: VG. Abuso sexual. Acceso carnal. Consentimiento. Estado de inconsciencia.

Summa:

El TPC condenó a:

a- **S. D. A. SS.**, a la pena de **seis años de prisión** por considerarlo autor responsable (art. 45) del delito de abuso sexual con acceso carnal (art. 119, 3° párrafo del Código Penal).

b- **A. R. S. V.**, a la pena de **seis años de prisión** por considerarlo autor responsable (art. 45) del delito de abuso sexual con acceso carnal (art. 119, 3° párrafo del Código Penal).

Las **defensas** de los nombrados interponen recurso de casación. (Art. 474 del CPP).

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

La **SCJM** rechazó los recursos de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 762, pronunciada por el TPC N° 1-3° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Voto Dr. Valerio.

- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Merlo Lassa. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=243>
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>

Voto Dr. Adaro

- Galdeano Reyes. 31-07-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=242>
- Concha, Jesús. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- Merlo Lassa. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf
- Alaniz Pinera. 23-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=37>

Voto Dr. Palermo.

- Di Cesare Morales. 26-06-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=156>
- Mejía Salvador. 10-09-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=197>

b-CIDH

- «Castro Castro vs. Perú». Fondo, 25-05-06.
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf
- Caso Rosendo Cantú vs. México. 31-08-10
https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=339

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

Fallo.

CUIJ: 13-04855977-2/1((018601-140650)) FC/ S. V. A. R. Y A. S. S. D. P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL (140650) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104938716*

En Mendoza, a los veinticuatro días del mes de abril del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-04855977-2/1, caratulada “F. C/ S. V., A. R. Y A. S., S. D. P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL S/ CASACIÓN”.

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

La defensa de S. D. A. SS. interpone recurso de casación (fs. 792/812) contra la sentencia n° 762 (fs. 758/759) y sus fundamentos (fs. 769/776), mediante la cual se condenó al nombrado a la pena de seis años de prisión por considerarlo autor responsable (art. 45) del delito de abuso sexual con acceso carnal (art. 119, 3° párrafo del Código Penal) en la causa n° P140650/17.

El pronunciamiento fue dictado por el Tribunal Penal Colegiado n° 1 de la Tercera Circunscripción Judicial, actuando en Sala Unipersonal.

Asimismo, la defensa de A. R. S. V. interpone recurso de casación (fs. 814/821) contra la sentencia N° 762 (fs. 758/759) y sus fundamentos (fs. 769/776), mediante la cual se condenó al nombrado a la pena de seis años de prisión por considerarlo autor responsable (art. 45) del delito de abuso sexual con acceso carnal (art. 119, 3° párrafo del Código Penal) en la causa N° P-140650/17.

El pronunciamiento fue dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Tercera Circunscripción Judicial, actuando en Sala Unipersonal.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

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

1.- Sentencia recurrida

El tribunal de juicio tuvo por acreditado que los hechos ocurrieron tal como lo sostuvo la hipótesis acusatoria, esto es que: «[p]ara fecha 24 de septiembre de 2017, aproximadamente momentos después de las 05:00 hs, V. G. Q., D. G. I. V., S. D. A. SS. y A. R. S. V. llegaron al domicilio de este último, sito en calle, del distrito de, departamento de .., después de haber estado reunidos en el pub “Gutiérrez”, ubicado en el C. M. y calle Paso de Maipú. Una vez en la vivienda, A. R. S. V., aprovechando que D. Ga. I. se encontraba descompuesta por la ingesta de alcohol, llevó a la joven a una habitación de la casa, donde también ingresó S. D. A. S., oportunidad en la que ambos sujetos colocaron a la víctima I. sobre una cama, la desvistieron y, sujetándola de las manos mediante el empleo de fuerza, la accedieron carnalmente en contra de su voluntad, penetrándola con el pene por vía anal y vaginal, provocándole en consecuencia ambos justiciables “en región anal dos fisuras en horas 1 y 2 y desgarró profundo sangrante en hora 6 de 1,5 cm de largo de forma triangular, base externa y vértice que ingresa al interior del conducto anal”.

Asimismo, tal experiencia vivenciada aparejó a la joven víctima Illanes “un grave daño en su salud mental”, incurriendo la misma en conductas autolesivas a consecuencia de la transgresión sufrida a los límites de su sexualidad».

Para así decidir el tribunal de sentencia valoró entre los elementos más importantes: las declaraciones testimoniales de D. G. I. V., V. G. Q., R. A. D., L. I. P., Y. H. (médica del Cuerpo Médico Forense), D. D. (psicólogo del Equipaje de Abordaje de Abuso Sexual); las declaraciones de la Licenciada A.P. y el Licenciado Guillermo Messina; y, la declaración del acusado S. D. A..

2.- Recurso de casación

a) Por un lado, **la defensa de S. D. A. SS. promueve su impugnación sustentada en las disposiciones del art. 474 inc 2 del CPP.**

Considera que el decisorio resulta nulo por ser violatorio de las reglas del debido proceso legal.

Argumenta que la nulidad estriba en un incorrecto uso de la lógica jurídica valorativa de las pruebas colectadas en autos, contradiciendo principios pétreos de la sana crítica racional. Luego la recurrente realiza un análisis de las variaciones, contradicciones e imprecisiones de los sucesos en relación a las pruebas producidas en debate. Señala que la primera contradicción surge de la testimonial de D. G. I. V.. Así, en la denuncia manifestó que se encontró con S. en el parque Metropolitano, mientras que en el debate hizo referencia que estando en el bar le mandó su ubicación para que se encontraran ahí.

Asimismo en la denuncia expresó que la habían penetrado vía vaginal y durante el debate dijo, en forma contundente, que A. la había penetrado de manera vaginal y anal. Sin embargo, la recurrente resalta la circunstancia de que en función del resultado de ADN quedó demostrado que S. fue quien la accedió vía anal. La segunda contradicción que analiza es la declaración de V. G. Q..

Ello, en tanto durante la instrucción manifestó que no salió del domicilio a pedir ayuda porque no conocía el lugar, ya que ella era de San Martín; y, en cambio, en el debate explicó que salió de la casa para ver la dirección, pero no había ningún cartel.

En tercer lugar, hace referencia a las contradicciones entre el testimonio de V. G. Q. y L. P. con respecto al estado de alcoholización de D. I.. Así, V. Q. expresó que su amiga estaba muy descompuesta, en cambio L. P. dijo que nadie salió borracho y que ninguna de las personas estaba descompuesta.

Asimismo, la recurrente hace referencia que el dosaje de alcohol y estupefacientes realizado por el Cuerpo Médico Forense a D. I., para fecha 24/9/17 a las 12:15 horas, dio negativo.

Al respecto, menciona que la bioquímica que realizó el informe aclaró que no se puede inferir si al momento del hecho, es decir a las 6:45 horas, la víctima se encontraba alcoholizada, atento a que depende de cada organismo.

Por ello considera que no se encuentra probado que la supuesta víctima se encontrara descompuesta, alcoholizada, o en algún estado de disminución de sus facultades que hiciera presumir que no podía expresar libremente su voluntad.

Así como tampoco que ingresó obligada, engañada o forzada a la habitación. Destaca que la amiga de la víctima, V. G. Q., manifestó durante la instrucción que «[n]unca sintió que gritara o que pidiera ayuda o su negativa a lo que estaba sucediendo. Yo sentía que gritaba, pero eran gemidos. No pidió ayuda.

Me pareció raro que no volviera del baño, pero cuando empecé a escuchar los ruidos pensé “Bueno le pintó estar con el pibe este” y no me quise meter. Cuando entró el otro muchacho, S., a la habitación tampoco sintió ruido...», «yo estaba muy enojada, yo estaba incómoda no quería estar ahí porque estaba de novia» (fs. 805).

Asimismo, aclara que el psicólogo de parte, con respecto al examen psicológico realizado a la víctima, explicó que los tipos de estudios practicados son utilizados para determinar alteraciones o trastornos de la personalidad (DCM III y DCM IV), y no para determinar criterios de credibilidad o confiabilidad de los testimonios en materia de ataques sexuales.

Agrega que, según su criterio, faltó realizar un estudio lo suficientemente serio y de base científica que ayudara a determinar con mayor precisión la credibilidad y la veracidad del testimonio de la denunciante. Por consiguiente, sostiene que hay claros indicadores de fabulación o mendacidad, modificación ganancial del discurso, y contradicciones.

Por lo que considera que la víctima prestó libremente su consentimiento para acceder a una práctica sexual fuera de lo convencional, y que luego se vio duramente criticada por su amiga, o por su conciencia. Al respecto, estima que no fue debidamente acreditado su estado de vulnerabilidad o debilidad respecto a la posibilidad de prestar el consentimiento.

Por último, estima que todo este análisis fue formulado en los alegatos y la sentencia omitió tratarlos, rebatirlos y contestarlos lo que, según su entender, constituye un vicio de falta de fundamentación.

No sólo por los escasos renglones que el sentenciante le dedicó al desarrollo de sus consideraciones en relación con el hecho investigado, sino también porque se inclinó por atribuir responsabilidad penal a los acusados, dando por verificado el hecho delictivo sin la existencia de ninguna prueba cierta, objetiva e indubitable. Hace reserva del caso federal.

b) Por otra parte, **los defensores de A. R. S. V.** promueven su impugnación sustentada en las disposiciones del **art. 474 inc 1 y 2 del CPP.**

Sostienen que el veredicto de culpabilidad se habría apartado de modo manifiesto de la prueba producida en el debate, particularmente de las declaraciones testimoniales rendidas y la prueba incorporada a lo largo del juicio que reafirmaron y sustentaron la hipótesis defensiva, deviniendo la sentencia en arbitraria. Subdividen el agravio de arbitrariedad en tres apartados:

1. Contradicciones;
2. Falta de prueba;
3. Consentimiento de la víctima.

1. Con respecto al primer apartado entienden que los testimonios no son coherentes, carecen de toda razonabilidad y presentan importantes contradicciones en los siguientes aspectos:

1.a.- En la forma y en el orden en la que la supuesta víctima y su amiga describieron la dinámica de los hechos

Argumentan que en la denuncia D. G. I. manifestó que al salir del baño fue sometida por los acusados en forma conjunta, y luego la ingresaron a una habitación donde la abusaron por medio de la fuerza y la violencia. En cambio, en la declaración posterior afirmó que sólo A. estaba en la puerta de la habitación, y fue él quien la desvistió y la penetró, mientras que S. se encontraba en la sala con V. Q..

Posteriormente ingresó S.. Por otro lado, expresan que V. G. Q. contradice lo manifestado por su amiga. Esto en cuanto, manifestó que al salir del baño ya no se encontraban en la sala de estar D.ni A.. A su vez, D. expresó que después de ser penetrada por A., éste sale de la habitación e ingresa nuevamente junto a S.. Mientras D. y S. mantenían relaciones, A. observaba. Luego, V. relató que, al salir A. de la habitación, ella permanecía con S. en el sillón.

1.b.- Por el lugar donde se desarrollaron los hechos

Los recurrentes afirman que el departamento no se encontraba “en el campo” sino en un barrio a escasos metros de una dependencia policial (que la denunciante manifestó conocer), por lo que consideran que de haber querido las supuestas víctimas podrían haber solicitado el auxilio de vecinos o, incluso, de la policía.

Asimismo, manifiestan que se trataba de un departamento de escasas dimensiones, que no poseía intimidad, ya que la mayoría de sus ambientes no poseían puertas, estaban separados por cortinas y no tenían cerraduras.

1.c.- Por la solicitud de la víctima

Consideran que resulta impensable que la supuesta víctima de un abuso sexual le solicitara al victimario que la trasladara a su domicilio. Sostienen que esa solicitud es otro indicio de que la relación fue consentida.

2. En cuanto al apartado de falta de prueba, los recurrentes proponen los siguientes agravios.

2.a.- La supuesta alcoholización y estado de inconsciencia de la víctima

Sostienen que no puede tenerse por cierto que la víctima haya estado bajo los efectos del alcohol, atento a que el test de alcoholemia arrojó resultado negativo.

Agregan que esa prueba objetiva no fue valorada. Asimismo, argumentan que resulta sorprendente que la víctima especificara que los sujetos no usaron preservativos y que no eyacularon adentro, siendo que se encontraba en un estado de ebriedad que le imposibilitaba comprender lo que sucedía.

2.b.- La falta de marcas en la superficie corporal

Consideran que por las proporciones físicas de la víctima resulta imposible que A. S. hubiese podido someter violentamente a D. I. sin dejar algún tipo de equimosis o excoriaciones. Refieren que la Dra. H., del Cuerpo Médico Forense, explicó que la víctima no presentaba ningún tipo de lesión en la superficie corporal, pero sí en el ano.

Sin embargo, aclaró que no se podía determinar que esa lesión fuera producto de un abuso, sino más bien podría ser ocasionada por la simple desproporción entre el órgano receptor y el objeto que se introduce.

3. Con respecto al apartado referido al consentimiento de la víctima, expresan los siguientes agravios.

3.a.- Falta de resistencia, de negación y de auxilio por parte de la víctima Argumentan que la víctima manifestó que “no reaccionó” mientras A. S. le sacaba la ropa, no hizo nada, es decir, no realizó ningún tipo de manifestación, ya sea verbal o gestual, que pudiera dar a entender al imputado que estaba en contra del acto sexual y, por tanto, no prestaba su consentimiento para el mismo.

Agregan que tampoco pidió auxilio, o trató de escapar o se opuso o se defendió de alguna manera. En efecto, sostienen que el consentimiento elimina la tipicidad de la conducta, por lo que si el titular de ese consentimiento manifiesta su oposición, a partir de ese momento la conducta adquiere relevancia para el derecho penal, lo que en este caso no ocurrió. Por lo que consideran que podría existir un error pero no dolo. Estiman que nunca se precisó cómo se materializó la supuesta falta de consentimiento de la víctima, ni cuál habría sido el medio comisivo para vencer su voluntad.

3.- Dictamen del Señor Procurador General

El Procurador General considera que las impugnaciones no resultan sustancialmente procedentes, debiendo confirmarse la validez de la sentencia impugnada. Sostiene que surge claramente del análisis de la resolución casada que el tribunal sentenciante contó con elementos de convicción suficientes para lograr la certeza requerida en este estadio procesal a los fines de condenar tal como lo hizo.

Advierte que de la lectura de los puntos que analizan los recurrentes, surge que las críticas no alcanzan para afirmar que la sentencia atacada sea carente de motivación, o que el a quo no haya aplicado las reglas de la sana crítica en sus fundamentos. Más bien, reflejan sus discrepancias en el legítimo ejercicio de sus cargos, con la interpretación dada al plexo probatorio.

4.- La solución

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Atento a los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que los recursos de casación interpuestos por los recurrentes deben ser rechazados por cuanto la resolución impugnada no adolece de los vicios que les endilgan.

En efecto, estimo que la motivación cuestionada es suficiente para mantener el dictum como acto jurisdiccional válido, en tanto no adolece de falencias que impliquen su anulación. Ello a tenor de la jurisprudencia reiterada de esta Sala que ha establecido que, para que los defectos en la fundamentación conlleven tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (conf. LS. 186-427, 153-011, 354-218, 392-094 y 397-177, entre otros), lo que en la especie no ocurre.

A modo de aclaración preliminar, tal como lo sostuvo el sentenciante, cabe referir que el análisis integral de todos los elementos existentes, permiten comprobar sin hesitación alguna, que el caso de autos aparece enmarcado dentro de un claro supuesto de **violencia de género** y, además se trata de una especie de conducta delictiva cuya comisión se desarrolla habitualmente en ámbitos de absoluta privacidad, es decir que se producen en ausencia de otras personas más allá de la víctima y el agresor o los agresores. Este aspecto provoca que sea poco usual contar con otros testigos directos, o que existan pruebas gráficas o documentales.

Es por ello que, en los casos de violencia contra las mujeres el testimonio de la víctima constituye un valor fundamental en la comprobación de los extremos de la imputación delictiva, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la responsabilidad penal del mismo.

En efecto, la violencia ejercida contra las mujeres en razón de su género ha merecido un especial amparo, a nivel nacional como supranacional.

Considero oportuno recordar algunas consideraciones en orden a la valoración probatoria en los supuestos de violencia de género, que fueron formuladas al expedirme en diversos precedentes (ver al respecto «**Ojeda Pérez**»; «**Cruz Caporiccio**»; «**Merlo Lazza**», «**Vázquez Tumbarello**», entre otros).

En especial, en el **precedente “Ojeda Pérez”** destacué la necesidad de que «el análisis del plexo probatorio reunido deba serlo teniendo en cuenta los diversos instrumentos internacionales vigentes en la materia, particularmente la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, “Belem Do Pará”, y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer “CEDAW”-; así como también, entre otras, las normas contenidas en la Ley N° 26.485 destinada a la protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres».

También estimé que ese texto normativo vino a imponer un verdadero «deber jurídico» para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas. Obviamente que ese deber jurídico no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley.

Así es el propio legislador nacional quien dispone que «[l]os organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativo, además de todos los derechos y garantías: i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son su naturales testigos [...]» (**art. 16**).

Igualmente, en aquella oportunidad estimé que el texto legal vigente no introduce un nuevo método de valoración probatoria para los casos de violencia de género, puesto que siempre la prueba debe valorarse conforme el sistema de la sana crítica racional (**art. 206 y 409 del CPP**).

Según entiendo, el acierto de la ley consistió en establecer, en forma igualitaria, un método de valoración que evite la discriminación que en ocasiones ocurría por prácticas derivadas de la cultura jurídica patriarcal inquisitiva, que se transformaron en consuetudinarias, y que era necesario erradicar.

Al respecto, concluí que aquel método de valoración no resulta novedoso para la labor jurisdiccional, puesto que siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba -objetivos y subjetivos- a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento.

Asimismo, en el **precedente «Vázquez Tumbarello»** resalté la relevancia de la Ley 27.499 «Ley Micaela», atento a que dispuso la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra la mujer, para todas las personas que desempeñen la función pública, en cumplimiento del objetivo señalado.

También mencioné la Acordada n° 29.318 y su anexo vinculado al «Programa de capacitación permanente para la incorporación de la perspectiva de género en el marco de la Suprema Corte de Justicia» del 3 de septiembre de 2019, instrumento que en aras de principio de igualdad y de la prohibición de discriminación, dispone una serie de acciones concretas para asegurar la igualdad real en las relaciones interpersonales. En función de las pautas señaladas es que analizaré las impugnaciones formuladas en la presente causa.

Es necesario aclarar que algunos de los agravios propuestos por los recurrentes son coincidentes, lo que trataré en forma conjunta a los fines de un adecuado tratamiento, como por ejemplo los vinculados a cuestionar las contradicciones en las declaraciones de D. G. I. V. y V. G. Q.; el estado de alcoholización de la víctima; y, por último, el tema relacionado a su falta de consentimiento durante el acto sexual. Luego, analizaré los agravios propuestos por la defensa de S. D. A. SS. y por los defensores de A. R. S. V. en particular. Efectuada esa consideración corresponde dar tratamiento a los vicios denunciados.

Así, del análisis de los recursos interpuestos y de la sentencia atacada, estimo que ésta última no adolece de los vicios que pretenden los recurrentes. Ello en tanto, encuentra sustento en la totalidad de las pruebas rendidas, instrumental, declaraciones de la víctima, del imputado, peritos y demás testigos que declararon durante el debate y que el sentenciante valoró con perspectiva de género y conforme las normas de la sana crítica racional.

Es decir, detalló los elementos de convicción y los cotejó unos con otros de manera tal de llevar a cabo una valoración integral y coordinada. En efecto, entiendo que no existe ninguna duda sobre la contundencia convictiva que emerge de los elementos de prueba debidamente valorados, a fin de tener por acreditada la plataforma fáctica tenida por cierta por el juzgador.

Ello en tanto, se impone como conclusión lógica y razonada, que los imputados penetraron vía vaginal y anal a D. G. I., aprovechando que se encontraba debilitada por la ingesta de alcohol.

En primer lugar, considero que no pueden prosperar los agravios dirigidos por los recurrentes a cuestionar las contradicciones existentes en las declaraciones testimoniales de D. G. I. V. y V. G. Q.. Al respecto, estimo que no explican de qué manera esas contradicciones desvirtúan el plexo probatorio analizado por el sentenciate.

Es decir, los recurrentes mencionan los agravios sin explicar concretamente cuál es el vicio, cómo se produjo y cuál es la decisividad del mismo en relación al resultado del fallo que ataca, como así tampoco explican por qué razón su valoración haría variar la solución adoptada.

No obstante ello, se advierte de la sentencia impugnada que el juzgador valoró adecuadamente el testimonio brindado por D. G. I. V., al que consideró veraz y sin ánimo de perjudicar a los imputados. Como así también el testimonio de V. G. Q., quien reforzó la validez de la declaración de aquella (fs. 772 vta.).

En efecto, resulta válido el razonamiento que efectuó el sentenciante en lo concerniente al mantenimiento del relato de la víctima, toda vez que consideró que «[l]a jurisprudencia no exige como condición absoluta que las versiones sobre el abuso sufrido sea repetido con exactitud plena, con concordancia completa entre cada una de sus exteriorizaciones, o con una identidad plena entre cada una de sus reproducciones. Lo que se requiere para que el relato de la víctima y único testigo del abuso sufrido sea creíble, es que se sostenga lo nuclear de la exposición; quién o quiénes son los autores; una mención a la forma en que fue realizado ese abuso, y alguna circunstancia de modo, tiempo y lugar en la que fue perpetrado» (fs.774).

Así, «[e]n este abuso se ha sindicado siempre a los dos imputados como los únicos autores, con variación de lo que cada uno hizo concretamente dentro del abanico de acciones que pueden darse en un abuso sexual. Tampoco se ha modificado los actos realizados, abuso sexual con acceso carnal, ni ha sufrido cambios sobre cuando ocurrieron esos hechos y en qué sitio se lleV.n a cabo los mismos» (fs. 774 vta.).

En segundo lugar, tampoco puede tener acogida favorable el cuestionamiento realizado por los censurantes en cuanto al resultado negativo del dosaje de alcohol practicado a la víctima.

Al respecto, comparto la apreciación del juez de la instancia anterior vinculada a que ésta se encontraba en un estado de debilidad debido a los efectos del alcohol.

Así, para llegar a tal conclusión valoró las declaraciones de la propia víctima y su amiga, quienes refirieron que se encontraba afectada por el alcohol, descompuesta y con vómitos.

En este orden, el juzgador sostuvo adecuadamente, con respecto al estado de alcoholización que se encontraba la víctima al momento del hecho, que «[s]i tenemos por cierto que se encontraba muy afectada, descompuesta, con vómitos y desmayos antes de llegar a la casa, tenemos que decir que, en esa situación, su comportamiento tiene menores probabilidades de ajustarse a la respuesta que según la defensa no dio ante el abuso. Este es el cuadro que describe la víctima, el estar descompuesta le quita capacidad de reacción; sumado a que fue sorprendida, que no esperaba que su amigo actuara así y no dio su consentimiento» (fs. 773 vta.).

En tercer lugar, es de destacar que el tema vinculado a la falta consentimiento de la víctima durante las relaciones sexuales, ha sido objeto de específico análisis por parte del juzgador y sus argumentos no logran ser rebatidos por el recurrente en esta instancia.

Al respecto, el sentenciante sostuvo acertadamente a mi criterio que «[l]a conducta previa de la víctima, besarse en el baile y los mensajes de contenido sexual enviados, no pueden suplir el consentimiento requerido en toda relación sexual. Si esos actos fueron interpretados unilateralmente con otro sentido y con mayor alcance del que tienen, no constituye un error jurídico de ninguna categoría. No se requiere de conocimientos especiales para saber que toda relación sexual debe ser de común acuerdo o querida por las partes. No hay una autorización tácita para las relaciones sexuales o que requiera de una negativa expresa para impedirla. Es exactamente al revés, es ineludible el consentimiento para que proceda la misma, de forma tal que, si uno de los intervinientes no se encuentra en condiciones de brindar su consentimiento, no puede presumirse el mismo ya que no existe como tal» (fs. 774).

A ello agrega que «[s]í se encuentra probada la falta de consentimiento de la víctima (en razón del estado de salud que atravesaba en ese momento), que fue sometida a tener relaciones sexuales y que en estas

hubo acceso carnal, aspecto que fue admitido por uno de los imputados, todo corroborado por los resultados positivos de ADN [...]» (fs. 775).

Lo descripto permite descartar la existencia del consentimiento para llevar a cabo las relaciones sexuales tenidas entre los imputados y la víctima.

Así, toda la prueba es suficiente para afirmar que la víctima se vio sometida a la actuación de S. V. y A. SS., quienes se aprovecharon de su estado de debilidad debido a los efectos del alcohol.

En efecto, entiendo oportuno señalar que en el **precedente «Aguilera Ochoa»** hice referencia a que «[e]l abuso sexual realizado contra una persona mayor de edad que no consiente el acto, implica un menoscabo contra su autodeterminación sexual, ya que el comportamiento abusivo se ejecuta en oposición de su voluntad».

Por lo tanto, coincido con el tribunal de la instancia anterior al considerar que estamos ante un supuesto de abuso sexual con acceso carnal, atento a que la conducta de los acusados se llevó a cabo sin el consentimiento de la víctima.

Tampoco puede prosperar el agravio propuesto por la defensa de S. D. A. SS. dirigido a cuestionar el método utilizado en el examen psicológico realizado a la víctima, atento a que no se especifica qué estudio, lo suficientemente serio y de base científica faltó realizar para determinar con mayor precisión la credibilidad y veracidad de la denunciante.

Al respecto, surge de los fundamentos que durante el debate declaró el psicólogo del Equipo de Abordaje de Abuso Sexual, quien manifestó que «[e]l relato de la víctima presenta los parámetros de veracidad. Que es un relato desestructurado; coherente; con psico afectación, un correlato emocional acorde al sentido de las manifestaciones; sin indicios de perjuicio o destinado a causar uno.

Que presentaba signos compatibles con un stress postraumático» (fs. 771). Por consiguiente, considero que no existen motivos para dudar de las conclusiones del examen cuestionado, así como tampoco del método utilizado por el profesional, en tanto la recurrente no especifica los defectos que adolecería ese examen ni, tampoco –y como se dijo– el estudio o examen que se omitió realizar.

Por último, debe descartarse el agravio planteado por los defensores de A. R. S. V. dirigido a criticar la falta de lesión en la superficie corporal de la víctima, en tanto considero que los recurrentes omitieron considerar el informe completo de la Dra. Yolanda Herrera, del Cuerpo Médico Forense. Al respecto, surge de los fundamentos, su explicación dirigida a diferenciar las fisuras del desgarró, siendo éste último «[m]ás profundo, con cierta violencia, en una zona muy inervada e irrigada, dolorosa y sangrante que al curarse lo hace con fibrosis, que permite ser detectada tiempo después. Es de afuera hacia adentro, compatible con un pene. Este es el tipo de lesiones que presentaba la víctima» (fs. 771) (el destacado me pertenece). Advierto que no resulta esencial, para descartar la existencia del abuso sexual, que la víctima no tenga marcas en su cuerpo, atento a que de la declaración de la Dra. Yolanda Herrera surge que la víctima presentaba desgarró en esfínter anal producto de la violencia ejercida sobre ella.

Del mismo modo considero que, el agravio dirigido a cuestionar el comportamiento de la víctima durante el acto sexual, debe ser rechazado, en tanto estimo que el argumento del recurrente es una concepción estereotipada de cómo debe actuar una mujer en los casos de abusos sexuales.

Asimismo, el juzgador sostuvo apropiadamente que «[n]o hay una regla escrita acerca de cómo debe proceder una persona cuando es sometida a un abuso sexual, ya que depende de tantas variables posibles las respuestas que puedan darse condicionadas tanto a la forma del abuso como a las características de la personalidad de quien los sufre» (fs. 773).

Al respecto, considero que este agravio está constituido por simples afirmaciones personales, sin sustento en las constancias de la causa.

En definitiva, de conformidad a los argumentos desarrollados estimo, tal como lo adelantara, que no les asiste razón a los recurrentes en sus cuestionamientos, ya que no observo en el fallo defectos de motivación en el desarrollo de sus fundamentos, ni contradicciones al principio de la sana crítica racional que lo torne arbitrario en cuanto a la acreditación de los hechos y la intervención de los imputados en el hecho objeto del proceso.

Con lo que, a mi juicio, los vicios denunciados por los recurrentes, por constituir una reedición de los planteos expuestos durante el debate, los que fueron debidamente abordados y resueltos en la pieza impugnada, no presentan argumentos sólidos que permitan aquí la modificación de lo allí resuelto.

Por todo lo expuesto, y en opinión coincidente con la vertida por el Procurador General, debe contestarse de manera negativa la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazarse los recursos de casación interpuestos por las defensas de los acusados. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Comparto la solución a la que llega mi distinguido colega de Sala y en lo referente a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria con perspectiva de género entiendo oportuno remitirme a lo señalado en los **precedentes «Mejía, Salvador» y «Di Césare Morales»**, los que entiendo aplicables al presente caso. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Comparto los fundamentos por los cuales el voto preopinante considera que corresponde desestimar los agravios esgrimidos por la defensa de los imputados A. S. V. y S. A. S..

En especial, adhiero a las consideraciones realizadas en torno a la valoración de los elementos de prueba en hechos acontecidos en un contexto de violencia de género, a los que ya me he referido en numerosos pronunciamientos (ver **«Galdeano Reyes»**, **«Merlo Lassa»**, **«Concha, Jesús»**, **«Alaniz Pineira»**, entre otros).

En esta última oportunidad señalé en relación a la valoración de los elementos de prueba en función de la perspectiva de género que «[...] que para juzgar los conflictos en los cuales las mujeres son víctimas de violencia en sus distintas manifestaciones, hay que partir de aceptar que la realidad se encuentra polarizada en torno a patrones de dominación masculina que reproducen la discriminación en los distintos ámbitos en donde la mujer desarrolla sus relaciones interpersonales».

Destaqué también que «[...] los distintos operadores del derecho, tanto en la recaudación de elementos probatorios como al momento de valorarlos, deben orientar también su labor a detectar las circunstancias estructurales que perpetúan la violencia estructural contra las mujeres con el fin de imprimir en su análisis una perspectiva de género».

En este entendimiento, y vinculado a esta específica forma de manifestación de la violencia contra las mujeres y niñas sostuve que «[a] fin de tener una mayor comprensión de esta problemática, debemos analizar el tema a partir de dos premisas fundamentales: i) la violencia sexual contra niñas y mujeres es una de las manifestaciones más claras de una cultura patriarcal que fomenta el control del cuerpo y la sexualidad de las mujeres; y ii) que los patrones de discriminación estructural que padecen las mujeres proveen el escenario donde se reproduce y fomenta la violencia sexual (cfr. **CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; parr. 17)**» (Concha, Jesús).

Por otro lado, y en relación al agravio vinculado al supuesto consentimiento de la víctima en la relación sexual objeto de las presentes actuaciones, tal como lo destaca el ministro preopinante, ha quedado suficiente desvirtuada a partir del análisis integral del acervo probatorio, los que dan cuenta del contexto de violencia en sus distintas manifestaciones, en especial la violencia sexual, en que tuvo lugar el hecho. No obstante ello, me interesa destacar que se advierte en la praxis judicial que una de las defensas posibles para un acusado de abuso sexual es alegar que la víctima consintió el acto, utilizando frecuentemente argumentos basados en estereotipos de género –definidos por la jurisprudencia interamericana como «la preconcepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente» (Corte IDH, **Caso González y otras (Campo algodón) Vs. México**. Sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 16 de noviembre de 2009; párr. 401)– o aludiendo –aun sutilmente– a ciertos prejuicios discriminatorios de corte patriarcal.

En este sentido, señalé en el precedente «González, Mauricio» que «[...] a través de su anclaje en el inconsciente colectivo, se crean y validan mitos sobre los perfiles de los V.nes abusadores y de las mujeres víctimas que, gravemente, impactan en decisiones judiciales, incluso en algunas ocasiones sin perjuicio de las pruebas que pudieran existir en autos».

Dicho de otro modo, estimo que la inclusión de este tipo de presunciones equivale a la invasión de prejuicios discriminatorios en el proceso judicial, que restringen los márgenes de protección de las mujeres contra la violencia sexual. Por ello, la promoción de la igualdad conlleva la tarea, en las autoridades judiciales, de aplicar la ley sin preconceptos ni estereotipos discriminatorios.

En suma, mi interés por visibilizar esta problemática es a partir de las dificultades estructurales que, en materia de acceso a la justicia, deben enfrentar las mujeres víctimas de violencia sexual y las responsabilidades que, al respecto, nos atañen en tanto Poder Judicial y, más aún, como autoridad suprema de la estructura judicial provincial. ASÍ VOTO.

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

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

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

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

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

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar los recursos de casación interpuestos por la defensa de S. D. A. SS. y de A. R. S. V..
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva federal efectuada.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al Tribunal de origen, a sus efectos.

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

17- QUIROGA. 30-04-20.

| | | | | | | | | | | | | | | |
|-----------|--------------|------------|------|-------------------|------------|------------|------------|------------|------------|------------|------------|----------------|---|------------|
| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
| VG | Conv. | NNA | | PCE IA | - | - | A | - | CR | - | - | - | - | 474 |

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200430_FcQRD.pdf

Lex: Art. 119, 2° párrafo inc. f, y 55 del CP

Vox: VG. NNA. A.S.I.. Abuso sexual. Gravemente ultrajante. Convivencia. Número indeterminado. Concurso real. Valoración de la prueba. Testimonio de la víctima.

Summa:

El TPC condenó al señalado a la pena de **ocho años de prisión e inhabilitación absoluta** por todo el tiempo de la condena como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por el aprovechamiento de la situación de convivencia preexistente con un menor de 18 años, en un número indeterminado de hechos, en concurso real (arts.119 segundo párrafo lera f, y 55 del CP). El SP tenía 7 años.

La **defensa** interpone recurso de casación.

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

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 261, pronunciada por el TPC N° 1- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Voto Dr. Valerio.

- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Merlo Lassa. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=243>
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>

Voto Dr. Palermo.

- Di Cesare Morales. 26-06-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=156>
- Mejía Salvador. 10-09-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=197>

Voto Dr. Adaro

- Galdeano Reyes. 31-07-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=242>
- Concha, Jesús. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- Merlo Lassa. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf

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

Fallo.

CUIJ: 13-04572101-3/1((018601-14195)) FC/ Q. R. D. P/ ABUSO SEXUAL SIN ACCESO CARNAL AGRAVADO GRAVEMENTE ULTRAJANTE POR LA CALIDAD DE GUARDADOR Y CONVIVENCIAL (14195) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104654704*

En Mendoza, a los treinta días del mes de abril del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04572101-3/1, caratulada "F. C/ Q., R. D. P/ ABUSO SEXUAL SIN ACCESO CARNAL AGRAVADO GRAVEMENTE ULTRAJANTE POR LA CALIDAD DE GUARDADOR Y CONVIVENCIAL S/ CASACIÓN".

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

La defensa oficial de R.D.Q. interpone recurso de casación (fs. 435/440 vta.) contra la sentencia N° 261 (fs. 403 y vta.) y sus fundamentos (fs.405/412), mediante la cual se lo condenó a la pena de ocho años de prisión e inhabilitación absoluta por todo el tiempo de la condena como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por el aprovechamiento de la situación de convivencia preexistente con un menor de 18 años, en un número indeterminado de hechos, en concurso real (arts.119 segundo párrafo lera f, y 55 del CP), que se le atribuye en la causa N° P-14.195/15.

El pronunciamiento fue dictado por el Tribunal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

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

1.- Sentencia recurrida

En la sentencia impugnada el tribunal de mérito consideró acreditado los siguientes hechos: «mientras el señor R.D.Q. convivía con la menor M. D. C., de siete años, en la vivienda sita en calle ..., transcurriendo el mes de enero de 2015, y estando en el dormitorio de aquél, el señor Q. hacía que la niña le tocara el pene, masturbándolo hasta eyacular, y diciéndole que si se lo contaba a su mamá iban a llevar presa a su progenitora, o le ofrecía dinero a cambio de que guardara silencio».

Para así decidir el sentenciante valoró, entre los elementos más importantes: las declaraciones testimoniales de H.R.F. y la Licenciada Marisa Fusari; la declaración de la menor mediante cámara Gesell; la declaración del imputado; y, el informe del EPAASI de M. C..

2.- Recurso de casación

Los motivos de la defensa oficial se enmarcan en las disposiciones el art. 474 inc. 2° del Código Penal.

Considera que el tribunal de sentencia valoró erróneamente las pruebas de autos, no habiéndose alcanzado el grado de certeza que se requiere para fundar una sentencia condenatoria.

Sostiene que no se han observado las reglas de la sana crítica racional en la fundamentación y que no se acreditó la participación a la que aduce el a quo, por lo que estima que se debe revocar la sentencia condenatoria y resolver a favor de la absolución del imputado. Menciona los siguientes agravios.

a) Falta de acreditación del lugar de los hechos.

Sostiene que el sentenciante condenó a Q. por entender que el hecho ocurrió en la vivienda ubicada en la calle Sin embargo, la defensa argumenta que no existió prueba legalmente incorporada que así lo demuestre. En efecto, explica que en la denuncia de M.L.C. (madre de la menor víctima) consta el lugar del hecho, pero sin embargo ella no se presentó al debate a prestar declaración testimonial y su denuncia no fue incorporada por lectura.

Agrega que, del informe de la División Policial de delitos contra la integridad sexual surge que se citó al imputado en el domicilio mencionado pero no residía más allí, por lo que estima que no puede sostenerse que ello alcanza para probar que los presuntos hechos se produjeron en ese lugar. Aclara que la víctima en cámara Gesell nunca mencionó el domicilio donde Q. le habría realizado los actos descriptos.

Sostiene que, para la descripción del hecho en la acusación y posterior condena desde el punto de vista de la información del acusado, se requiere que las circunstancias de hecho que conducen a los elementos de tiempo, modo y lugar estén dados como datos precisos.

Así, considera que debe ser posible para el acusado poder llevar a cabo el proceso de subsunción en la realidad que ha realizado el fiscal y que entiende confirmado el sentenciante. Solo así es posible una defensa adecuada.

b) Errónea valoración de la prueba.

Discrepa con las conclusiones del a quo por considerar que su razonamiento resulta arbitrario.

Estima que la sentencia condenatoria no constituye una derivación razonada de los elementos de prueba obrantes en autos por lo que, a su entender, considera que se han violado las reglas de la sana crítica racional. Al respecto sostiene que M.L.C. formuló una falsa denuncia en contra de su abuelo Q., con el ánimo de perjudicar a su progenitora, H. F., quien en la audiencia de debate explicó los motivos por los cuales se había generado el conflicto con su hija.

Manifiesta que existió una fuerte manipulación de parte de C. hacia su hija menor M.. Por este motivo crítica la labor de las profesionales de la salud mental intervinientes, atento que considera que la cámara Gesell se encontraba contaminada (menciona lo argumentado al respecto por el Dr. Padilla).

Estima que las críticas realizadas a la prueba de cargo no fueron debidamente fundada por el tribunal de sentencia, puesto que no analizó la existencia de contaminación de los exámenes psiquiátricos y posterior Cámara Gesell. Asimismo, considera que incrementa el riesgo de contaminación el hecho que la menor haya sido entrevistada por personal del EPASI varias veces y luego se reiteraron, al año y medio, las entrevistas para la realización de la Cámara Gesell.

Cuestiona que la sentenciante citó las reglas de UNICEF para el abordaje de niños víctimas de abuso sexual, donde se comprobó que se infringieron varias de ellas, entre las que se destaca la entrevista al menor a la mayor brevedad posible (no más de diez días hábiles), siendo que en autos el plazo transcurrido entre la denuncia y la medida fue extenso, un año y medio después.

Considera que no fue debidamente explicada la inconsistencia en el relato de la menor referido a que, primero sostuvo que Q., para que no contara nada, la amenazaba con que su madre iba a ir presa y luego dijo que le prometía cinco pesos para su silencio.

Argumenta que son varios los indicadores de abuso sexual infantil y que la menor sólo presentó un relato creíble y de psicoafectación.

Al respecto criticó que las especialistas en el tema no ahondaron en hipótesis alternativas como causales de dichos síntomas. Considera que la sentenciante no valoró el conflicto familiar de trasfondo, que se encontraba acreditado y que la menor había sido mudada de domicilio. Hace reserva del caso federal.

3.- Dictamen del Señor Procurador General

El Procurador General entiende que se debe rechazar el recurso casatorio, debiendo confirmarse la validez de la sentencia impugnada. En efecto, advierte que la defensa pretende una revisión ex novo de lo que ha sido tratado en el debate y sometido a contradicción de acusación y defensa.

La sola reiteración de la posición defensiva, no alcanza para romper el cuadro probatorio reunido y evaluado por la a quo en la sentencia. Sostiene que la sentencia de condena se fundó sólidamente, analizándose debidamente las declaraciones testimoniales rendidas en la audiencia de debate y el resto de las pruebas incorporadas, arribando a la conclusión que resultaban ciertos los hechos narrados por la víctima.

Afirma que los agravios enumerados por la recurrente, más que vicios en la sentencia, reflejan su discrepancia en el legítimo ejercicio de su cargo, con la interpretación dada al plexo probatorio por la sentenciante.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Atento a los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso de casación interpuesto por la defensa del imputado R.D.Q. debe ser rechazado por cuanto la resolución impugnada no adolece de los vicios que le endilga.

En efecto, estimo que la motivación cuestionada es suficiente para mantener el dictum como acto jurisdiccional válido, en tanto no adolece de falencias que impliquen su anulación.

Ello a tenor de la jurisprudencia reiterada de esta Sala que ha establecido que, para que los defectos en la fundamentación conlleven tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (conf. LS. 186-427, 153-011, 354-218, 392-094 y 397-177, entre otros), lo que en la especie no ocurre.

A modo de aclaración preliminar, cabe referir que el análisis integral de todos los elementos existentes, permiten comprobar que el caso de autos aparece enmarcado dentro de un claro supuesto de violencia de género y, además se trata de una especie de conducta delictiva cuya comisión se desarrolla habitualmente en ámbitos de absoluta privacidad, es decir se producen en ausencia de otras personas más allá de la víctima y el agresor o los agresores.

Este aspecto provoca que sea poco usual contar con otros testigos directos, o que existan pruebas gráficas o documentales.

Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres el testimonio de la víctima constituye un valor fundamental en la comprobación de los extremos de la imputación delictiva, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la responsabilidad penal del mismo.

En efecto, la violencia ejercida contra las mujeres en razón de su género ha merecido un especial amparo, a nivel nacional como supranacional. Considero oportuno recordar algunas consideraciones en orden a la valoración probatoria en los supuestos de violencia de género, que fueron formuladas al expedirme en diversos precedentes (ver al respecto «**Ojeda Pérez**»; «**Cruz Caporiccio**»; «**Merlo Lassa**», «**Vázquez Tumbarello**», entre otros).

En especial, en el precedente «Ojeda Pérez» destacué la necesidad de que «el análisis del plexo probatorio reunido deba serlo teniendo en cuenta los diversos instrumentos internacionales vigentes en la materia, particularmente la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, “Belem Do Pará”, y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra

la Mujer “CEDAW”-; así como también, entre otras, las normas contenidas en la Ley N° 26.485 destinada a la protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres».

Asimismo estimé que ese texto normativo vino a imponer un verdadero «deber jurídico» para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas.

Obviamente que ese deber jurídico no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley. Así es el propio legislador nacional quien dispone que «[l]os organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativo, además de todos los derechos y garantías: i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son sus naturales testigos [...]» (**art. 16**).

También en aquella oportunidad estimé que el texto legal vigente no introduce un nuevo método de valoración probatoria para los casos de violencia de género, puesto que siempre la prueba debe valorarse conforme el sistema de la sana crítica racional (**art. 206 y 409 del CPP**).

Según entiendo, el acierto de la ley consistió en establecer, en forma igualitaria, un método de valoración que evite la discriminación que en ocasiones ocurría por prácticas derivadas de la cultura jurídica patriarcal inquisitiva, que se transformaron en consuetudinarias, y que era necesario erradicar.

Al respecto, concluí que aquel método de valoración no resulta novedoso para la labor jurisdiccional, puesto que siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba – objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento.

Asimismo, en «**Morales Quiroga**», me pronuncié en orden a las condiciones de vulnerabilidad como parámetro de interpretación probatoria.

Así, sostuve que en los casos en que resulten comprometidas personas en «situaciones de vulnerabilidad por condición o por constituir causa, como la edad y/o el género, queda evidenciado el estricto cumplimiento de las normas constitucionales, convencionales y legales vigentes en la valoración de los elementos probatorios, los que también aplica a las otras situaciones de vulnerabilidad, sea por el estado físico o mental (discapacidad), pertenencia a comunidades originarias o a minorías, por victimización, migración, desplazamiento interno, pobreza, privación de libertad o circunstancias sociales económicas, étnicas y/o culturales, siempre la ha hecho teniendo en cuenta las “**Reglas de Brasilia** sobre acceso a la justicia de las personas en vulnerabilidad” aprobada en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana que tienen como objetivo garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad que les permitan el pleno goce de los servicios del sistema judicial». Igualmente, en el precedente «**Vázquez Tumbarello**» resalté la relevancia de la **Ley 27.499 «Ley Micaela**», atento a que dispuso la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra la mujer, para todas las personas que desempeñen la función pública, en cumplimiento del objetivo señalado.

También mencioné la Acordada N° 29.318 y su anexo vinculado al «Programa de capacitación permanente para la incorporación de la perspectiva de género en el marco de la Suprema Corte de Justicia» del 3 de septiembre de 2019, instrumento que en aras de principio de igualdad y de la prohibición de discriminación, dispone una serie de acciones concretas para asegurar la igualdad real en las relaciones interpersonales.

En función de las pautas señaladas es que analizaré las impugnaciones formuladas en la presente causa.

Así, del análisis del recurso interpuesto por la defensa de Q., considero que no existe ninguna duda sobre la contundencia convictiva que emerge de los elementos de prueba debidamente valorados, a fin de tener por suficientemente acreditada la plataforma fáctica tenida por cierta por la sentenciante.

Ello en tanto, se impone como conclusión fáctica, lógica y razonada, que el imputado R.D.Q. hacía que la menor M. D. C., de siete años, lo masturbara hasta eyacular, diciéndole que si se lo contaba a su mamá, ésta iba a ir presa, o le ofrecía dinero a cambio de que guardara el silencio.

a) El primer planteo de la defensa está dirigido a cuestionar la falta de acreditación del lugar donde ocurrieron los hechos.

En efecto, según se desprende del escrito recursivo, la impugnante sostiene que no existió prueba legalmente incorporada que pruebe que los hechos ocurrieron en el domicilio ubicado en la calle ... de Godoy Cruz.

Para ello, y como se adelantó, argumenta que la menor no mencionó en cámara Gesell el domicilio donde Q. le habría realizado los actos referidos.

Asimismo, menciona que en la denuncia la madre de la víctima aportó el domicilio, pero sin embargo no se presentó a declarar durante el debate y, aquella no fue incorporada por lectura.

Por último, hace referencia que del informe de la División Policial de delitos contra la integridad sexual se desprende que se citó al imputado en el domicilio cuestionado pero no residía más allí, por lo que considera que ello no alcanza para probar que los presuntos hechos se produjeron en ese lugar. A mi modo de ver, el cuestionamiento no puede ser acogido.

Al respecto, considero que la valoración de los medios de prueba se ha llevado a cabo adecuadamente por el tribunal de sentencia en la determinación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar de los hechos objeto de la acusación.

Así, la sentenciante consideró que se encontraba acreditado que los hechos ocurrieron en el domicilio mencionado, luego de la valoración de los siguientes elementos de prueba. En primer lugar, la declaración de H. F. –abuela de la menor víctima– quien manifestó que en su domicilio convivían su hija M. L., sus nietos M. y Go., y su padre, el encartado.

Es decir, dio cuenta la convivencia entre el imputado y la menor para la fecha de la denuncia. Asimismo, y en segundo lugar, la propia víctima manifestó en cámara Gesell que su abuelo –refiriéndose al encartado– vivía con ellos. Por último, el imputado en su declaración admitió haber convivido con la menor M. y, con la madre y el hermano de ésta, en la casa de su hija H. F.

Lo expuesto me lleva a sostener que el mencionado agravio debe ser rechazado, por cuanto, por un lado, la circunstancia de lugar se encuentra debidamente acreditada, y por el otro, en forma coincidente a lo dictaminado por el Procurador General, no se advierte de qué manera el imputado no pudo ejercer adecuadamente su derecho de defensa, toda vez que desde el inicio de la investigación se tomó conocimiento del domicilio donde ocurrieron los hechos, siendo éste el ubicado en calle ... de Godoy Cruz y así fue puesto en conocimiento al imputado.

b) Con respecto a la errónea valoración de la prueba.

Con respecto a la errónea valoración de la prueba es de resaltar que los agravios expuestos por la recurrente constituyen una reedición de los planteos que efectuó al momento de formular su alegato de cierre en la audiencia de debate, y que fueron contestados pormenorizadamente por el tribunal de juicio en los fundamentos aquí analizados.

Así, el cuestionamiento referido a que la denuncia realizada por la madre de la menor contra el imputado fue falsa y con ánimo de perjudicar a H. F., fue abordado adecuadamente por la sentenciante, quien

consideró, en base al relato del imputado, que «[n]o resulta verosímil o más bien no surge convincente que su nieta –M. L.– haya hecho la denuncia por enojo hacia su persona y que dicha venganza tuviera que depender –a los fines de perpetrar su plan–, de que la bisnieta –M., de 9 años a la fecha en que declaró en cámara Gesell– se dignara a colaborar con la mentira que ella había pergeñado para perjudicarlo, declarando en contra del bisabuelo» (ver fundamentos, fs. 406 vta.).

Por lo que estimo, que el relato de la menor no fue producto de un plan ideado por su madre, sino de la experiencia real por ella vivida con su bisabuelo.

Asimismo, considero que no resulta atendible lo argumentado por la defensa sobre la existencia de contaminación en los exámenes psiquiátricos y en la Cámara Gesell realizados a la menor, como así tampoco sobre la inconsistencia de su relato. En efecto, la sentenciante explicó los motivos por los cuales entendía que el relato de la menor era coherente y no contradictorio.

Así, entendió que «[l]a coherencia del relato deviene de la secuencia lógica con la que la nena explica los hechos [...]. A su vez, esa secuencia en la que se describe una masturbación [...] relatada por una nena de 9 años [...] es decir, relatada por una persona de la que se puede predicar que carece de experiencia sexual, atento a su precario manejo de vocabulario “sexual” y su corta edad, es la que constituye la pauta indicativa de la autenticidad de sus dichos: a los 9 años, sólo habiendo vivenciado esos hechos, se lo puede relatar de manera tan clara y coherente» (ver fundamentos, fs. 408).

En cuanto al riesgo de contaminación de los testimonios de niños, niñas y adolescentes, cuando la entrevista en la Cámara Gesell se hace con demoras, surge de los fundamentos que la sentenciante abordó el tema en profundidad.

Si bien aludió al Protocolo de UNICEF –que recomienda que la declaración testimonial se tome en un plazo que no exceda los 10 día hábiles–, sostuvo que «[l]a demora en realizar la cámara Gesell, no implica forzosa o necesariamente que el testimonio de la pequeña se encuentre efectivamente contaminado» (ver fundamentos, fs. 409).

Al respecto, si bien el tiempo transcurrido entre que se denunció el hecho y declaró la menor fue entre un año o un año y medio, es decir, superior a 10 días hábiles, estimo que esa circunstancia no alcanza para restarle credibilidad a su relato, atento a que la sentenciante contó con otros elementos que confirmaron sus dichos.

Así, el relato de la menor aparece corroborado a través de la evaluación psicológica-psiquiátrica realizada por el equipo de abordaje del abuso sexual infanto-juvenil (EPAASI), en el que se concluyó que «[l]os dichos de la menor respecto al hecho denunciado, presentan parámetros de credibilidad, manifestados en la espontaneidad del mismo, la coherencia y los detalles de lo narrado [...] **No se detectaron indicadores compatibles con fabulación, mitomanía** o tendencia a crear historias inexistentes respecto de lo que se investiga [...] No se detectaron indicadores de ganancialidad en la denuncia efectuada [...].

La entrevistada desarrolla un relato confiable de los hechos, que da cuenta de su exposición a situaciones en las que se ha transgredido los límites de su cuerpo, siendo el autor su bisabuelo.

Esto se manifiesta frente a quien suscribe de manera expresa, con detalles claros y precisos [...] En cuanto a los indicadores que dan cuenta del grado de afectación psicoafectiva, se detectan inhibición, vergüenza, temores nocturnos, necesidad de mayor presencia de un adulto confiable para la menor, en este caso la progenitora» (ver fundamentos, fs. 409 vta.).

En relación a la circunstancia de que el informe psicológico-psiquiátrico debe dar cuenta de la presencia de «todos» los indicadores de abuso comparto las consideraciones de la magistrada de la instancia anterior cuando afirma que «los encontrados o constatados en el informe, son los que llevaron a los

expertos a concluir que la niña había sido víctima de un abuso sexual por parte de su bisabuelo ... Por lo demás, surge claro que no tenemos por qué pensar en otra hipótesis alternativa traumática para la niña -ajena al abuso sexual del que ella dio cuenta- como causa de los trastornos reseñados como indicadores por los expertos» (ver fundamentos, fs. 410).

Como, por ejemplo, el conflicto familiar propuesto por la defensa. Por otra parte, debe destacarse que la a quo también valoró acertadamente el testimonio de la licenciada Marisa Fusari, quien afirmó que el relato de la menor durante la cámara Gesell fue compatible con las conclusiones del informe del EPAASI (ver fundamentos, fs. 410 vta.).

Por último, considero que la circunstancia de que la menor, en un primer momento haya referido que Q. la amenazaba diciendo que si contaba lo sucedido su madre iba a ir presa, y luego, manifestara que le prometía cinco pesos, no implica que su relato sea inconsistente como sostiene la recurrente.

Por el contrario estimo, en forma coincidente con lo dictaminado por el Procurador General, que el planteo de la defensa encuentra explicación en que eran diferentes las técnicas de manipulación que utilizaba el imputado para mantener a la menor en silencio. Todo lo reseñado permite descartar la hipótesis de la recurrente, ya que no queda margen que permita dudar que M.D.C. fue sometida sexualmente por R.D.Q..

Al respecto, considero que la a quo ha sustentado su decisión en el análisis contextualizado de las pruebas rendidas en la causa, quien respetó los principios de la lógica, la psicología y la experiencia cuyo apartamiento la censurante no ha podido demostrar.

Además, detalló los elementos de convicción y los cotejó unos con otros de manera tal de llevar a cabo una valoración integral y coordinada de aquellos.

De tal manera, los vicios denunciados por la recurrente, a más de constituir una reedición de los planteos expuestos durante el debate, los que fueron debidamente abordados y resueltos en la pieza impugnada, no presentan argumentos sólidos que permitan aquí la modificación de lo allí resuelto, lo que conduce a su rechazo.

Por todo lo expuesto, y en opinión coincidente con la vertida por el Procurador General, debe contestarse de manera negativa la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazarse el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Comparto la solución a la que llega mi distinguido colega de Sala y en lo referente a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria con perspectiva de género entiendo oportuno remitirme a lo señalado en los **precedentes «Mejía, Salvador» y «Di Césare Morales»**, los que entiendo aplicables al presente caso. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Comparto los fundamentos por los cuales el voto preopinante considera que corresponde desestimar los agravios esgrimidos por la defensa de R.D.Q.. En especial, adhiero a las consideraciones realizadas en torno a la valoración de los elementos de prueba en hechos acontecidos en un contexto de violencia de género, a los que ya me he referido en numerosos pronunciamientos (ver **«Galdeano Reyes»**, **«Merlo Lassa»**, **«Concha, Jesús»**, entre otros).

En esta última oportunidad señalé en relación a esta forma de manifestación de violencia contra las niñas que «[s]e trata entonces de una doble condición de vulnerabilidad que la atraviesa, por cuanto cada una de dichas condiciones demandan una especial protección por parte de todos los agentes de la organización estatal, a fin de prevenir la violencia de la que históricamente han sido objeto; y de los

operadores del derecho, quienes tienen la obligación de ser diligentes en la investigación, imprimiendo en el análisis de estos casos una lectura desde el enfoque de género, con el objeto de brindar una solución justa en cada caso».

En función de lo señalado sostuve que «[a] fin de tener una mayor comprensión de esta problemática, debemos analizar el tema a partir de dos premisas fundamentales: i) la violencia sexual contra niñas y mujeres es una de las manifestaciones más claras de una cultura patriarcal que fomenta el control del cuerpo y la sexualidad de las mujeres; y ii) que los patrones de discriminación estructural que padecen las mujeres proveen el escenario donde se reproduce y fomenta la violencia sexual (cfr. **CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; párr. 17**)».

En este entendimiento resulta necesario ponderar que, en el caso bajo estudio, debido a las particularidades propias del ataque –como es sabido, suelen ser llevados a cabo frente a víctimas desprotegidas o en la intimidad– el relato de quien ha sido violentada en su libertad sexual, máxime cuando se trata de una niña, debe ser cuidadosamente analizado y ha de atribuírsele un lugar privilegiado en la construcción de la premisa fáctica que integra el razonamiento del juez.

Así las cosas, entiendo que el tribunal sentenciante interpretó en forma satisfactoria los estándares probatorios delineados tanto en el sistema interamericano como en el orden nacional, en tanto para la acreditación de los hechos constitutivos de la agresión sufrida por la víctima, ponderó todos los elementos de juicio incorporados legítimamente al debate bajo los parámetros de valoración que impone la temática en estudio.

Por otra parte, me interesa destacar que una sentencia justa que ponga de manifiesto la verdad de los hechos, y la individualización y castigo de su responsable constituye per se una medida de reparación para la víctima y sus familiares.

En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos entendió que forma parte del derecho a la reparación por violaciones de los derechos humanos, en sus modalidades de satisfacción y garantías de no repetición, el derecho que tiene toda persona y la sociedad a conocer la verdad íntegra, completa y pública sobre los hechos ocurridos, sus circunstancias específicas y quienes participaron en ellos (Cfr. **CIDH, Informe Nº 37/00, Caso 11.481, Monseñor Oscar Arnulfo Romero y Galdámez**, El Salvador, 13 de abril de 2000, párr.. 148).

En este entendimiento, el ex juez interamericano Augusto Cancado Trindade en su voto razonado en el **Caso Bulacio c/ Argentina**, ya destacó que las reparaciones revisten un doble significado: uno proveer satisfacción a las víctimas, o sus familiares, cuyos derechos han sido violados, y dos, restablecer el orden jurídico quebrantado por dichas violaciones (Cfr. Corte IDH, “**Caso Bulacio c/ Argentina**”. **Fondo, Reparaciones y Costas**. Sentencia del 18 de setiembre del 2003. Serie C, N°100.Voto razonado del Juez CancadoTrindade, párr. 37).

Como corolario de lo expuesto, pretendo destacar la importancia de que los operadores del derecho lleven adelante una investigación diligente y guiados por los particulares contextos en que se desarrollan los hechos violatorios de derechos humanos, y la aplicación de los estándares probatorias ya delineados a fin de obtener una decisión justa que determine la verdad de los hechos y, en su caso, el castigo de sus responsables.

Todo ello implica, en definitiva, y como medida de reparación, poner en valor a las personas como titulares de los derechos reconocidos en las convenciones de derechos humanos. ASÍ VOTO.

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

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

SENTENCIA:

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

RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuestos por la defensa de R.D.Q..
- 2.-Tener presente la reserva federal efectuada.
- 3.- Remitir las presentes actuaciones al Tribunal de origen, a sus efectos.

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

18- VICO. 15-05-20.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200515_FcVJD.pdf

Lex: Art. 149 bis, 2° párrafo; 55, 89 y 92 en función del 80 inc. 1°; 119, 3° párrafo, art. 55, 54 y 119, 1° párrafo del CP. Art. 392 del CPP.

Vox: Abuso sexual simple. Acceso carnal. Amenazas coactivas. Concurso real. Lesiones leves dolosas calificadas. Número indeterminado de hechos. Derecho de defensa. Ampliación de la acusación. Hecho diverso. Principio de congruencia.

Summa:

El **TPC** condenó al nombrado a la pena de **seis años de prisión** seis años de prisión como autor penalmente responsable de los delitos de amenazas coactivas en concurso real con lesiones leves dolosas calificadas (causa P-3150/18) y abuso sexual simple en un número indeterminado de hechos en concurso real y abuso sexual con acceso carnal (causa P-61293/18), todos en concurso real (arts. 149 bis, 2° párr.; 55, 89 y 92 en función del 80 inc. primero; 119, párr. Tercero, art. 55, 54 y 119, párr. primero, todos del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación.

El **Procurador General** entiende que corresponde hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto en relación con el delito imputado en la causa P-3150/18, mientras que propicia el rechazo de la pretensión casatoria respecto de los delitos imputados en la causa N° P-61293/18.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación y convalidó en su totalidad la sentencia.

Resolución cuestionada: Sentencia pronunciada por el TPC N° 1- 3° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Voto Dr. Palermo.

- Di Cesare Morales. 26-06-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=156>
- Mejía Salvador. 10-09-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=197>

Voto Dr. Valerio.

- De la Guarda. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/consultar.php>

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

Fallo

CUIJ: 13-04844701-9/1((038601-61293)) F C/ V. J. D. P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL EN CONCURSO REAL POR TRATARSE DE UN NUMERO INDETERMINADO DE HECHOS EN CONCURSO IDEAL CON ABUSO SEXUAL GRAVAMENTE ULTRAJANTE P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104926742*

En Mendoza, a los quince días del mes de mayo del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04844701-9/1, caratulada “F. C/ V. J. D. S/ RECURSO DE CASACIÓN”.

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

La defensa técnica de J. D. V. B. interpone recurso de casación (fs. 27/51) contra la sentencia de fs. 24/25 y sus fundamentos mediante la cual el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Tercera Circunscripción Judicial condenó al nombrado a la pena de seis años de prisión como autor penalmente responsable de los delitos de amenazas coactivas en concurso real con lesiones leves dolosas calificadas (causa P-3150/18) y abuso sexual simple en un número indeterminado de hechos en concurso real y abuso sexual con acceso carnal (causa P-61293/18), todos en concurso real (arts. 149 bis, 2° párr.; 55, 89 y 92 en función del 80 inc. primero; 119, párr. Tercero, art. 55, 54 y 119, párr. primero, todos del Cód. Pen.).

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

I.- Sentencia recurrida

El magistrado sentenciante tuvo por acreditado con la certeza requerida para el dictado de una sentencia condenatoria –en el marco de los autos N° P-61293/18– que desde el mes de setiembre de 2017 hasta el mes de enero de 2018, cuando la víctima N. E. G., quien estaba embarazada, se encontraba en su domicilio sito en calle ... de Rivadavia, el cual compartía con su pareja J. V., alias «K.», éste la obligó a que le tocara el pene, lo masturbara, a que le practicara sexo oral, eyaculando sobre su pecho. Por su parte, en otras ocasiones le introdujo su pene en la vagina mientras la insultaba y la golpeó, provocándole sangrados. Asimismo, ante la negativa de la víctima a mantener relaciones sexuales el imputado, éste le manifestó «te voy a matar lejos de mi casa, te van a encontrar en un campo lejos y la policía va a pensar que te quisiste suicidar, sabés que te puede ir peor».

Por su parte, determinó –en el marco de los autos N° 3150/18– que el día 07 de enero de 2013, siendo las 04:30 horas aproximadamente, N. G. se encontraba en su domicilio sito en callejón ..., departamento de Rivadavia, cuando su pareja, J. D. V., la golpeó con el puño en la mejilla derecha, luego la tomó y apretó por el cuello, la empujó sobre una cama del lugar y le manifestó: «hija de puta, no te quiero y te va a ir peor». Seguidamente, el nombrado tomó a la víctima del brazo izquierdo y la golpeó con el puño en el estómago, todo lo cual le produjo un hematoma leve en rodilla izquierda, cadera izquierda, brazo izquierdo, marca de dedos en el cuello, con un tiempo estimado de curación e incapacidad de cuatro días. Acto seguido, cuando la víctima estaba recostada e intentó levantarse de la cama, J. D. V. le manifestó: «quédate quieta, porque te va a ir peor».

Para decidir en tal sentido, el a quo valoró las declaraciones testimoniales de N. E. G., N. S., L. E. G., R. V., N. V., la Dra. G. de G., la Licenciada A., el Dr. S., el Lic. V., la Lic. V., el Dr. M., así como las demás pruebas válidamente incorporadas al proceso.

II.- Recurso de casación

La defensa técnica de J. V. considera que la resolución referida padece vicios in procedendo e in iudicando, conforme lo establecido por el art. 474 de la ley de rito.

En primer lugar, y el marco de los autos N° P-3150/18, considera que se vulneró el derecho de defensa en juicio pues, ante un hecho diverso con base en el cambio de la fecha del delito imputado, el juez aplicó el instituto de la **ampliación del requerimiento fiscal**, violando así la imparcialidad que debe regir en un sistema acusatorio adversarial.

En esta línea, agrega que no se otorgó el plazo legal para la producción de nueva prueba conforme lo establece el art. 391 C.P.P. (agravios 1, 2 y 3).

En segundo lugar (agravio 4), realiza una crítica global de la valoración de la prueba llevada a cabo por el a quo respecto de los hechos imputados en los autos N° P-61293/18.

En este tramo de su argumentación, ataca el lugar central dado al testimonio de la víctima en el razonamiento del juez y subraya que no se valoraron las declaraciones testimoniales de los profesionales ginecológicos y médicos particulares que atendieron a N. G. durante su embarazo (subpunto a).

Asimismo, advierte que se utilizó como fundamento de la condena un hecho no denunciado, no imputado y no endilgado en la requisitoria fiscal, a saber, que J. V. dejaba a la víctima sin comer como mecanismo de coacción para quebrar su voluntad con el fin de tener relaciones sexuales. Se habría violado, por ende, el principio de congruencia al valorarse un hecho nuevo (subpunto b).

Agrega que no se valoró prueba de descargo fundamental para la imputación por abuso sexual, ignorándose así la insonorización que se realizó en el domicilio y la falta de exámenes médicos de los órganos genitales de la denunciante (subpunto c).

A su vez, opone que se consideraron parciales y subjetivas las declaraciones de los familiares del imputado –únicos testigos presenciales durante la convivencia–, mientras que se tomaron como objetivos e imparciales los testimonios de la familia de la víctima –quienes son testigos de oídas– (subpunto d).

El recurrente finaliza el desarrollo del agravio destacando que se sobrevaloraron los testimonios de los peritos del Cuerpo Médico Forense (subpunto e).

Acto seguido, la defensa continúa y pone de relieve que se violaron las garantías constitucionales del debido proceso, en tanto el juez sentenciante llegó a la audiencia de alegatos finales con los fundamentos de la sentencia ya preparados y escritos (agravio 5).

Por último, la defensa reitera que se realizó una condena arbitraria en violación a los principios de congruencia, razonabilidad, in dubio pro reo y una fundamentación de la sentencia alejada de la sana crítica racional, con base en que el abuso sexual con acceso carnal habría sido acreditado especialmente por la declaración de la víctima (agravio 6).

Formula reserva del caso federal.

III.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General entiende que corresponde hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto en relación con el delito imputado en la causa P-3150/18, mientras que propicia el rechazo de la pretensión casatoria respecto de los delitos imputados en la causa N° P-61293/18 (fs. 71/76).

En relación con la primera de las causas, considera que el cambio de fecha del delito, tal como lo expresa la denunciante en su declaración en el debate, constituye un hecho diverso, en tanto se cambian las circunstancias esenciales de tiempo, modo y lugar.

Todo lo cual justificaba proceder conforme lo establecido en el **art. 392 del C.P.P.**

La violación de ese procedimiento, en consecuencia, debe conducir a la declaración de la nulidad de la sentencia exclusivamente en relación con los hechos imputados en el marco de los autos P-3150/18.

Por el contrario, respecto a la imputación en los autos P-61293 el titular del Ministerio Público Fiscal aconseja el rechazo de la pretensión defensiva, puesto que, en casos de abuso sexual que suceden en la intimidad y fuera de la observación de terceros, cobra un valor esencial el testimonio de la víctima, así como los informes psicológico-psiquiátricos. Todo lo cual ha sido correctamente ponderado por el a quo.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

Adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que corresponde rechazar el recurso casatorio impetrado y, en consecuencia, convalidar la sentencia recurrida en su totalidad.

i.- Objeciones a la validez de la sentencia en el marco de los autos P-3.150/18

En la causa referida, el planteo defensivo se estructura alrededor de la inobservancia de lo dispuesto por el art. 392 C.P.P. en un supuesto que encuadraría en sus previsiones.

Si bien desde la denuncia se consideró que el hecho habría ocurrido el día 08 de enero de 2018, en la apertura del debate la víctima aclaró que no ocurrió ese día, sino el día 07 del mismo mes y que, cuando quiso rectificar este dato, los funcionarios intervinientes en la Unidad Fiscal de Rivadavia no se lo habían permitido.

Dicho esto, el penúltimo día de debate, el representante del Ministerio Público Fiscal solicitó la modificación de la fecha del hecho al día señalado, actividad de la que se corrió vista a la defensa y derivó en un cuarto intermedio.

En la contestación de la vista, la defensa solicitó una aclaratoria para determinar si lo que pedía la fiscalía era una **ampliación de la acusación o un hecho diverso**; aclaratoria rechazada por el juez, quien instruyó al recurrente para que la vista fuera contestada tal cual fue corrida.

En consecuencia, el recurrente **solicitó el plazo otorgado por el CPP en su art. 392 a los efectos de ofrecer nueva prueba.**

Sin embargo, este pedido fue rechazado por el tribunal de juicio.

Bien, después de analizar las razones brindadas por la defensa para anular la sentencia condenatoria y compulsar las presentes actuaciones, así como las constancias audiovisuales de la audiencia de debate del día 22 de mayo pasado, entiendo que no se advierte, en el caso concreto, una violación del **principio de congruencia** que menoscabe el derecho de defensa del imputado.

En efecto, la variación del relato de la víctima en el marco de delitos tales como amenazas y lesiones en relaciones de pareja en las que se verifica una asimetría del varón para con la mujer, se explica debido a este especial contexto y lo traumático de tales experiencias.

En esta línea, de acuerdo a las constancias de la causa, la variación temporal de un día no es dirimente en tanto existen elementos de prueba que avalen la acusación, particularmente en el que la versión de la víctima se encuentra sustentada con exámenes psíquicos y físicos que dan cuenta de las lesiones, así como de la credibilidad de su relato.

Como ya he desarrollado in extenso en «**Di Césare Morales**» y «**Mejía Salvador**», las variaciones en el relato de la víctima deben ser consideradas un efecto clásico del ciclo de violencia de género en el que se encuentra inmersa, el que lógicamente influye en su testimonio.

Asimismo, no debe perderse de vista que la versión de la denunciante no puede analizarse si no es en una estrecha relación con el resto de los elementos de prueba, los cuales, en este caso en particular, hablan a favor de la hipótesis de la acusación.

Por ello, el cambio de día del hecho no puede ser considerado esencial y, en consecuencia, no corresponde aplicar el instituto del hecho diverso. Por otro lado, el recurrente omite explicar cómo su estrategia defensiva podría haber variado en función del día la comisión. Es decir, la defensa no aporta una versión alternativa de los hechos con base en la variación del testimonio de la víctima.

Así, si bien la defensa critica que no se le otorgó el plazo legal para ofrecer nuevas pruebas, no especifica en su presentación –del mismo modo en que no lo hizo en la Sala de debate– cuáles fueron las pruebas que le fueron impedidas ofrecer o cómo se vio afectado al preparar su defensa, tal cual determina el artículo mencionado en su párrafo segundo.

De este modo, la defensa no ha conseguido concretar el perjuicio que justificaría hacer lugar a sus pretensiones. Conforme a ello, entiendo que el recurrente insiste en la nulidad de la sentencia por la nulidad misma, permaneciendo su argumentación en un nivel de abstracción que no consigue integrarse con elementos concretos que ameriten modificar la solución dada por el juez interviniente al caso sometido a decisión.

El alegar que los testigos pueden no ser los mismos o que el desarrollo de la cotidianidad puede variar de un sábado a un domingo no basta.

Por ello, la no concesión del plazo establecido para ofrecer nueva prueba, en el caso en análisis, no implica una violación del derecho de defensa en juicio que fulmine de nulidad el tramo de la sentencia referida a los hechos atribuidos en el marco de los autos N° P-3.150/18.

A lo referido corresponde agregar que el juez sentenciante no permaneció indiferente a estas cuestiones y brindó al respecto razones que estimo acertadas. Entre ellas, que de acuerdo a las particulares circunstancias de la causa, el desarrollo de la vida familiar y el contexto de violencia al que se encontraba sometida la víctima no se modifican por un día.

Asimismo, refirió que coloquialmente suele expresarse que el hecho ocurrió un sábado en la madrugada cuando técnicamente es un domingo, en tanto se trata de precisiones que a menudo no se exigen a la gente común (véase 00:04:00, audiencia del día 22 de mayo de 2019 II).

Finalmente debe señalarse que no se advierte arbitrariedad alguna en relación a la valoración de la prueba por el sentenciante en esta causa.

En efecto, en los fundamentos de la sentencia (véase 01:29:00 y ss. de la audiencia del 28.05) el magistrado sentenciante realizó una ponderación de las circunstancias que acreditan el espiral de violencia de género del que era víctima N. G., así como de la solidez de su testimonio en relación con la existencia de las amenazas y las agresiones.

La solidez del testimonio de N. G., se deriva de un cuadro que permite atribuirles credibilidad a sus declaraciones y que se construye con base en el testimonio de su madre, N. S. – quien afirmó que vio a su hija golpeada–, así como de los exámenes psíquicos practicados a la víctima –a la luz de las declaraciones de los peritos del Cuerpo Médico Forense Psiq. C. S. y Lic. D. V. que refirieron que se trataba de un testimonio creíble- y del resultado de los exámenes físicos que constatan las lesiones (véase 01:38:00 y

ss.). A la inversa, las declaraciones de los testigos ofrecidos por la defensa fueron descartados como poco creíbles debido a su cercanía familiar con el imputado (véase 01:47:00).

En suma, en relación con la causa de referencia entiendo el magistrado sentenciante incorpora correctamente a su razonamiento las particularidades que deben ser tenidas en cuenta al momento de valorar el testimonio de la víctima que se encuentra inmersa en un contexto de violencia de acuerdo con los protocolos emitidos por esta Suprema Corte a la luz de la normativa provincial, nacional y tratados internacionales (véase 01:34:00 ss.).

Al mismo tiempo, la declaración de la víctima ha sido puesta en relación con el resto del plexo probatorio; el que, como expuse, apunta a la existencia de las lesiones y las amenazas.

Así, en tanto la crítica al testimonio de la víctima es la piedra de toque de este último agravio, entiendo que corresponde rechazarlo y convalidar la sentencia puesta en tela de juicio.

ii.- Crítica a la condena en el ámbito de la imputación en los autos P-61.293/18

Aquí el recurrente despliega una argumentación que refuta con especial énfasis el valor otorgado por el magistrado sentenciante a la declaración de la víctima.

A partir de allí, realiza una crítica puntual de cada uno de los elementos de cargo que gravan la situación de su defendido, en lo que pretende ser una reiteración de sus puntos de vista expresados en la instancia de los alegatos.

Ahora bien, que la declaración de la víctima no alcanza para fundamentar una sentencia condenatoria (agravio 4, subpunto a y agravio 6) es una afirmación que, si no se concreta en una crítica que pondere las cualidades del testimonio con base en las particularidades de los procesos ejecutivos en los que se atacan bienes jurídicos personalísimos como lo es la sexualidad, se presenta como una afirmación inválida.

En efecto, el peso del testimonio de la víctima en el razonamiento del juez es atacado únicamente en su aspecto cuantitativo, esto es, en tanto única prueba de cargo que sustentaría la autoría de J. V. frente a los hechos imputados.

Pero esta es ab initio una aproximación incorrecta a la interpretación de la prueba que sostiene la condena que en esta instancia se recurre.

Es que los dichos de la víctima mujer en casos en los que se ha menoscabado su integridad sexual adquiere un especial protagonismo.

Ello en tanto, tales agresiones no solo se producen en contextos de intimidad en donde se complejiza la actividad probatoria, sino que, además, tienen como víctima a la mujer en una relación de desigualdad para con el varón, lo que supone, a su vez, analizar cada una de las pruebas con perspectiva de género.

Lo anterior implica, en la línea de los precedentes citados al analizar los agravios en el marco de los autos P-3150/18, tanto considerar la relación de asimetría que existe entre autor y víctima, así como ponderar las oscilaciones y matices que pueda tener la declarante en tanto persona inmersa en un contexto de violencia que puede repercutir en el desarrollo de su relato. Estas consideraciones han sido oportunamente incorporadas por el tribunal de juicio a la sentencia.

Asimismo, no debe perderse de vista que no se trata únicamente del valor del testimonio de N. G., el cual ya, de por sí—como subraya el a quo— presenta la credibilidad suficiente como para erigirse en la primera prueba que apuntala la imputación contra J. V..

Sumado a ello, y en contra de lo que parece sugerir la defensa, la sentencia condenatoria se encuentra sostenida por otros elementos de cargo, además del testimonio de la víctima.

En relación con este agravio, por último, me parece importante subrayar que de las constancias audiovisuales de la lectura de los fundamentos se desprende que «la declaración de la señora N. E. G. ha

sido lo suficientemente clara en el juicio, aparte de esa claridad nosotros en relación con la declaración de la señora G. tenemos que estar para su interpretación a los protocolos emitidos por la Suprema Corte de Justicia, en relación con la investigación de los hechos de violencia de género, o sea, primero le tengo que dar prioridad a la credibilidad y después a las normas de la **Ley 26.485**».

Llegados a este punto, corresponde entonces descartar la crítica defensiva en relación con la valoración de las declaraciones de los médicos que atendieron a la víctima, los cuales negaron haber constatado golpes o abusos.

Es que ello no implica que estos no hayan existido, pues el relato de la víctima se ha valorado como creíble y, con base en la aproximación hermenéutica que corresponde aplicar a casos de esta índole –ya referida ut supra–, las declaraciones referidas no fulminan el caso por el que el representante del Ministerio Público Fiscal citó a juicio al acusado.

La defensa continúa (agravio 4, subpunto b) y sostiene que se incorporó a la sentencia un hecho no imputado ni denunciado, esto es, que J. V. no alimentaba a N. G. como medio para quebrar su voluntad y tener relaciones sexuales.

Sin embargo, este agravio tampoco puede prosperar. En efecto, de la lectura del requerimiento de citación a juicio surge que esta circunstancia se encuentra introducida, en tanto se ofreció la declaración de la Lic. V. obrante a fs. 30/31, quien aseguró «que N. G. le comentó [...] que como a veces la dejaba sin cena, accedía a tener relaciones para que Vico le diera algo para comer».

Asimismo, si bien el acusado se abstuvo de prestar declaración en sede de debate, sí lo hizo durante la instrucción de la causa, donde se refirió a este extremo y expresó que N. G. se quedaba sin comer por su propia voluntad porque no le gustaba la comida que él preparaba (véase registro audiovisual de los fundamentos de la sentencia, 01:26:30), lo que descarta cualquier sorpresa que pudiera menoscabar el derecho de defensa ya en esa etapa.

De este modo, la referencia a este extremo del hecho, no solo forma parte de la plataforma fáctica imputada con base en la prueba ofrecida por el Ministerio Público Fiscal al momento de requerir la citación a juicio del imputado, sino que, además, no ha significado sorpresa alguna para el imputado quien pudo ejercer la correspondiente defensa material frente a este tramo de la imputación.

Finalmente, no debe perderse de vista que el negar la comida puede ser considerado válidamente como un factor coactivo en tanto medio típico de las previsiones del art. 119 CP. En consecuencia, con base en los argumentos mencionados, entiendo que no se advierte una modificación del objeto del proceso que vulnere el principio de congruencia.

En otro orden de ideas (agravio 4, subpunto c), el recurrente reitera su visión de los hechos en relación con el valor de la prueba de insonorización a la que le atribuye un valor determinante en relación con si se podrían haber escuchado los supuestos abusos, golpes y gritos que padecía la víctima.

Según la defensa quedaría totalmente descartada la posibilidad fáctica de que en algún momento hubieran sucedido los abusos sin que alguien hubiese escuchado.

No obstante, esta circunstancia no puede tomarse como definitiva, si no se pone en relación con el resto de la prueba incorporada a la causa, la cual habla a favor de la existencia del abuso y en contra de las declaraciones de los familiares del imputado, quienes aseguraron que no escucharon ruidos provenientes de la habitación.

En esta línea, la defensa también objeta que el a quo haya considerado como parciales las declaraciones de los familiares del imputado y como imparciales los testimonios de los familiares de la víctima (agravio 4, subpunto d.).

Sin embargo, este tramo de la argumentación vuelve a padecer el mismo defecto de ausencia de fundamentación, pues la defensa se limita a realizar la crítica sin brindar las razones que la sostendrían. Más aún, cuando se enfrentan al resto del plexo probatorio, el cual habla a favor de la existencia de los abusos.

En último lugar (agravio 4, subpunto e.), el recurrente ataca la valoración de las declaraciones de los peritos del Cuerpo Médico Forense, Dres. S. y V., quienes atendieron a la denunciante y expresaron que su relato era creíble.

Nuevamente, la defensa se limita a discrepar con los fundamentos de la sentencia solo en el plano formal, sin brindar los argumentos necesarios como para tener por cierto su punto de vista.

Por último, la clave para responder la crítica relativa a que el juez dictó sentencia inmediatamente finalizados los alegatos y sin pasar a un cuarto intermedio para deliberar (agravio 5), reside en restringir el sentido de las previsiones contenidas en el **art. 408 C.P.P.** para hipótesis de tribunales colegiados.

Así, la instancia de deliberación y debate solo es necesaria cuando se trata de una pluralidad de jueces llamados a decidir, hipótesis que no se verifica en la causa de autos, donde intervino un tribunal unipersonal. En este caso, es el mismo juez el que ha estado presente durante todo el debate, por lo que este tribunal individual no impide la reflexión necesaria para el dictado y fundamentación de una sentencia.

Como pone de relieve el Procurador General en su dictamen, el magistrado sentenciante tuvo la oportunidad de aprehender, durante un debate que duró casi dos meses, el sentido de la prueba, así como las posiciones asumidas por las partes.

Todo lo cual, justifica que terminados los alegatos y preguntado el imputado para que dijera si deseaba agregar algo más, el juez se encontrara en condiciones de dictar una sentencia fundamentada. Con base en las consideraciones precedentes, estimo que corresponde rechazar el planteo defensivo respecto de los hechos contenidos en la causa P-61.293/18.

iii.- Conclusiones

Sobre la base de lo señalado considero que corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado y, en consecuencia, convalidar en su totalidad la sentencia puesta en tela de juicio. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

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

Voto Dr. Valerio. Ampliatorio.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, EN VOTO AMPLIATORIO, DIJO: Comparto la solución a la que llegan mis colegas de Sala, sin embargo, entiendo pertinente realizar las siguientes consideraciones en torno al instituto del hecho diverso, una de las cuestiones centrales planteadas por la defensa técnica en el marco de los autos 3150/18-P.

El recurrente sostiene que se ha violado el derecho de defensa en tanto no se le habría otorgado el plazo establecido por el Código de rito para ofrecer nueva prueba con base en las prescripciones del **art. 392 CPP**.

Se basa en que el delito imputado no habría ocurrido el día 08 de enero de 2018, sino el día 07 del mismo mes y año, circunstancia aclarada por la víctima al momento de prestar declaración en sede de debate.

Para la defensa el cambio de día es central.

En relación con la refutación de esta idea coincido en la solución con mis colegas de Sala –en verdad, las variaciones en el relato de la víctima no son esenciales y, por ende, no dan lugar a un hecho diverso al contenido en la pieza de la acusación–, sin embargo, me interesan agregar algunas consideraciones sobre el instituto del hecho diverso que estimo condensadas con una claridad explicativa particular en «**De La Guarda**».

Brevemente, en esta causa se discutían esencialmente tres de las aristas del hecho de homicidio que, conforme las declaraciones brindadas en el debate, se habían producido de un modo distinto al plasmado el requerimiento fiscal.

Primero, en el juicio se verificó que no había existido un único tirador, sino dos que, a su vez, ejecutaron dos disparos con dos armas de fuego distintas (modo de realización de la acción); segundo, que si bien los ejecutores se encontraban en el lugar de los hechos y llevando a cabo la agresión, no fueron precisados disparando y, tercero, que los disparos que causaron la muerte y lesiones de quienes se desplazaban en el automóvil no habían ingresado por el lado señalado por la acusación, ello en tanto era otra la dirección de entrada y salida de los proyectiles (causación del resultado).

En efecto, en relación con este último aspecto, las lesiones se habían producido como consecuencia de los proyectiles disparados por cada arma desde dos lugares diferentes: desde la ventanilla del acompañante, que ocasiono la muerte del conductor; y desde la ventanilla del conductor, que lesionó al acompañante.

En el precedente mencionado, este Máximo Tribunal provincial –con otra integración– formuló frente a la posibilidad de **un hecho diverso** una respuesta negativa.

La misma se fundó en argumentos doctrinarios que subrayaban que el requerimiento de citación a juicio es una petición para que el caso sea llevado a juicio, que determina el ámbito fáctico en el que podrá ejercer su jurisdicción el tribunal de juicio, precisando la materia que es objeto de la responsabilidad probatoria del Ministerio Público y sobre la que deberá versar la defensa del acusado.

Así, la diversidad implica una mutación fáctica que puede determinar el encuadramiento del hecho en una figura penal distinta, tanto más grave, como más leve.

En esta línea se pronunció, en el presente caso, el tribunal de juicio al momento de expresar oralmente los fundamentos (véase registro audiovisual, 01:28:00) cuando expresó que, a los fines de resolver la existencia de responsabilidad penal por los hechos atribuidos a J. V., el cambio de día no era dirimente, por cuanto estamos en presencia de los mismos sujetos activos y pasivos y las mismas circunstancias de lugar, modo y tiempo relatadas en la requisitoria de citación a juicio.

Así, del mismo modo que en «**De La Guarda**» no fueron decisivas para apreciar un hecho diverso al contenido en la acusación las variaciones verificadas en el modo de realización de la acción, así como en el lugar donde se encontraban los imputados y en la específica forma de causación del resultado, con más razón, tampoco lo es en las presentes actuaciones el hecho de que las amenazas y las lesiones hayan transcurrido con una diferencia de un día.

Ello en tanto, la víctima –N. G.– y el autor –J. V.– no variaron, del mismo modo que tampoco lo hicieron el contexto de violencia de género, la dimensión espacial o la gravedad y particularidades de la ejecución del hecho. Sobre la prueba de dichos extremos me remito al voto de mi colega preopinante.

En conclusión, con base en las consideraciones precedentes, entiendo que el recurso debe ser rechazado y la sentencia puesta en tela de juicio debe ser convalidada en su totalidad. ASÍ VOTO.

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

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

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

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

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

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 27/51 por la defensa de J. D. V. B. y convalidar en su totalidad la sentencia de fs. 24/25.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva federal formulada.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

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

19- VEGA. 04-06-20.

| | | | | | | | | | | | | | | |
|----|----------------|-----|------|-----------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|-------------|---|-----|
| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
| VG | Asc. Abuelo | NNA | | PCE IA | - | EGT | A | - | CR | - | - | - | - | 474 |

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200604_FcVHD.pdf

Lex: Art. 119, 1°, 5°, 2°, 3°, 4° párrafo inc. b, 42, 55 del CP. Ley 26485. Ley 26061.

Vox: VG. NNA. A.S.I.. Abuso sexual simple agravado. Vínculo. Acceso carnal. Tentativa. Gravemente ultrajante. Concurso real. Calificación legal.

Summa:

El TPC condenó al nombrado a la pena de **diez años de prisión con más la inhabilitación absoluta** por igual término, como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual simple agravado por el vínculo, abuso sexual con acceso carnal agravado por el vínculo en grado de tentativa, abuso sexual gravemente ultrajante agravado por el vínculo y abuso sexual con acceso carnal agravado por el vínculo reiterado (dos hechos), todos en concurso real. SA es abuelo de la menor víctima.

La **defensa** interpone recurso de casación.

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

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 703 (09-08-19), pronunciada por el TPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Voto Dr. Valerio.

- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>
- Brancello. 05-03-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200305_FcBUD.pdf
- Teves Lucero
- Italiani

Voto Dr. Palermo.

- Di Cesare Morales. 26-06-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=156>
- Mejía Salvador. 10-09-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=197>
- Narváez Videla. 23-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191223_FcNVJ.pdf

Voto Dr. Adaro

- Concha, Jesús. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Rivero Gutiérrez. 19-02-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200219_FcRGR.pdf
- González Pringles.

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

Fallo.

CUIJ: 13-04858364-9/1((018602-13888)) FC/ V. H. D. P/ ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE (13888) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104941227*

En Mendoza, a los cuatro días del mes de junio del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04858364-9/1 caratulada “FC/ V., H. D. P/ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE...S/CASACIÓN”.

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

A fs. 479/489, los defensores del acusado H. D. V. interponen recurso extraordinario de casación contra la sentencia N° 703 de fecha 9 de agosto de 2019 (fs. 467 y vta.) y sus fundamentos (fs. 468/476), mediante la cual se condenó al nombrado a la pena de diez años de prisión con más la inhabilitación absoluta por igual término, como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual simple agravado por el vínculo, abuso sexual con acceso carnal agravado por el vínculo en grado de tentativa, abuso sexual gravemente ultrajante agravado por el vínculo y abuso sexual con acceso carnal agravado por el vínculo reiterado (dos hechos), todos en concurso real (art. 119 párr. 1 en función del párr. 4 inc. b) y del párr. 5, art. 119 párr. 3 en función del párr. 4 inc. b) y art. 42, art. 119 párr. 2 en función del párr. 4 inc. b), art. 119 párr. 3 en función del párr. 4 inc. b), art. 55, art. 12 y art. 29 inc. 3, todos del CP).

El pronunciamiento fue dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial en el marco de los autos n° P-13.888/18.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas y honorarios.

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

1.- La resolución recurrida

El tribunal impugnado, actuando en forma unipersonal, resolvió del modo precedentemente señalado, al entender que la totalidad de las pruebas incorporadas a la causa le permitieron tener por acreditado que los hechos ocurrieron tal como fueron referidos en la acusación fiscal, esto es, que «[e]n fecha y hora no precisadas pero días antes del 14 de noviembre de 2.017, en circunstancias en que la menor B.E.B., de entonces 14 años de edad, se encontraba en el domicilio de su abuelo materno H.D.V., sito en Barrio S..., de, este último sujetó fuertemente a su nieta, la empujó contra la pared y comenzó a tocarle sus partes íntimas (los pechos y la vagina) por arriba y por debajo de la ropa metiendo sus manos por entre las prendas de la menor».

«Asimismo en fecha no determinada pero con posterioridad a aquella primera oportunidad y durante el transcurso del mismo año 2.017, en circunstancias en las que H.D.V. se había quedado a solas con su nieta B.B. [por la víctima] en el domicilio de ésta, sito en la manzana ..., casa ... del Barrio ... de, en el pasillo que conduce a las habitaciones de la casa, el justiciable le realizó a la joven actos de tocamiento en sus pechos y después en la vagina, como así también se colocó frente a la menor, le bajó el pantalón y la ropa interior, y luego de bajarse también él mismo sus pantalones, comenzó a frotar su miembro en la zona vulvar de su nieta, intentando introducirle el pene en la vagina aunque sin conseguir hacerlo dada la

reacción de aquella que logró empujarlo con las manos, circunstancias en las que V. [por el imputado] también le pidió a su nieta que le toque el pene, a lo que ésta se negó».

«Posteriormente, en una tercera oportunidad ocurrida un día lunes, también a fines del mismo año 2.017, en horas del mediodía y en circunstancias en las que H. D. V. se había quedado a solas con su nieta B. [por la víctima] en su domicilio sito en el Barrio, ... , casa . De, el mismo sorprendió a la menor entrando en la habitación de la tía, la empujó tirándola sobre la cama, le levantó la remera, le succionó los pechos y le tocó la vagina por arriba de la ropa, sujetándola fuertemente cuando la joven intentó soltarse y diciéndole que se callara cuando intentó gritar».

«Seguidamente, en fecha no precisada pero a finales del mes de diciembre de 2.017, días antes de las fiestas, en el mismo domicilio del Barrio Solidaridad, manzana E, casa 7, de Godoy Cruz, H.D.V., sorprendió a su nieta B.B. [por la víctima] en la cocina, la sujetó por atrás, y metiéndole la mano por adentro del pantalón, le introdujo los dedos en la vagina. Seguidamente volteó a la niña y cuando ésta intentó gritar pidiéndole que la suelte, su abuelo le tapó la boca, le levantó la remera y le lamió los pechos».

«Finalmente, el día 15 de febrero de 2.018 a las 19.50 horas aproximadamente, en el domicilio del encartado sito en el mencionado Barrio, manzana ..., casa .,, el mismo volvió a sorprender a su nieta en la cocina, la sujetó por detrás y le realizó tocamientos en sus partes íntimas (pechos y vagina) como también metió su mano por dentro de la calza que vestía su nieta y le introdujo sus dedos causándole dolor, a la vez que le levantó [la] remera y comenzó a lamerle los pechos, momento en el que el tío de la joven B. [por la víctima] llegó a la vivienda, sorprendiendo al incuso en su accionar en contra de la menor.

En esa oportunidad, al igual que en otras anteriores, H.D.V. amenazó a su nieta, advirtiéndole que si contaba algo de lo sucedido, le haría lo mismo a sus hermanas» (ver fundamentos, fs. 470 y vta.). Para llegar a esta conclusión, el tribunal de sentencia valoró especialmente la declaración testimonial efectuada por la víctima en Cámara Gesell durante la etapa de investigación penal preparatoria (fs. 148), conjuntamente con la interpretación de ella efectuada por el Dr. Agasso y la Lic. Fusari –integrantes del Equipo de Abordaje de Abuso Sexual (EDEAAS) del Ministerio Público Fiscal de Mendoza– quienes, además de participar de la recepción de su declaración, también lo hicieron de la entrevista preliminar realizada (fs. 72) y de la evaluación psicológica/psiquiátrica practicada (fs. 338 y vta.).

De este modo, el a quo estimó que el testimonio de la víctima gozaba de un altísimo grado de credibilidad al presentar coherencia, lógica y persistencia en la incriminación.

Además, respaldó su decisión en los restantes elementos de prueba incorporados a la causa, entre ellos: el acta de denuncia de fs. 01/03, acta de procedimiento y acta de inspección ocular de fs. 09/10 respectivamente, el examen psíquico practicado por integrantes del Cuerpo Médico Forense al imputado de fs. 166 y vta., las declaraciones testimoniales de la progenitora de la víctima, como también de los testigos M... R. V. y T. V..

2.- Recurso de casación

La defensa del enjuiciado promueve su impugnación extraordinaria contra la sentencia arriba individualizada conforme a los incisos 1 y 2 del art. 474 del CPP., esto es, por considerar que existen vicios **in iudicando e in procedendo** en el razonamiento desplegado que la descalifican como acto jurisdiccional válido.

Entre los vicios formales, los recurrentes señalan que la prueba incorporada en autos no permite corroborar, con el grado de certeza requerido para el dictado de una sentencia condenatoria, ninguno de los hechos enrostrados a su asistido.

En ese sentido, aducen que la valoración de la prueba realizada por el sentenciante para acreditar aquellos extremos por los que entendió que el testimonio de la víctima era creíble, ha sido arbitraria, porque no existen elementos de prueba que corroboren periféricamente sus dichos.

Refieren que durante la investigación penal preparatoria no se realizaron en el cuerpo de la niña los exámenes médicos de rigor por personal especializado del Cuerpo Médico Forense, siendo que esta prueba resulta fundamental para este tipo de delitos; déficit que cercenó el derecho de defensa.

Cuestionan el valor asignado al testimonio de la progenitora de la víctima porque sólo de una repetición mecánica de los dichos de su hija que no aportan elementos de convicción a la tesis acusatoria.

Entienden que la investigación jamás apuntó a la búsqueda de la verdad, sino que se produjo una inversión de la carga probatoria, al transferírsele al acusado el deber de aportar elementos de prueba que permitan rebatir la declaración de la menor.

Se quejan al expresar que la situación de clandestinidad donde suelen llevarse a cabo los hechos como los que se le atribuyen al imputado no puede determinar, como ocurrió en autos, una flexibilización desmedida e irrazonablemente los estándares probatorios, porque ello determina un estado de indefensión para el imputado frente a la versión de la supuesta víctima, dado que su inocencia, libertad e incluso la vida de ese ser humano queda supeditada a la capacidad de mentir que tenga la denunciante, lo que vulnera garantías constitucionales.

Expresan que resulta arbitrario descartar la existencia de un interés de la menor víctima de perjudicar a su abuelo dado que no se adoptó ninguna medida investigativa para probar o eliminar cualquier tipo de duda sobre la existencia de esa animosidad y, además, porque la hija del imputado –la testigo M.R.V– brindó una plausible explicación que acredita ese extremo. Indican que el relato de la supuesta víctima presentó contradicciones que no fueron debidamente valoradas por el sentenciante, específicamente en cuanto a la supuesta intervención que tuvo su tío en los hechos, quien negó haber realizado aquellos comportamientos que le atribuye la niña y su madre, esto es, haber presenciado uno de los acontecimientos.

Agregan que tampoco su testimonio cuenta con corroboraciones periféricas objetivas que lo avalen. Así, a la carencia de exámenes físicos que acrediten lesiones en el cuerpo de la víctima provocadas por el supuesto acceso carnal, le adicionan los exámenes psicológicos de la niña descartan verosimilitud en el relato, además de no revelar la presencia de signos fóbicos de la menor contra el acusado.

Lo que se completa con que las pericias psicológicas practicadas al acusado también descartaron dificultades en el área psicosexual.

Por último, niegan que el relato de la víctima haya sido persistente porque sólo realizó una sola declaración en Cámara Gesell, siendo ésta una circunstancia que impide confrontarla y compararla con otra manifestación. En base a todo ello, concluyen que la sentencia no otorga argumentos válidos para explicar la credibilidad otorgada a su testimonio, ni tampoco que el imputado –y sus familiares– mienten. Por lo que impetran la nulidad del fallo cuestionado y la absolución de su defendido a tenor de lo previsto en el **art. 2 del CPP**.

Desde la órbita de lo que suponen los vicios sustantivos, los impugnantes atacan en encuadre normativo de los hechos efectuado por el tribunal a quo porque, según entienden, ni siquiera adoptando la tesis acusatoria resulta posible sostener la calificación legal dada.

En primer lugar, consideran el yerro del sentenciante se debe a que encuadró el hecho número tres dentro del delito de abuso sexual gravemente ultrajante, siendo que no se probó, ni se identificó, el grave ultraje provocado a la víctima. Además, que se lo califica de modo diferencial respecto de los hechos número

uno y dos, cuando no existen diferencias sustanciales que habiliten un encuadre diverso, sin –incluso– precisar las razones que motivaron esa decisión.

En segundo lugar, califican de absurdo subsumir el hecho número cuatro como configurativo de una tentativa por la acción defensiva de la víctima porque la sentencia no demuestra ni explica de qué manera la falta de consumación del acceso carnal se produjo por la acción defensiva de la víctima. En esa línea, refieren que en los relatos anteriores y posteriores de la menor, ésta mencionó que el acusado logró someterla sin mayores esfuerzos.

Por lo tanto, estos comportamientos deben ser subsumidos dentro de la figura del **desistimiento voluntario, a los términos del art. 43 del CP.**

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General, tras evaluar la procedencia formal del recurso incoado por la defensa del acusado, advierte que debe ser rechazado sustancialmente.

En cuando a los agravios formales alegados por los recurrentes, destaca que el sentenciante entendió que la principal prueba de cargo era el testimonio de la menor víctima.

Para lo cual, se valió de una adecuada valoración del material probatorio producido e incorporado en autos, brindando adecuados motivos para fundar esa decisión, los que quedaron plasmados en la sentencia en crisis.

Expresa que el juzgador apreció las condiciones subjetivas de la menor. Entre ellas, valoró la falta de evidencia probatoria que revelara cierto ánimo de venganza o, bien, que su proceder estuviera motivado en sentimientos de odio o resentimiento para con el acusado.

Agrega que, también, aquél destacó el modo en que se produjo la revelación de los hechos, ya que éstos no fueron puestos en conocimiento de la denunciante directamente por la víctima, sino que fue un tío de la menor quien lo hizo, con posterioridad de haber presenciado uno de los hechos juzgados; circunstancia que –además– son corroboradas con el acta de denuncia y de procedimiento. Refiere que el valor convictivo asignado se refuerza con el informe del examen psicológico realizado a la víctima.

Destaca que allí se dejó constancia sobre el grado de coherencia, logicidad y verosimilitud del relato, la falta de indicadores de influencia externa adulta y, además, la presencia de indicadores de abuso sexual intrafamiliar.

Sostiene que acierta el sentenciante cuando apreció la persistencia en la incriminación hacia el acusado, dado que, a lo relatado por la niña en Cámara Gesell se suma la exposición previa que hizo ante los profesionales del EDeAAS y, además, cuando le contó a su madre lo sucedido luego de que ésta se anoticiara del suceso por su cuñado.

A ello se suma lo manifestado por la declaración de la psicóloga que entrevistó al acusado, quien indicó en el debate que presentaba una forma de funcionamiento general, con rasgos que permiten la comisión de estos delitos.

Concluye, sobre este tramo de la impugnación, que la sentencia no luce arbitraria y que los vicios alegados por los recurrentes sólo reflejan su discrepancia, en legítimo ejercicio de su cargo, respecto de la interpretación dada por el tribunal a quo al plexo probatorio incorporado a la causa.

Con relación a los vicios sustanciales señalados por los defensores, descarta cualquier yerro en la calificación jurídica dada a los hechos en la sentencia, habida cuenta que los dichos de la menor resultaron creíbles y claros en cuanto a la modalidad de ejecución.

Por un lado, señala que quedó demostrado el grave ultraje que significó unos de los hechos, cuya descripción por la víctima denota que se trata de hechos distintos a aquellos que constituyeron simples tocamientos de contenido sexual.

Por otro lado, comparte que quedó acreditado que la niña empujó al acusado y que, por esa acción defensiva, la penetración vaginal no se consumó; con lo que no cabe la posibilidad de hablar de un desistimiento voluntario.

En definitiva, entiende que debe rechazarse el recurso de casación intentado y, en consecuencia, confirmarse en su totalidad la sentencia impugnada.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Analizado el recurso casatorio promovido por los defensores del imputado y el acto sentencial impugnado, entiendo que aquel no puede ser acogido favorablemente por cuanto – en mi opinión– la sentencia no adolece de ninguno de los vicios denunciados por los recurrentes. Paso a explicarlo.

a. Vicios in procedendo.

Consideraciones en orden a la valoración de la prueba

En el primer tramo de su impugnación, la defensa sostiene que el tribunal de juicio valoró de manera inadecuada el plexo probatorio que acompañó la causa bajo juzgamiento, en una labor axiológica que resulta alejada de los postulados que integran el sistema de la sana crítica racional; vicio que determinaría –según la tesis defensiva– el carácter arbitrario del fallo en crisis y, por tanto, su descalificación como acto jurisdiccional válido.

Sin embargo, verificadas –con base en la compulsas de las constancias de la causa– las premisas que subyacen a la conclusión de culpabilidad del a quo, adelanto que este tramo de los agravios defensivos no pueden prosperar.

En efecto, en la sentencia no sólo se advierte un minucioso análisis de la hipótesis acusatoria, la cual entiende debidamente comprobada, sino también, un estudio pormenorizado de la hipótesis defensiva, la cual es refutada con numerosos – y convincentes– argumentos.

a.1. De manera preliminar, corresponde destacar que nos encontramos dentro de un ámbito de comportamientos delictivos con particularidades fácticas que necesariamente repercuten en el modo en que ellos deben ser probados en el marco de un proceso judicial penal.

Sobre estos aspectos he tenido ya la oportunidad de pronunciarme en forma previa a la presente en las que abordé, de modo más amplio, aspectos vinculados a la perspectiva que debe asumir en la valoración probatoria de aquellos casos que presentan matices similares al sub iudice; a los que remito, en lo pertinente, en honor a la brevedad (ver al respecto **«Teves Lucero», «Italiani», «Cruz Caporiccio»; y más recientemente, «Ojeda Pérez»; «Vázquez Tumbarello»; y «Brancello»**, entre otros).

No obstante ello, estimo oportuno reiterar, como bien lo apunta el tribunal de instancia anterior en los fundamentos que acompañan el fallo impugnado (ver fundamentos, fs. 470 vta. /471), que el objeto del presente proceso se trata de conductas que, la mayor de las veces, suceden en ámbitos de absoluta intimidad, al margen del conocimiento o intervención de terceras personas, por lo que es poco usual contar con otros testigos directos del hecho además de la víctima. Por tal motivo, el testimonio de ésta adquiere un valor fundamental como prueba en el proceso.

En el presente caso, y en lo que a la ponderación de los diversos elementos prueba se trata, es necesario destacar que no sólo nos encontramos frente a una víctima mujer, sino que, además, es menor de edad.

Ello genera que se encuentre doblemente protegida por el Estado por pertenecer al colectivo de personas que cuentan con esta doble protección especial.

Así, tratándose de una víctima menor de edad, estimo que constituye una regla de la experiencia común que el relato de un niño o niña no puede ser objeto de un control de logicidad con la misma estrictez que el de un mayor de edad.

Lo dicho se encuentra en plena sintonía con las directrices instituidas en documentos internacionales dictados en el marco de la ONU en materia de prevención del delito y justicia penal, que consagran –entre otras cuestiones– la fiabilidad de la declaración del niño en los procesos judiciales, destacando su derecho a ser tratado como testigo capaz y a que su testimonio se presuma válido y creíble, salvo que se demuestre lo contrario y siempre que por su edad y madurez pueda declarar en forma inteligible y creíble (**conf. Directrices sobre la justicia para los niños víctimas y testigos de delitos, Consejo Económico y Social, Res. 2004/27 del 21/7/04**, ap. II. B.18; Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos, Consejo Económico y Social, Res. 2005/20 del 22/7/05, ap. VI.18; Ley modelo sobre la justicia en asuntos concernientes a menores víctimas y testigos de delitos, de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito –UNODC–, en colaboración con el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia – UNICEF– y la Oficina Internacional de los Derechos del Niño, año 2009, art. 20). Lo apuntado precedentemente resulta consecuencia necesaria del principio del interés superior del niño y su derecho a ser oído, ambos amparados por la Convención de los Derechos del Niño, instrumento que aquellos documentos mencionados anteriormente toman como base.

A lo señalado debe agregarse que cuando estamos frente a comportamientos de violencia sexual contra niñas, niños o adolescentes por parte de quienes tienen respecto de ellos una cierta vinculación o ascendencia vincular, también esa circunstancia debe ser considerada en el abordaje jurisdiccional de valoración de la prueba.

Ello en tanto, a lo traumático de lo experimentado, debe sumarse que la víctima no siempre se encuentra en las mejores condiciones de expresar lo que sufre, justamente por esa dependencia emocional que genera el hecho de que la persona responsable integra su «grupo de confianza».

Por otra parte, revistiendo la víctima la condición de mujer, se impone el deber jurídico de juzgar con perspectiva de género. Lo dicho resulta derivación de las obligaciones asumidas por nuestro Estado al suscribir la Convención Interamericana para prevenir sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (más conocida como la "**Convención de Belém Do Pará**" y aprobada por Ley 24632).

Dicho instrumento supranacional fija el estándar de la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer (art. 7 inciso "b"), directrices que se plasmaron a su vez en la Ley 26.485 ("Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales"), que fija entre sus objetivos el promover y garantizar el derecho a la mujer a vivir una vida sin violencia (art. 2), y específicamente a preservar su "integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial" (art. 3 inc. c).

De tal manera, «[...] ese texto normativo vino a imponer un verdadero "deber jurídico" para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas. Sus destinatarios directos son aquellos sujetos que integran los órganos decisores en el marco de los procesos judiciales penales, ya sea por el lado de quienes resultan facultados para disponer sobre el curso de investigación, como también, respecto de quienes son los encargados de su juzgamiento».

Ese deber jurídico no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley. Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que «[l]os organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativos, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional [...] los siguientes derechos y garantías: i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son sus naturales testigos [...]» (art. 16). Por ello, «[...] uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo.

A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables» (ver «**Ojeda Pérez**»). Además, tal como destacó en el **precedente «Vázquez Tumbarello»**, la relevancia de la ley 27.499, denominada «Ley Micaela», en tanto dispuso la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra la mujer para todas las personas que desempeñen la función pública, en cumplimiento del objetivo señalado.

En coincidencia con aquella normativa la Acordada n° 29.318 de esta Suprema Corte de Justicia, y su anexo «Programa de capacitación permanente para la incorporación de la perspectiva de género en el marco de la Suprema Corte de Justicia».

Así, con fundamento en el principio de igualdad y la consecuente prohibición de discriminación, se dispusieron una serie de acciones concretas para asegurar la «igualdad real» de las mujeres en sus relaciones interpersonales.

En conclusión, entiendo que la trascendencia de la **ley 26.485** radica no en conformar un estatus jurídico distinto aplicable a la mujer, sino que mediante la capacitación dirigida a los funcionarios públicos y, en lo que aquí interesa, a funcionarios y magistrados del poder judicial, se otorgue una perspectiva para valorar los elementos probatorios bajo el prisma de la igualdad consagrada en la normativa nacional.

Ella debe estar despojada de estereotipos y prácticas relacionadas con la cultura jurídica patriarcal-inquisitiva, plasmada en usos y costumbres que importaron, e importan, prácticas que impiden poner en contexto los medios convictivos al momento de su ponderación.

Conforme lo expuesto, puede señalarse que en casos como el analizado, tal como lo ha realizado el magistrado de la instancia anterior, al momento de valorarse la prueba obrante en el proceso, es necesario considerar las normas dirigidas a la protección de la mujer, así como de niños, niñas y adolescentes previstas, de acuerdo a las particulares dificultades probatorias que generan los delitos sexuales. Ello, sin dejar de considerar el valor de la garantía de la defensa en juicio de toda persona sometida a proceso, de tal manera que la solución que se adopte no penetre por debajo del valladar constitucional que implica el principio de inocencia.

a.2. En el marco fijado precedentemente, y del modo en que lo adelantara, estimo que la valoración efectuada por la sentenciante no evidencia la arbitrariedad requerida para ser revertida en esta Sala, conforme las razones que paso a enunciar.

Teniendo en cuenta el carácter de los delitos de que aquí se trata (contra la integridad sexual de menores de edad integrantes del grupo familiar del presunto autor), el magistrado interviniente advirtió que el testimonio de la víctima prestado en Cámara Gesell resultó ser la principal prueba de cargo.

Así, como ya lo dije, le reconoció un altísimo valor probatorio dado, entre otros aspectos, por la consistencia y congruencia interna del relato.

Al mismo tiempo que puso en relación a este último con el resto del plexo probatorio producido y debidamente incorporado al debate, destacando la coherencia de lo declarado por la menor, entre otros, con la declaración de su progenitora, y con los diversos informes psicológicos/psiquiátricos agregados a la causa, cuyas conclusiones fueron luego ratificados en el debate por los profesionales intervinientes.

En base a ello –acertadamente, a mi juicio– el magistrado de la instancia anterior concluyó en que los dichos de la víctima B.E.B., vertidos en Cámara Gesell, reúnen las características necesarias que permiten otorgarles plena credibilidad a efectos de dar fundamento al dictado de una sentencia condenatoria (ver fundamentos, fs. 471 vta.).

Fue desde allí que edificó la imputación la que, además, encontró suficiente respaldo en los demás datos de carácter indirecto provenientes de los restantes elementos de prueba incorporados, tanto subjetivos como objetivos, con los que pudo corroborar periféricamente sus palabras.

Para arribar a esa conclusión, que aquí se comparte por la prolijidad y contundencia del razonamiento, analizó las siguientes premisas: (a) las condiciones subjetivas de la víctima; (b) la logicidad y coherencia del relato; y, (c) la concurrencia de corroboraciones periféricas objetivas.

En primer término, en cuanto tiene que ver con de la actitud subjetiva que la víctima mantuvo con respecto al acusado, descartó la presencia de elementos probatorios que permitan inferir que obró bajo los efectos de una cierta animosidad en contra el imputado.

Concretamente, el juzgador sostuvo que no observó que existan indicios para sospechar acerca de «un móvil de venganza, odio o resentimiento».

En ese segmento de análisis, también consideró que el modo en que se produjo la develación de los hechos, también debía ser considerado para descartar en ella alguna intención de perjudicar al imputado. Valoró que resultó demostrado que el hecho no fue puesto en conocimiento de su mamá por ella, sino por su tío –D.D.T.– el que, luego de presenciar una de las agresiones sexuales, puntualmente la ocurrida el quince de febrero de dos mil dieciocho, decidió concurrir al domicilio de la denunciante y advertirle lo que había observado.

Circunstancias sobre las cuales, además, destacó su respaldo en las constancias de la causa, particularmente en las actas de denuncia y de procedimiento rolan agregadas a fs. 1/3 y 9/10 respectivamente.

En segundo término, el sentenciante descartó que la declaración de la menor presentare indicadores de «fabulación, ganancialidad o influencia externa adulta».

Por el contrario, juzgó –acertadamente– que el contenido de su testimonio se presentó como coherente y lógico, constatando una persistencia en la incriminación.

Detalló que la víctima declaró en iguales términos en diversas oportunidades, a saber: primero, cuando le contó lo sucedido a su progenitora inmediatamente de ocurrido el último de los hechos, esto es, aquel que fue presenciado por su tío con las cualidades de coherencia y logicidad; y, luego, en las tres oportunidades en que lo hizo ya en presencia de los profesionales de EDeAS.

Este análisis se refuerza al confrontar el relato en Cámara Gesell con lo acontecido inmediatamente de ocurrido el hecho que desencadenó el inicio de la causa, en tanto coincide con lo denunciado por la progenitora de la víctima, y con lo que ésta expresó en debate (ver fundamentos, fs. 472 vta. /473). En tercer término, el juzgador apoya el alto valor convictivo reconocido al testimonio de la víctima a través de la concurrencia de corroboraciones periféricas.

Así, analiza las declaraciones de los testigos ofrecidos por las partes, y concluye en que todos otorgan credibilidad a su relato de los acontecimientos aquí ventilados. Tanto es así que el a quo afirmó que –

incluso— los testigos ofrecidos por la defensa, al ratificar algunas circunstancias fácticas que rodearon al hecho, y que no fueron controvertidas por aquella parte, confirman la autenticidad del relato (ver fundamentos, fs. 473).

Este análisis integral del plexo probatorio refuerza el testimonio de B.E.B. en el sentido que éste se articula armónicamente con el resultado de la evaluación psicológica/psiquiátrica realizada a la menor por los profesionales integrantes del Equipo de Abordaje de Abuso Sexual (EDeAS) —Dr. Agasso y la Lic. Marisa Fusari— (ver informe de fs. 338). Cuadro que también se completa con el informe del Cuerpo Médico Forense por el que se da cuenta de los resultados del examen psíquico practicado al imputado —Dr. Profili y la Lic. Mathus— (ver informe de fs. 166).

Los elementos señalados permitieron al sentenciante constatar, por un lado, la existencia de indicadores de abuso sexual infantil en la víctima; y, por otro lado, la presencia de indicadores de personalidad compatibles con los de un abusador sexual. En efecto, el sentenciante ponderó los dichos del Dr. Agasso quien, junto a la Lic. Fusari, fueron quienes, como examinadores expertos en la temática, estuvieron a cargo de realizar la entrevista preliminar tendiente a determinar si la víctima se encontraba en condiciones de declarar (ver informe de fs.72), además de intervenir en la recepción de su testimonio en Cámara Gesell (fs. 148) y, por último, de efectuar el examen psíquico posterior (ver informe de fs. 338).

La sentencia repara en que cuando aquel profesional declaró durante el juicio oral, allí no sólo ratificó el contenido de los informes mencionados precedentemente, sino que, entre otros aspectos, puntualizó en que el principal indicador de la existencia de abuso sexual infantil constatado fue el relato víctima, al que calificó como confiable.

Además, agregó que la menor presentaba un cuadro emocional acorde a los hechos narrados, con sentimientos y secuelas compatibles con los casos de abusos intrafamiliares (fs. 472 vta.).

Del mismo modo, el magistrado interviniente ponderó el testimonio prestado en debate por la Lic. Mathus del CMF en cuanto declaró que, de acuerdo al examen psíquico practicado al imputado (fs. 166), éste presentaba rasgos de personalidad que permitían la comisión de delitos sexuales.

Asimismo, señaló que exhibía una forma de funcionamiento general y, además, que actuaba de forma impulsiva, procurando satisfacer sus necesidades por sobre la de los demás, sin importar si el medio lo permite o no.

Con lo hasta aquí señalado, estimo que le asiste plena razón al sentenciante cuando, en base a los elementos de prueba enunciados precedentemente, luego de analizarlos en su conjunto, y de sopesar el valor de cada uno con los demás, concluyó en que la versión de los hechos aportada por la víctima — principal prueba de cargo— era la portadora de la verdad de lo acontecido.

Ello en virtud de apreciar que, demostrada su coherencia interna, además de su relación con otros elementos de corroboración externa, se conforma un cuadro cargoso que apunta hacia la existencia de los hechos objeto del proceso y la responsabilidad penal del imputado en los mismos.

a.3. Frente a lo analizado, el recurso no representa una crítica razonada de la sentencia, sino una discrepancia del defensores con el criterio valorativo del sentenciante, que no brinda adecuados motivos que conduzcan a su revocación, lo que impide que prospere según se ha dicho reiteradamente (L.S. 400-240, 407-155, entre otros).

Estimo que de ningún modo esta conclusión puede ser reputada como arbitraria, tal como lo hacen los recurrentes.

Así, los agravios por los que la defensa postula que la sentencia no constituye una derivación razonada de los elementos de prueba y, de esa manera, viola los principios de la sana crítica racional, no puede

prosperar puesto que, lejos de dar mayores precisiones respecto del modo en que el Tribunal a quo ha incurrido en vicios de contradicción, insuficiencia o arbitrariedad en la motivación de su solución, simplemente los evoca.

Al respecto, advierto una reedición de los mismos planteos que formulara los recurrentes durante la etapa del debate, los que cuentan con un adecuado abordaje –y rechazo– en la sentencia mediante argumentos que no logran ser refutados de modo suficiente por el casacionista.

Esta discrepancia se evidencia, por un lado, cuando los impugnantes, al prescindir de las constancias de autos y de lo actuado en el debate, alegan genéricamente que no se logró comprobar ninguno de los hechos comprobados, desconociendo la credibilidad del testimonio de la víctima.

Asimismo, cuando señala que la modalidad –clandestinidad– en que suelen cometerse esta clase de delitos provoca un estado de indefensión al acusado, el que se incrementa cuando la víctima es menor de edad. Al respecto, sólo cabe con mencionar que esas afirmaciones de los defensores resultan totalmente alejadas del mecanismo de valoración probatoria que resulta propio al contexto de este género de comportamientos delictivos.

Ello por cuanto, como se apuntó de manera precedente, si bien el testimonio de quien resulta víctima constituye un elemento fundamental a valorar, ello no trasunta de ningún modo en una afectación de garantías constitucionales en general, ni mucho menos del derecho de defensa y del principio de inocencia.

Lo que sucede, y así debe racionalmente interpretarse, es que la mayoría de las veces sólo se cuenta con su versión de los hechos, la que debe ser analizada profunda y rigurosamente por el magistrado interviniente, a fin de determinar el grado de verosimilitud de lo contado. Precisamente esa ha sido la actitud asumida por el tribunal a quo, en una labor sin fisuras.

Por otro lado, advierto que el mismo déficit se observa cuando los recurrentes cuestionan –centralmente– el peso convictivo asignado en la sentencia al testimonio de la víctima pues, como resulta de los fundamentos que acompañan al fallo en crisis, esa tarea valorativa dista de ser arbitraria.

Tanto su coherencia interna del relato, como en su relación con otros múltiples elementos de corroboración externa, se presentan como indicios que apuntan indudablemente hacia la existencia de los hechos narrados y descritos por la niña, como también, hacia la responsabilidad penal del imputado en los mismos.

En cuanto al peso que le pretenden asignar los defensores a la falta de examen médico a la menor para así –y sólo así– constatar posibles lesiones que demuestren que hubo acceso carnal conforme a lo narrado por aquella, este tópico resultó acertadamente abordado por el sentenciante.

Al respecto, estimo que acierta el juzgador cuando, luego de apreciar que efectivamente resultaba prueba importante para reforzar la credibilidad del relato de la víctima, también valoró que esa omisión no elimina el grado de certeza alcanzado sobre los extremos de la imputación.

Para ello entendió fundadamente que la credibilidad del testimonio de la menor autoriza a tener por acreditada la modalidad –acceso carnal– que asumieron alguna de las agresiones sexuales descritas por la niña en Cámara Gesell.

Argumento que reforzó cuando sostuvo que no se trata –el examen médico– de «prueba tarifada que obligue, al no haberse realizado [...], a sostener la duda sobre la existencia del acceso carnal [...]. Arbitrario sería creer a la víctima sobre parte de lo relatado y no sobre las circunstancias mencionadas, que hacen a la agravante del acceso carnal. Nada indica –como ya se dijo anteriormente– que la menor mintió al respecto y por ello se otorgó plena credibilidad a sus dichos en su totalidad» (fs. 473 in fine).

a.4. En definitiva, de lo expuesto advierto que el Tribunal de Juicio llegó a la certeza necesaria – descartando la existencia de un estado de duda– para adoptar la decisión que aquí se cuestiona, plasmando su análisis en una resolución sin arbitrariedades y motivada de una manera lógica y convincente en cuanto a la acreditación del hecho y la intervención del acusado en el mismo.

b. Vicios in iudicando

En el segundo tramo de la impugnación, la defensa ataca la calificación legal bajo la cual el sentenciante encuadró jurídicamente los hechos comprobados. No obstante, como explicaré a continuación, la sentencia analizada tampoco adolece en este punto de falencias que ameriten su anulación.

De modo preliminar debo mencionar que del análisis integral de la pieza recursiva, así como la observación de la tarea de la defensa en la audiencia de juicio y del repaso en profundidad de los fundamentos esbozados por el tribunal de sentencia, tengo para mí que la pretensión de la parte recurrente implica una reedición parcial de los mismos argumentos con los que controvirtieron la hipótesis acusatoria en la audiencia de debate, sin aportar en esta instancia extraordinaria mayores elementos capaces de demostrar el error alegado en la subsunción legal de los hechos (ver fundamentos, fs. 469 vta.).

Nótese que digo parcial por cuanto en esta instancia extraordinaria agrega que, respecto de los comportamientos referidos rubricados en la sentencia como «segundo hecho», hubo un desistimiento voluntario del acusado, a los términos del art. 43 del CP.

Por un lado, cuestionan la calificación dada a los comportamientos señalados por el a quo como «tercer hecho».

Para ello refieren que no se probó ni identificó en qué consistió el grave ultraje para la víctima y, además, que éstos son idénticos a aquellos rotulados como «primer hecho», a los que se los encuadró como abuso sexual simple.

Por lo tanto, consideran que, aún asumiendo la posición de la acusación, no cabe la posibilidad de subsumir típicamente aquellos comportamientos dentro del delito de abuso sexual gravemente ultrajante.

Sin embargo, esta visión de los hechos –y de la prueba– no encuentra sustento en las constancias obrantes en la causa.

Ello en tanto, en línea con el razonamiento del sentenciante, observo que la descripción que la víctima efectuó de aquellos hechos que luego resultaron calificados por el sentenciante dentro de la figura prevista en el art. 119 párr. 2 del CP, con las notas de verosimilitud anteriormente demostradas, acredita suficientemente que se trató de sucesos cualitativamente distintos de aquellos que constituyeron los simples tocamientos de contenido sexual de los que dan cuenta los sucesos catalogados bajo el título de «primer hecho».

Debo agregar que el juez sentenciante también argumentó satisfactoriamente que las acciones desplegadas dentro de lo que el a quo denominó «tercer hecho», representaban efectivamente una agresión sexual que «por su modalidad de comisión superó el simple abuso [...] puesto que, en este caso, además de los tocamientos, la arrojó sobre la cama, le levantó la remera y le succionó los pechos. Ello mediante la fuerza» (ver fundamentos, fs. 474 vta.).

Estos argumentos resultan válidos y suficientes para compartir, en esta instancia extraordinaria de revisión, la calificación legal resistida en orden al delito de abuso sexual gravemente ultrajante –art. 119 párr. 2 del CP–. Como segundo punto de agravio, los censurantes consideran que en el «segundo hecho» no se configura una tentativa de abuso sexual, sino un desistimiento voluntario. Ello dado en que, la falta

de consumación delictiva no se debió a la acción defensiva de la víctima – mediante un empujón–, sino a la decisión del propio agente.

Este extremo del hecho, en contra de la propuesta de la defensa, fue debidamente abordado por el sentenciante al advertir que «los tocamientos en este caso por parte del abuelo de la víctima fueron seguidos del intento por la fuerza de introducción del pene en la vagina de la menor, lo que no logró por su resistencia, quedando por ello el delito en tentativa» (ver fundamentos, fs. 474 in fine).

En relación con este punto, entiendo que el razonamiento del a quo aborda adecuadamente este aspecto al colocar nuevamente en un lugar central al testimonio de la víctima cuando dijo, en Cámara Gesell, que su abuelo no logró la penetración vaginal con el pene porque ella lo empujó.

Al respecto, cabe destacar que la exención de responsabilidad prevista en el art. 43 del código de fondo no resulta aplicable al caso puesto que, además de resultar demostrada la resistencia material de la víctima como causa directa que impidió el acceso carnal por parte del acusado, no es menos cierto que éste continuó unilateralmente con la agresión sexual.

Ello en cuanto también quedó acreditado que, luego de ser empujado por la menor, el imputado se bajó le pidió a su nieta que le tocara el pene, a lo que también ésta se negó. Todas estas relevantes circunstancias, según lo veo, refuerzan la razonabilidad de la fundamentación de la sentencia en crisis en los aspectos vinculados al encuadre normativo de la plataforma fáctica tenida por históricamente cierta, estrechamente en orden al análisis jurídico efectuado en la sentencia.

c. Conclusión

Por las razones precedentemente expuestas, entiendo que los agravios deducidos no deben prosperar y, en coincidencia con lo expuesto por el señor Procurador General, corresponde contestar negativamente la primera cuestión planteada, confirmándose la sentencia del Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Puesto a resolver el recurso casatorio promovido coincido con la solución a la que llega mi colega preopinante y, en cuanto a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género, me remito a lo oportunamente señalado en «**Di Cesare Morales**», «**Mejía Salvador**» y «**Narváez Videla**» por resultar aplicable en ese aspecto el presente caso. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Comparto los fundamentos por los cuales el voto preopinante considera que corresponde desestimar los agravios esgrimidos por la defensa de H. D. V.. En especial, adhiero a las consideraciones realizadas en torno a la valoración de los elementos de prueba en hechos acontecidos en un contexto de violencia de género, a los que ya me he referido en numerosos pronunciamientos (ver «**Concha, Jesús**», «**González Pringles**», y más recientemente «**Muñoz García**», «**Ojeda Pérez**», «**Rivero Gutiérrez**», entre otros).

En la primera oportunidad señalé en relación a esta forma de manifestación de violencia contra las niñas que «[s]e trata entonces de una doble condición de vulnerabilidad que la atraviesa, por cuanto cada una de dichas condiciones demandan una especial protección por parte de todos los agentes de la organización estatal, a fin de prevenir la violencia de la que históricamente han sido objeto; y de los operadores del derecho, quienes tienen la obligación de ser diligentes en la investigación, imprimiendo

en el análisis de estos casos una lectura desde el enfoque de género, con el objeto de brindar una solución justa en cada caso». En función de lo señalado sostuve que «(a) fin de tener una mayor comprensión de esta problemática, debemos analizar el tema a partir de dos premisas fundamentales: i) la violencia sexual contra niñas y mujeres es una de las manifestaciones más claras de una cultura patriarcal que fomenta el control del cuerpo y la sexualidad de las mujeres; y ii) que los patrones de discriminación estructural que padecen las mujeres proveen el escenario donde se reproduce y fomenta la violencia sexual (cfr. CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; párr. 17)».

En este entendimiento, resulta necesario ponderar que en el caso bajo estudio, debido a las particularidades propias del ataque –como es sabido, suelen ser llevados a cabo frente a víctimas desprotegidas o en la intimidad– el relato de quien ha sido violentada en su libertad sexual, máxime cuando se trata de una niña, debe ser cuidadosamente analizado y ha de atribuírsele un lugar privilegiado en la construcción de la premisa fáctica que integra el razonamiento del juez.

Así las cosas, entiendo que el tribunal sentenciante interpretó en forma satisfactoria los estándares probatorios delineados tanto en el sistema interamericano como en el orden nacional, en tanto para la acreditación de los hechos constitutivos de la agresión sufrida por la víctima, ponderó todos los elementos de juicio incorporados legítimamente al debate bajo los parámetros de valoración que impone la temática en estudio. ASÍ VOTO.

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

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

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

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

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

SENTENCIA:

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

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

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

20- VALDEZ. 08-06-20.

| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
|----|-------------|-----|------|--------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|-------------|---|-----|
| VG | Conv. EG | NNA | | PCE | - | - | A | - | CR | - | - | - | - | 474 |

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200608_FcVFD.pdf

Lex: Art. 119, 2° párrafo en función del 4° párrafo inciso b), f) del CP

Vox: NNA. A.S.I. Abuso sexual. Gravemente ultrajante. Encargado de la guarda. Convivencia. Número indeterminado de hechos

Summa:

El TPC condenó al nombrado a la pena de **ocho años de prisión** como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual gravemente ultrajante, agravado por la condición de guardador y por la situación de convivencia preexistente con una menor de 18 años de edad, en un número indeterminado de hechos (arts. 119 2° párrafo en función del 4° párrafo inciso b), f) Cód. Penal). SA pareja de la madre de la niña de 6 años.

La **defensa** interpone recurso de casación.

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

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1343, pronunciada por el TPC N°1-3° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Voto Dr. Valerio.

- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>
- Brancello. 05-03-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200305_FcBUD.pdf

Voto Dr. Adaro

- Concha, Jesús. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Brancello. 05-03-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200305_FcBUD.pdf

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

Fallo.

CUIJ: 13-04870028-9/1((038601-141110)) FC/ V F D P/ ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE AGRAVADO (141110) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104953691*

En Mendoza, a los ocho día del mes de junio de dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04870028-9/1 caratulada "F. C/ V F D. P/ ABUSO SEXUAL ... S/ CASACIÓN".

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

La defensa del imputado F D. V C. interpone recurso de casación (fs. 237/251) contra la sentencia N° 1343 (fs. 218 y vta.), en tanto condena al nombrado a la pena de ocho años de prisión como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual gravemente ultrajante, agravado por la condición de guardador y por la situación de convivencia preexistente con una menor de 18 años de edad, en un número indeterminado de hechos (arts. 119 2° párrafo en función del 4° párrafo inciso b), f) Cód. Penal) pronunciamiento dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Tercera Circunscripción Judicial.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

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

1.- Resolución recurrida

La sentencia en lo pertinente, establece que sin poder precisar con exactitud la fecha, pero entre el mes de setiembre de 2016 y setiembre de 2017, cuando la víctima S.C.A. tenía entre 6 o 7 años de edad y convivía con el imputado, quien era pareja de su madre, en la vivienda de calle ... s/n de Los ..., ..., en momentos en que quedaba a su cuidado, obligó a la niña a acostarse en la cama con él e hizo que le tocara el pene, luego le bajó los pantalones y con sus manos le tocó la vagina, la cola y frotó el pene por la cola de la niña, manifestándole luego que «no dijera nada porque no se quería separar de su mamá», repitiéndose los hechos en un número indeterminado de veces, en el mismo domicilio.

2.- Recurso de casación

Se queja la defensa porque la sentencia es arbitraria, ya que omitió resolver sobre el cambio de calificación por el delito de abuso sexual simple, lo que pidió en forma subsidiaria a la absolución, incurriendo el tribunal en una denegatoria de justicia.

Expone que no se explica la procedencia o no del cambio de calificación, lo que constituye un vicio denominado de sentencia infra petita, resultando incongruente por defecto.

Además, aduce que se ha valorado la prueba en forma contraria a la sana crítica racional, ya que toda la prueba científica concuerda en cuanto a las formas de contagio del **virus del HPV**, por lo que no pudo existir abuso sexual gravemente ultrajante, debiendo modificarse en consecuencia la pena impuesta.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador opina que el recurso debe ser rechazado, porque la calificación legal fue tratada debidamente por el a quo, explicando por qué descartó que se trate de un abuso sexual simple, valorando asimismo las circunstancias de su realización.

Dictamina que no se autoabastece el agravio referido a las formas de contagio del virus del HPV, por lo que este punto de la queja debe rechazarse formalmente.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso no debe ser acogido.

Ello por cuanto en autos no se verifican los defectos que apunta el quejoso, toda vez que la motivación de la sentencia es suficiente a los fines de su mantenimiento como acto jurisdiccional válido, a tenor de la jurisprudencia de este Cuerpo en el sentido que los posibles defectos de la resolución, para conllevar la extrema solución de su nulidad, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (**L.S.186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177**, entre otros), lo que en autos no ocurre. Así, el abuso de la menor ha sido constatado mediante la ponderación conjunta de la prueba rendida, en particular, su declaración en Cámara Gesell, la denuncia, las pericias practicadas por los peritos oficiales y el perito de parte, quienes expresaron que no detectaron fabulación en sus dichos, y que su relato es coherente, evidenciando en algunos tramos angustia, malestar psico-anímico que se manifiesta en llanto sostenido, requiriendo inclusión en un tratamiento psicológico, sin que el inferior se haya apartado de las reglas de la sana crítica racional y los lineamientos dados por este Cuerpo en múltiples precedentes.

Efectivamente, he sostenido en **«Brancello Urbón»**, en términos aplicables al presente, «...que el sentenciante asumió una perspectiva integral en relación a los criterios de valoración señalados en la Ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollan sus relaciones interpersonales».

«En este sentido, debo señalar que sobre la cuestión tuve ocasión de pronunciarme en diversos precedentes (**“Cruz Caporiccio”, “Merlo Lassa”; “Quiroga Morales”; “Ojeda Pérez”; “Vázquez Tumbarello”**); entre otros).

En especial en **“Ojeda Pérez”** sostuve que «[...] comparto que aquella concepción según la cual la perspectiva o visión de género es una “categoría analítica que toma los estudios que surgen desde las diferentes vertientes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma, cuestionar los estereotipos y elaborar nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad al servicio de la igualdad y la equidad” (UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017).

Destaco la idea de igualdad contenido en la definición en tanto se encuentra no sólo consagrada expresamente en el texto constitucional (art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza), sino, también, en el ámbito de la normativa internacional.

Así, entre otros, la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” - Belem Do Pará -, garantiza que toda mujer tiene “el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley” (art. 4, inc. “f”). «Consideré también en esa ocasión que «[...] en nuestro ordenamiento interno, la ley nacional 26.485 es una norma orientada pura y exclusivamente a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las “mujeres”.

En tal sentido, entre sus objetivos primordiales, el propio texto promueve y garantiza “la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida”, “el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia”, “las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos”, como

también, “la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres”(art 2, inc. a, b, c y e respectivamente)».

Así, «[...] ese texto normativo vino a imponer un verdadero “deber jurídico” para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas. Sus destinatarios directos son aquellos sujetos que integran los órganos decisores en el marco de los procesos judiciales penales, ya sea por el lado de quienes resultan facultados para disponer sobre el curso de investigación, como también, respecto de quienes son los encargados de su juzgamiento».

Ese deber jurídico no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley. Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que «[l]os organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativos, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional [...] los siguientes derechos y garantías: i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son su naturales testigos [...]» (art. 16)».

Ahora bien, «[...] además de ese deber genérico, ya en el terreno que resulta propio a la actuación de los órganos de justicia dentro de los procedimientos jurisdiccionales penales, el texto legal contiene dos normas que consagran lineamientos funcionales para los operadores del sistema de administración de justicia en el abordaje de la problemática de género.

En consonancia con el sistema de protección integral, se consagra el principio de «amplia libertad probatoria» para tener por acreditados “los hechos denunciados, evaluándose las pruebas ofrecidas de acuerdo con el principio de la sana crítica. Se considerarán las presunciones que contribuyan a la demostración de los hechos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes” (art 31)». De tal manera «[...] el texto legal vigente [ley 26.485] no introduce un nuevo método de valoración probatoria para los casos de violencia de género, puesto que siempre la prueba debe valorarse conforme al sistema de la sana crítica racional (art. 206 y 409 del CPP).

A mi modo de ver, la imposición de un método de valoración de la prueba como herramienta obligatoria para el abordaje de esta problemática, se justifica ante la necesidad de evitar que los órganos jurisdiccionales decisores puedan apartarse en la adopción de decisiones, del contexto fáctico que es propio a este género de conductas delictivas».

Así, «[...] el acierto de la ley consistió en establecer, en forma igualitaria, un método de valoración que evite la discriminación que en ocasiones ocurría por prácticas derivadas de la cultura jurídica patriarcal inquisitiva, que se transformaron en consuetudinarias, y que era necesario erradicar. Repárese que es la propia Convención Belem Do Pará donde se fija, como un deber de los Estados el “tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer” (art. 7, inc. “e”)».

«Ello no resulta novedoso para la labor jurisdiccional en razón de que «[...] siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba –objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento.

Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto. Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por

las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas».

Conforme a lo expresado «[...] es el contexto en el que se inserta el hecho delictivo el que viene a determinar el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio. Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres el testimonio de la víctima ostenta un valor fundamental en la comprobación de los extremos de una imputación delictiva, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la responsabilidad penal derivada del mismo».

De tal manera «[...] uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo. A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables».

«De no proceder de esta manera estaríamos recreando la sociedad estamental – con características propias– del Estado premoderno, lo que implicaría una vulneración del principio de igualdad –consagrado en el art. 16 de la CN y 7 de la CM–, el que, a su vez, constituye uno de los pilares de la República Federal. «A lo señalado debe sumarse, tal como destaqué en el **precedente “Vázquez Tumbarello”**, la relevancia de la ley 27.499, **denominada «Ley Micaela»**, en tanto dispuso la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra la mujer para todas las personas que desempeñen la función pública, en cumplimiento del objetivo señalado. En coincidencia con aquella normativa la Acordada n° 29.318 de esta Suprema Corte de Justicia, y su anexo «Programa de capacitación permanente para la incorporación de la perspectiva de género en el marco de la Suprema Corte de Justicia».

Así, con fundamento en el principio de igualdad y la consecuente prohibición de discriminación, se dispusieron una serie de acciones concretas para asegurar la «igualdad real» de las mujeres en sus relaciones interpersonales».

«En conclusión, entiendo que la trascendencia de la ley 26.485 radica no en conformar un estatus jurídico distinto aplicable a la mujer, sino que mediante la capacitación dirigida a los funcionarios públicos y, en lo que aquí interesa, a funcionarios y magistrados del poder judicial, se otorgue una perspectiva para valorar los elementos probatorios bajo el prisma de la igualdad consagrada en la normativa nacional. Ella debe estar despojada de estereotipos y prácticas relacionadas con la cultura jurídica patriarcal-inquisitiva, plasmada en usos y costumbres que importaron, e importan, prácticas que impiden poner en contexto los medios convictivos al momento de su ponderación»

Estas consideraciones, como dije, son plenamente aplicables al caso, por cuanto nos encontramos frente a un claro supuesto de violencia de género, donde la víctima además es menor de edad, y por lo tanto, sujeto de una doble protección normativa, tal como aseveré en «**Morales Quiroga**».

Por su parte, la crítica soslaya las constancias de autos, en especial los fundamentos que en forma oral brindó el a quo, toda vez que el punto que en su recurso esgrime como omitido –cambio de calificación por el delito de abuso sexual simple–, ha sido objeto de expreso tratamiento, subsumiendo correctamente los hechos juzgados, en el delito de abuso sexual gravemente ultrajante.

En efecto, expone el juzgador que no le quedan dudas de que el presente es un abuso sexual gravemente ultrajante, tanto por su duración –aproximadamente un año, lapso en el que el encartado tuvo bajo su dominio a la menor, quien no pudo verbalizar lo ocurrido sino hasta que lo evidenció en un juego, en el que le daba besos en la boca a su pequeña hermana, episodio que dio lugar a que su madre le preguntara

y ella le contara—, como por las circunstancias de su realización: la besaba en el ano, le frotaba el pene sobre sus genitales, le daba besos en la boca.

Asimismo, el sentenciante justifica la razón por la que **no incluyó como agravante el grave daño en la salud** de la víctima como pidió el fiscal, circunstancia prevista en el **inciso a) del art. 119 Cód. Penal**; esto es, porque no se pudo comprobar con certeza la presencia del virus del papiloma humano en el encausado, lo que torna abstracto el agravio que sobre esta base, forja el defensor.

Resta decir que éste le confiere a la circunstancia —no constatada fehacientemente— relativa a que su pupilo no haya sufrido la enfermedad causada por el virus prementado, una dirimencia de la que carece, en orden tanto a la existencia del abuso, como a su calificación como gravemente ultrajante.

Ello por cuanto la inclusión mental hipotética de ese extremo en el contundente cuadro cargoso reunido, no ostenta entidad alguna para modificar la decisión adoptada.

Por lo tanto, y opinión concordante del señor Procurador General, corresponde confirmar la resolución cuestionada, por no adolecer de los vicios endilgados ni de arbitrariedad alguna. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Si bien coincido con la solución a la que arriba el ministro preopinante, dejo constancia que me he expedido en el **expediente «Brancello Urbón», «Galdeano Reyes» y «Concha Jesús»** sobre el tema, en términos que resultan aplicables al presente, a los que en honor a la brevedad, me remito. ASÍ VOTO.

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

Sobre la misma cuestión el DR. MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

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

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

SENTENCIA

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 237/251 por la defensa de F D. V C..
- 2.- Tener presente la reserva formulada.
- 3.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios para su oportunidad.
- 4.- Remitir los obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 08 de junio de 2020.-

21- SANTILLAN. 08-06-20.

| | | | | | | | | | | | | | | |
|-----------|-----------|------------|------|------------|---------|---------|----------|---------|-----------|---------|---------|-------------|---|------------|
| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
| VG | EG | NNA | - | PCE | - | - | A | - | CR | - | - | - | - | 474 |

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200608_FcSRA.pdf

Lex: Art. 119, 2° y 3° párrafo, en función del 4° párrafo inc. b y 55 del CP

Vox: VG. NNA. A.S.I. Abuso sexual. Acceso carnal agravado. Encargado de la guarda. Número indeterminado de hechos. Calificación legal. Normativa vigente.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **nueve años de prisión**, por considerarlo autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con **acceso carnal** agravado por ser el autor encargado de la guarda, en un número indeterminado de hechos en concurso real (arts. 119 3° párrafo, en función del cuarto párrafo inc. b) y 55 del CP). SA, pareja de la madre de la menor víctima.

La **defensa** interpone recurso de casación.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** resolvió admitir parcialmente el recurso de casación interpuesto por la defensa, y, en su consecuencia, casar la resolución impugnada, modificando el resolutivo I de la sentencia, la que dispondrá «Condenando a R. A. S. A., ya filiado, a la pena de **nueve años de prisión**, con costas y accesorias legales, como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual **gravemente ultrajante** agravado por ser el autor encargado de la guarda en un número indeterminado de hechos y abuso sexual con **acceso carnal** agravado por ser el autor encargado de la guarda en un número indeterminado de hechos, todo en concurso real, (arts. 119 segundo y 3° párrafos, en función del cuarto párrafo inc. b) y 55 del CP y arts. 364 y ss. –T.O. Ley 9.040, 418/420, 557/558 del CPP.)

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1205, pronunciada por el TPC N° 1- 3° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Voto Dr. Adaro

- Galdeano Reyes. 31-07-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=242>
- Merlo Lassa. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf

Voto Dr. Valerio.

I- Valoración probatoria en materia de violencia de género. **Perspectiva de género:**

- Morales Quiroga.
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Merlo Lassa. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=243>
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>

b-CIDH

- «Castro Castro vs. Perú». Fondo, 25-05-06.
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf
- Caso Rosendo Cantú vs. México. 31-08-10

https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=339

- Caso «Fernández Ortega y otro vs. México». 30-08-10.

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/fernandez_ortega/esap.pdf

SCJM. Dres.: **Adaro.** Valerio. Palermo. (Licencia).

Fallo.

CUJ: 13-04871376-3/1((038601-37630)) FC/ S. R. A. P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO POR SER EL AUTOR ENCARGADO DE LA GUARDA EN UN NUMERO INDETERMINADO DE HECHOS EN CONCURSO REAL (37630) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104955103*

En Mendoza, a los ocho días del mes de junio del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04871376-3/1 caratulada “F. C/ S., R. A. P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVAVADO P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

La defensa de R. A. S. A. interpone recurso extraordinario de casación contra la sentencia condenatoria n° 1.205 pronunciada por el Tribunal Penal Colegiado n° 1 de la Tercera Circunscripción Judicial en los autos n° P-37.630/18, por cuanto condenó a su representado a la pena de nueve años de prisión, por considerarlo autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por ser el autor encargado de la guarda, en un número indeterminado de hechos en concurso real (arts. 119 3° párrafo, en función del cuarto párrafo inc. b) y 55 del CP).

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

La sentencia puesta en crisis, en lo pertinente para la solución del presente recurso, estableció que «[e]n fecha no precisa, pero desde que la víctima N. B. D. contaba con aproximadamente seis años de edad (año 2007), cuando vivían en calle ..., San Martín, Mendoza, en oportunidad en que su madre se ausentaba a trabajar durante la noche y la niña quedaba bajo el cuidado de la pareja de aquella, R. A. S., con quien convivía, éste la llevaba a su habitación y le profería tocamientos en su cuerpo, en los pechos, la vagina y hacía que ella le tocara el pene, aduciendo que era algo normal que hacían todos los padres, bajo amenaza de que si ella lo contaba, quedarían todos en la calle. Cuando vivían en la calle ..., San Martín, Mendoza, y N. tenía 9 años de edad, aproximadamente en el año 2010, en oportunidad en que su madre se retiraba a trabajar, en horario de la noche, él la llevaba a dormir toda la noche con él, le sacaba la ropa, él se sacaba el pantalón y el calzoncillo y le tomaba la mano a ella haciéndole que le tocara su pene, para luego introducirle los dedos en la vagina de la niña, no obstante la negativa de la misma al quejarse que sentía dolor por ello. Cuando vivían en ... San Martín, Mendoza, y la víctima tenía 14 años de edad, se repetían los tocamientos antes referidos, por debajo de la ropa, tanto en la habitación como en la cocina del precitado domicilio, siempre durante la noche o cuando la progenitora no lo vía. Ya cuando la niña contaba con 16 años de edad, y en el domicilio que actualmente habitan, en el año 2018, en la noche cuando su madre se iba a trabajar, R. S. iba a su habitación y le profería tocamientos, frente a los cuales la menor gritaba, pero él le tapaba la boca y continuaba tocándola, introduciéndole los dedos en la vagina. Los hechos relatados se repitieron sistemáticamente en el tiempo en un número indeterminado de sucesos,

hasta aproximadamente el mes de mayo de 2018 cuando sucedió el último acontecimiento y la menor decidió contar todo lo sucedido».

Para tener por acreditado esos hechos y la autoría del imputado, la jueza de la instancia anterior valoró, principalmente, la declaración prestada por la niña N. B. D. en Cámara Gesell, los testimonios prestados por A. D., M. G. M., la Lic. C. J., así como los demás elementos de juicio incorporados al debate.

2.- Recurso de casación

La defensa de R. A. S. A. formula recurso extraordinario de casación contra la sentencia individualizada, con fundamento en el inc. 2° del art. 474 del CPP, es decir, por considerar que la resolución impugnada adolece de vicios in procedendo.

En cuanto a los vicios de procedimiento, considera que la sentencia es violatoria de la ley, se encuentra viciada de falta de motivación en torno a elementos esenciales que posibilitarían sostener eficazmente la calificación legal de los hechos descriptos.

En primer orden, sostiene la falta de motivación suficiente respecto a la calificación legal del delito de abuso sexual simple y, por ende, de su figura agravada de abuso sexual con acceso carnal, por carecer la sentencia impugnada de toda fundamentación en torno a si en el caso concreto de autos han existido los medios comisivos típicos de tales figuras penales.

Ello por cuanto entiende que los medios comisivos detallados en el primer párrafo del art. 119 del CP deben ser de suficiente gravedad como para vencer una resistencia seria contra un acto sexual determinado.

Destaca en este punto que no se advierte que la supuesta introducción de dedos en la vagina de una menor de dieciséis años de edad, haya acontecido contra su voluntad, en el sentido que haya existido una resistencia seria por parte de la menor.

Concluye que la jueza de sentencia aplicó al caso de marras una ley más gravosa a los derechos de su defendido justificándola a través de un hecho que, tal como surge de los fundamentos de la resolución cuestionada, es atípico.

En segundo orden, el censurante se agravia por entender que la jueza a quo omitió valorar la declaración de la supuesta víctima prestada en Cámara Gesell, quien en forma expresa y contundente siempre hizo referencia a «tocamientos» y que el imputado en ciertas oportunidades le «metía los dedos en la vagina», sin especificar si éste introducía sus dedos dentro de la vagina o era en forma superficial, es decir, sin penetración.

Por último, considera que se ha omitido la contundente declaración de la orientadora social de la Escuela N°..., M. B. G. M., quien efectuó la denuncia ante el develamiento espontáneo de la menor. Señala que al ser interrogada sobre lo que le había manifestado la niña, señaló que «nunca había habido acceso carnal, pero que muchas veces la había tocado hasta hacerla doler».

Por las razones expuestas, solicita se haga lugar al presente recurso con los alcances previstos en los arts. 485 y 486 del CPP. Efectúa reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General considera que el recurso de la defensa procede formalmente, aunque debe ser rechazado en el fondo.

En este sentido, afirma que la jueza de sentencia brindó acabadas razones por las cuales subsumió el hecho en el delito seleccionado. Refiere que la jueza a quo detalló en sus fundamentos que el relato de la menor fue concreto, descriptivo y creíble.

Destacó que el testimonio de la víctima se corroboró con otros elementos de juicio, tales como el testimonio de la Lic. C. J.. Concluye que para arribar a la certeza acerca de la existencia material de los hechos endilgados y la autoría del imputado, el plexo probatorio fue analizado y cotejado, en conjunto y en su totalidad, por la sentenciante.

En relación al cuestionamiento de la calificación legal y a la aplicación de la ley penal más benigna pretendida por la defensa, sostiene que la sentenciante rebatió con sólidos argumentos el planteo, haciendo especial mención a que en mayo del año 2017, es decir, antes de que acontecieran los últimos hechos de abuso contra la niña, se sancionó la ley 27.352 que modificó el tipo penal del art. 119 del CP.

Agrega que la jueza a quo hizo referencia a lo que debía entenderse por acceso carnal a partir de la referida reforma, luego de lo cual concluyó que la conducta consumada por el encartado al introducir sus dedos en la vagina de la víctima, hoy en el nuevo tipo penal es abuso sexual con acceso carnal.

Por tal motivo, señala que la jueza de sentencia entendió que el tipo penal se encontraba vigente antes de la existencia del último hecho, no pudiendo el imputado ser beneficiado con la ley penal más benigna. Concluye al afirmar que la defensa tiende a separar y tratar de anular elementos probatorios e indiciarios de cargo para establecer una duda respecto de la existencia material de los hechos que, contrariamente a lo pretendido, se encuentran acreditados y correctamente subsumidos en la calificación legal seleccionada.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Por diversas razones considero que corresponde hacer lugar parcialmente al recurso de casación formulado por la defensa de R. S. Paso a explicarlo.

A los efectos de brindar una adecuada fundamentación a la conclusión adelantada, me ocuparé en primer lugar del tratamiento de los vicios in procedendo (a), pues de ellos depende la suerte del vicio in iudicando según el cual se habría efectuado una incorrecta calificación jurídica a los hechos que conforman la hipótesis acusatoria y, en tal caso, analizaré si la pena impuesta al imputado R. S. resulta proporcional a la culpabilidad por los hechos atribuidos (b).

a.- Acerca de los alegados vicios en la valoración de la prueba efectuada por el tribunal de instancia anterior

Preliminarmente, me interesa destacar que, conforme los estándares internacionales y regionales, N. B. D. es titular de una doble protección jurídica: por ser mujer y niña.

Se trata entonces de una doble condición de vulnerabilidad que la atraviesa, por cuanto cada una de dichas condiciones demandan una especial protección por parte de todos los agentes de la organización estatal a fin de prevenir la violencia de la que históricamente han sido objeto; y de los operadores del derecho, quienes tienen la obligación de ser diligentes en la investigación, imprimiendo en el análisis de estos casos una lectura desde el enfoque de género, con el objeto de brindar una solución justa en cada caso.

En este sentido, y tal como he señalado en pronunciamientos anteriores (ver «**Galdeano Reyes**», «**Merlo Lassa**», entre otros), la jurisprudencia en el sistema interamericano de protección de derechos humanos, como así también a nivel nacional, ha construido paulatinamente los lineamientos o estándares en la interpretación de la prueba en materia de género, reflejando en su análisis una visión integral de la temática, especialmente relacionada a la ponderación del testimonio de la víctima (conf. Corte IDH, Caso del penal «**Castro Castro vs. Perú**». Fondo, Reparación y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006.

Serie C N° 160; Corte IDH, **Caso Rosendo Cantú vs. México**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C N° 216; Caso **«Fernández Ortega y otro vs. México»**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C N° 215; y C.S.J.N. in re «Leiva, María Cecilia», entre otros).

A nivel nacional la Ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, establece criterios en la interpretación de la prueba, que si bien constituyen pautas generales, importan un compromiso para el juzgador de valorar la prueba con perspectiva de género, es decir, con una mirada integral de la problemática, analizando las particularidades que presenta cada contexto en que se desarrolla el hecho. De esta manera el art. 16 de la referida normativa establece la garantía que la investigación se realice bajo un estándar de amplitud probatoria para acreditar los hechos «teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos», en tanto el art. 31 conmina a los operadores judiciales a que ponderen, en orden a acreditar que el hecho tuvo lugar en un contexto de violencia de género, todas las presunciones que se construyan a través de indicios graves, precisos y concordantes.

Expresamente referí en el precedente «Galdeano Reyes» que «[...] no puedo dejar de soslayar que analizamos una problemática compleja que afecta un colectivo de personas en situación de vulnerabilidad que, por distintas circunstancias o factores, se ven privadas del pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales. Los problemas derivados de esta especial situación de vulnerabilidad, así, exceden un abordaje meramente jurídico en tanto se trata de una problemática compleja que atraviesa y debe ser atendida, comprendida y abordada desde conocimientos interdisciplinarios.

Por ello, el administrador de justicia al valorar elementos probatorios –particularmente pero no exclusivamente en la esfera penal– debe ponderar los patrones socioculturales y estereotipos sobre los que se construye esta problemática, a fin de tener una verdadera comprensión del fenómeno de violencia de género y, de esta manera, poder lograr desde el Derecho aportar soluciones que contribuyan a atacar el flagelo de la violencia y trabajar en pos de la igualdad de género».

En este entendimiento, y en lo que respecta a abusos sexuales cometidos contra mujeres y niñas, destaque en el precedente «Concha, Jesús» que «[a] fin de tener una mayor comprensión de esta problemática, debemos analizar el tema a partir de dos premisas fundamentales: i) la violencia sexual contra niñas y mujeres es una de las manifestaciones más claras de una cultura patriarcal que fomenta el control del cuerpo y la sexualidad de las mujeres; y ii) que los patrones de discriminación estructural que padecen las mujeres proveen el escenario donde se reproduce y fomenta la violencia sexual (cfr. CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; párr. 17)».

Sentado cuanto precede, debo adelantar que a mi entender el Tribunal de instancia anterior aplicó en forma satisfactoria los estándares probatorios antes delineados, pues para considerar acreditados los hechos constitutivos de la agresión sufrida por la víctima ponderó debidamente elementos de juicio incorporados legítimamente al debate bajo los parámetros de valoración que impone la temática en estudio.

En primer orden, corresponde señalar que los agravios recursivos se centran en cuestionar la ponderación probatoria efectuada por la a quo en relación a la credibilidad del testimonio de la víctima prestado en Cámara Gesell.

De este modo, a juicio del censurante no se ha podido acreditar algunos los elementos necesarios para que se configure el tipo penal endilgado, tanto en lo referido a los medios comisivos contemplados en el

art. 119 primer párrafo del CP, como en relación a si efectivamente hubo penetración por parte del imputado. Ello por cuanto –según entiende la defensa– la supuesta víctima no precisó en su declaración en Cámara Gesell si el imputado introdujo sus dedos en su vagina o la tocó en forma superficial.

Entiendo que los agravios esgrimidos en este sentido no pueden prosperar, ello por cuanto, según surge de los registros audiovisuales, la jueza de sentencia consideró como relevante en orden a acreditar los extremos de la hipótesis acusatoria el testimonio prestado por la víctima N. B. D. en Cámara Gesell, al que consideró que reunía criterios de credibilidad por ser preciso, claro, sin contradicciones y circunstanciando (ver registro audiovisual, audiencia del día 31/05/19, minuto 1:50).

Cabe aclarar en este punto que –según surge de las transcripciones de la Cámara Gesell agregadas al debate– la niña N. B. D. fue clara al describir que el imputado «le metía los dedos en la vagina», por lo que las afirmaciones referidas por la defensa en este sentido no tienen sustento en las constancias de autos (ver fs. 147 vta.).

Por otro lado, la jueza de sentencia también valoró que la versión de los hechos brindada por la víctima se corroboraba con lo manifestado por la Lic. C. J. en la audiencia de debate, quien tuvo a su cargo el examen psicológico realizado a la niña.

La a quo destacó que la Lic. J. ratificó las circunstancias relatadas por la víctima, como así también, la cronicidad de los abusos sufridos por parte del imputado.

Consideró, además, lo manifestado por la Lic. J. en relación al rendimiento escolar de N. B. D. y destacó la a quo en este punto que –según lo explicó la testigo J.– los problemas de aprendizaje tuvieron como causa la situación de abuso de la que era víctima la niña.

Explicó que la víctima para sobrellevar esta situación recurría a mecanismos de defensa que derivaron en problemas de aprendizaje (ver minuto 6:20).

Por otro lado, si bien advirtió que no podía valorar el testimonio prestado por el hermano de la víctima, A. D., por no estar debidamente incorporado al debate, sí consideró sus dichos a través de lo manifestado por la progenitora de víctima, A. D., y de la trabajador social del colegio donde asiste la niña, M. G., quienes coincidieron en relatar que A. D. en una oportunidad pudo observar cómo el imputado abusaba de su hermana (ver minuto 12:12).

Por último, la jueza de la instancia anterior valoró también el contexto y la espontaneidad en que la niña N. D. manifestó lo acontecido, lo que tuvo lugar en el colegio en donde asistía y derivó en la inmediata denuncia de los hechos por parte de M. G., quien se desempeñaba como trabajadora social en la mencionada institución educativa (ver minuto 15:50).

En suma, la jueza sentenciante consideró que los elementos analizados le otorgaban credibilidad al relato prestado por la niña N. D. en Cámara Gesell, los que –cabe aclarar– no han sido objeto de agravio en esta instancia recursiva.

En base a las consideraciones precedentes es posible sostener, como conclusión, que los agravios vinculados a una errónea valoración probatoria no pueden tener acogida favorable en esta instancia, en tanto constituyen un intento de la defensa de aislar material probatorio para restarle fuerza convictiva; no verificándose los vicios alegados.

b.- Sobre la pretendida errónea aplicación de la ley sustantiva

Corresponde entonces ahora ingresar al análisis de los agravios relativos a la aplicación de la ley penal más gravosa a los hechos que conforman la hipótesis acusatoria y que fueron sostenidos por la jueza de la instancia anterior en los fundamentos que dieron sustento a la responsabilidad de Santillán en los hechos que se le atribuyen.

Cabe destacar que mediante la reforma operada al 3° párrafo del artículo 119 del CP por la ley 27.352 (B.O., 17/05/17) la redacción del texto legal, en lo pertinente al caso analizado, establece una escala penal superior a la de los dos párrafos anteriores «[...] cuando mediando las circunstancias del primer párrafo hubiere acceso carnal por vía anal, vaginal u oral o realizare otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías».

De este modo, la nueva redacción al precisar las distintas conductas que configuran la agravante en cuestión, amplió el tipo objetivo a circunstancias que no estaban incluidas con anterioridad a la reforma legislativa mencionada.

Ahora bien, la hipótesis acusatoria en que se sustenta la responsabilidad de R. S. se conforma por reiterados hechos de abuso sexual contra la niña N. B. D., consistentes en distintos tocamientos con contenido sexual y, específicamente, por la introducción por parte del imputado de sus dedos en la vagina de la víctima, hechos que tuvieron lugar desde el año 2007 hasta el año 2018.

Conforme a los conceptos reseñados, entiendo que resulta procedente el cambio de calificación legal en relación a los hechos acontecidos con anterioridad a la reforma referida, es decir, los sucesos de abuso perpetrados con anterioridad al día 17 de mayo de 2017, por cuanto la modificación referida constituye una aplicación más gravosa de la ley vigente al momento de ocurrencia de estos hechos.

De este modo, según entiendo, corresponde subsumir los hechos acontecidos en la franja temporal indicada, en el delito de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por ser el autor encargado de la guarda en un número indeterminado de hechos (arts. 119 segundo párrafo, en función del cuarto párrafo inc. b) y 55 del CP), debiendo mantener la calificación legal seleccionada por la jueza de la instancia anterior para los hechos acontecidos con posterioridad a la entrada en **vigencia de la mencionada reforma**.

Por otro lado, y de acuerdo a la solución que se propugna, corresponde analizar si la pena impuesta por la sentenciante resulta adecuada a la nueva calificación legal atribuida a los hechos.

Dicho de otro modo, si el monto de la pena seleccionado por la a quo, conforme a las pautas establecidas en los arts. 40 y 41, resulta proporcional a la culpabilidad del imputado por los injustos cometidos.

En primer orden, cabe tener presente que ambas calificaciones legales, en virtud de la agravante contemplada en el inc. b del cuarto párrafo de la norma bajo estudio, comparten el marco legal de pena en abstracto, el que tiene un mínimo de ocho años y un máximo de veinte años de prisión.

En segundo orden, cabe tener presente que, conforme los registros audiovisuales, la jueza de la instancia anterior al ponderar las circunstancias agravantes, consideró determinante para mensurar el monto de la pena el daño psicológico de la víctima sufrido como consecuencia de los abusos reiterados desde temprana edad, como así también, el contexto en que tuvieron lugar los acontecimientos ilícitos y su aprovechamiento por parte del imputado (ver minuto 19:07).

Estas circunstancias ponderadas por la jueza sentencianate en el proceso de determinación de la pena, la ausencia de cuestionamientos defensivos en estos aspectos que puedan impactar sobre su individualización y la determinación de su monto ceñido al mínimo en abstracto, me persuaden en el sentido de que la pena de nueve años de prisión seleccionada oportunamente por la jueza sentenciante resulta proporcional a los injustos perpetrados y a la culpabilidad de R. S. por los hechos atribuidos, más allá del cambio de calificación impuesto en esta instancia.

Por todo lo expuesto, corresponde contestar de manera parcialmente afirmativa la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: De lo expuesto considero oportuno destacar que al momento de resolver el sentenciante asumió una perspectiva integral en relación a los criterios de valoración señalados en la Ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollan sus relaciones interpersonales. En este sentido debo señalar que sobre la cuestión tuve ocasión de pronunciarme en diversos precedentes (“**Cruz Caporiccio**”, “**Merlo Lassa**”; “**Quiroga Morales**”; “**Ojeda Pérez**”; “**Vázquez Tumbarello**”; entre otros).

En especial en “**Ojeda Pérez**” sostuve que «[...] comparto que aquella concepción según la cual la perspectiva o visión de género es una “categoría analítica que toma los estudios que surgen desde las diferentes vertientes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma, cuestionar los estereotipos y elaborar nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad al servicio de la igualdad y la equidad” (UNICEF, “**Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas**”, Buenos Aires, 2017).

Destaco la idea de igualdad contenido en la definición en tanto se encuentra no sólo consagrada expresamente en el texto constitucional (art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza), sino, también, en el ámbito de la normativa internacional. Así, entre otros, la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” -Belem Do Pará-, garantiza que toda mujer tiene “el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley” (art. 4, inc. “f”). Sostuve también en esa ocasión que «[...] en nuestro ordenamiento interno, **la ley nacional 26.485** es una norma orientada pura y exclusivamente a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las “mujeres”.

En tal sentido, entre sus objetivos primordiales, el propio texto promueve y garantiza “la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida”, “el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia”, “las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos”, como también, “la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres”(art 2, inc. a, b, c y e respectivamente)».

Así, «[...] ese texto normativo vino a imponer un verdadero “deber jurídico” para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas. Sus destinatarios directos son aquellos sujetos que integran los órganos decisores en el marco de los procesos judiciales penales, ya sea por el lado de quienes resultan facultados para disponer sobre el curso de investigación, como también, respecto de quienes son los encargados de su juzgamiento».

Ese deber jurídico no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley. Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que «[l]os organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativos, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional [...] los siguientes derechos y garantías: i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son su naturales testigos [...]» (**art. 16**)».

Ahora bien, «[...] además de ese deber genérico, ya en el terreno que resulta propio a la actuación de los órganos de justicia dentro de los procedimientos jurisdiccionales penales, el texto legal contiene dos normas que consagran lineamientos funcionales para los operadores del sistema de administración de justicia en el abordaje de la problemática de género. En consonancia con el sistema de protección integral,

se consagra el principio de «amplia libertad probatoria» para tener por acreditados “los hechos denunciados, evaluándose las pruebas ofrecidas de acuerdo con el principio de la sana crítica. Se considerarán las presunciones que contribuyan a la demostración de los hechos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes” (art 31)».

De tal manera «[...] el texto legal vigente [ley 26.485] no introduce un nuevo método de valoración probatoria para los casos de violencia de género, puesto que siempre la prueba debe valorarse conforme al sistema de la sana crítica racional (art. 206 y 409 del CPP).

A mi modo de ver, la imposición de un método de valoración de la prueba como herramienta obligatoria para el abordaje de esta problemática, se justifica ante la necesidad de evitar que los órganos jurisdiccionales decisores puedan apartarse en la adopción de decisiones, del contexto fáctico que es propio a este género de conductas delictivas».

Así, «[...] el acierto de la ley consistió en establecer, en forma igualitaria, un método de valoración que evite la discriminación que en ocasiones ocurría por prácticas derivadas de la cultura jurídica patriarcal inquisitiva, que se transformaron en consuetudinarias, y que era necesario erradicar. Repárese que es la propia Convención Belem Do Pará donde se fija, como un deber de los Estados el “tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer” (art. 7, inc. “e”)».

Ello no resulta novedoso para la labor J.sdiccional en razón de que «[...] siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba –objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento. Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto.

Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas». Conforme a lo expresado «[...] es el contexto en el que se inserta el hecho delictivo el que viene a determinar el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio.

Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres el testimonio de la víctima ostenta un valor fundamental en la comprobación de los extremos de una imputación delictiva, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la responsabilidad penal derivada del mismo».

Por todo ello, uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo.

A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables.

De tal manera «[...] uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo. A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables».

De no proceder de esta manera estaríamos recreando la sociedad estamental –con características propias– del Estado premoderno, lo que implicaría una vulneración del principio de igualdad –consagrado en el art. 16 de la CN y 7 de la CM–, el que, a su vez, constituye uno de los pilares de la República Federal. A lo señalado debe sumarse, tal como destacué en el **precedente «Vázquez Tumbarello»**, la relevancia de la ley 27.499, denominada «Ley Micaela», en tanto dispuso la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra la mujer para todas las personas que desempeñen la función pública, en cumplimiento del objetivo señalado.

En coincidencia con aquella normativa la Acordada n° 29.318 de esta Suprema Corte de Justicia, y su anexo «Programa de capacitación permanente para la incorporación de la perspectiva de género en el marco de la Suprema Corte de Justicia». Así, con fundamento en el principio de igualdad y la consecuente prohibición de discriminación, se dispusieron una serie de acciones concretas para asegurar la «igualdad real» de las mujeres en sus relaciones interpersonales.

En conclusión, entiendo que la trascendencia de la ley 26.485 radica no en conformar un estatus jurídico distinto aplicable a la mujer, sino que mediante la capacitación dirigida a los funcionarios públicos y, en lo que aquí interesa, a funcionarios y magistrados del poder judicial, se otorgue una perspectiva para valorar los elementos probatorios bajo el prisma de la igualdad consagrada en la normativa nacional.

Ella debe estar despojada de estereotipos y prácticas relacionadas con la cultura jurídica patriarcal-inquisitiva, plasmada en usos y costumbres que importaron, e importan, prácticas que impiden poner en contexto los medios convictivos al momento de su ponderación.

Estas consideraciones, como adelanté, las entiendo plenamente aplicables al caso por cuanto nos encontramos frente a un supuesto de violencia de género en donde el tribunal de instancia anterior ha tenido en cuenta los parámetros antes referidos al momento de la ponderación de los elementos de prueba obrantes en la causa. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado de la votación anterior, corresponde admitir parcialmente el recurso de casación interpuesto y, en su consecuencia, casar la resolución impugnada, modificando el resolutivo I de la sentencia N° 1.205 de fs. 85/86, la que dispondrá «Condenando a R. A. S. A., ya filiado, a la pena de nueve años de prisión, con costas y accesorias legales, como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por ser el autor encargado de la guarda en un número indeterminado de hechos y abuso sexual con acceso carnal agravado por ser el autor encargado de la guarda en un número indeterminado de hechos, todo en concurso real, en los autos N° P-37.630/18 (arts. 119 segundo y 3° párrafo, en función del cuarto párrafo inc. b) y 55 del CP y arts. 364 y ss. –T.O. Ley 9.040, 418/420, 557/558 del CPP)». ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas por su orden y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

1.- Admitir parcialmente el recurso de casación interpuesto por la defensa de R. A. S. y, en su consecuencia, casar la resolución impugnada, modificando el resolutivo I de la sentencia N° 1.205, la que

dispondrá «Condenando a R. A. S. A., ya filiado, a la pena de nueve años de prisión, con costas y accesorias legales, como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por ser el autor encargado de la guarda en un número indeterminado de hechos y abuso sexual con acceso carnal agravado por ser el autor encargado de la guarda en un número indeterminado de hechos, todo en concurso real, en los autos N° P-37.630/18 (arts. 119 segundo y 3° párrafos, en función del cuarto párrafo inc. b) y 55 del CP y arts. 364 y ss. –T.O. Ley 9.040, 418/420, 557/558 del CPP)».

2- Imponer las costas por su orden y diferir la regulación de honorarios para su oportunidad.

3- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.

4- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro Se deja constancia que la presente resolución no es suscripta por el Dr. Omar A. Palermo, por encontrarse en uso de licencia (artículo 484 en función del 411 inciso 5° del Código Procesal Penal, Ley N° 6.730 y sus modificatorias).
Secretaría, 08 de Junio de 2020.

22- MAZA. 10-06-20.

| | | | | | | | | | | | | | | |
|-----------|-------------------|------------|------|------------|---------|---------|----------|---------|-----------|---------|------------|-------------|---|------------|
| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
| VG | Asc. Padre | NNA | - | PCE | - | - | A | - | CR | - | -3° | - | - | 474 |

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200610_FcMJO.pdf

Lex: Art. 119, 3° y 4° párrafo incs. b y f, 55, 125 y 54 del CP. Ley 26705 (B.O. 05-10-2011). Ley 27206 (B.O. 09-11-2015)

Vox: NNA. A.S.I.. Abuso sexual. Excepción de falta de acción. Nulidad. Actos interruptivos. Acceso carnal agravado. Ascendiente. Convivencia. Concurso real. Corrupción de menores agravada. Ascendiente. Menor de 13 años de edad. Concurso ideal. Prescripción.

Summa:

El **TPC** rechazó el planteo de nulidad de la defensa de defensa técnica de J O M L, y en consecuencia denegó la extinción de la acción promovida. Condenó al nombrado a la pena de **quince años de prisión** como autor del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por haber sido ejecutado por el ascendiente y aprovechando la situación de convivencia preexistente con la víctima menor de 18 años de edad en tres hechos independientes, en concurso real y corrupción de menores agravada por haber sido cometida por el ascendiente y en perjuicio de una persona menor de 13 años de edad, en concurso ideal (arts. 119 tercer y cuarto párrafo incs. b) y f), 55, 125 y 54 todos del Código Penal). SA, padre de la niña. La **defensa** interpone recurso de casación.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 563 (29-07-19), pronunciada por el TPC N° 1-2° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Voto Dr. Adaro

- Merlo Donaire. 08-03-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190308_FcMDJ.pdf
- Galdeano Reyes. 31-07-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=242>
- Concha, Jesús. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- Merlo Lassa. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf

Voto Dr. Palermo.

- Di Cesare Morales. 26-06-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=156>
- Mejía Salvador. 10-09-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=197>
- Lucero Ramírez. 20-08-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190820_FcLRE.pdf

Voto Dr. Valerio.

- Morales Quiroga.
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Merlo Lassa. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=243>
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>

b-CIDH

- «Castro Castro vs. Perú». Fondo, 25-05-06.
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf
- Caso Rosendo Cantú vs. México. 31-08-10
https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=339
- Caso «Fernández Ortega y otro vs. México». 30-08-10.
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/fernandez_ortega/esap.pdf
- Caso «Bámaca Velásquez vs. Guatemala». 21-08-14.
https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=244

c-CSJN

- Quiroga

Parágrafos destacados

“Cabe aclarar que en tal oportunidad se encontraba vigente la **ley 26.705 (B.O. 5/10/2011)**, la que reformó el **art. 63 del CP** y estableció en relación a los delitos previstos en los arts. 119, 120, 124, 125, 125 bis, 128, 129 -in fine-, y 130, párrafos segundo y tercero del CP, que «cuando la víctima fuere menor de edad la prescripción de la acción comenzara a correr desde la medianoche del día en que éste haya alcanzado la mayoría de edad». Posteriormente, dicha disposición fue derogada, mediante el dictado de la **ley 27.206 (B.O. 9/11/2015)**, la que además de sumar los arts. 145 bis y 145 ter al elenco de tipos penales en donde se encontraba condicionado el comienzo del curso de la prescripción de la acción, agregó al recaudo de la mayoría de edad, que la víctima «formule por sí la denuncia o ratifique la formulada por sus representantes legales durante su minoría de edad». No obstante ello, entiendo que la reforma operada por la última de las leyes citadas, comparte los fundamentos de la primera reforma, en cuanto ambas tuvieron como objetivo el cumplimiento de los compromisos internacionales asumidos por el Estado argentino en materia de género y de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes (NNyA)...”

SCJM. Dres.: **Adaro.** Palermo. Valerio.

Fallo.

CUIJ: 13-04861768-3/1((028601-18389)) FC/ M J O P/ ABUSO SEXUAL (18389) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104944805*

En Mendoza, a los diez días del mes de junio del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04861768-3, caratulada “F. C/M J O P/ABUSO SEXUAL P/CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. O A. PALERMO y tercero DR. JOSÉ V. VALERIO.

A fs. 1293/1313 la defensa técnica de J O M L promueve recurso de casación en contra de la resolución dispuesta en fecha 29 de julio de 2.019, obrante a fs. 1232 y vta. de los presentes, en tanto se rechazó el planteo de nulidad y en consecuencia denegó la extinción de la acción promovida.

A fs. 1322/1344 la defensa técnica de J O M deduce recurso de casación contra la sentencia N° 563, de fecha 29 de julio de 2.019 obrante a fs. 1232 y vta. y sus fundamentos de fs. 1238/1291, en tanto condena al nombrado a la pena de quince años de prisión como autor del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por haber sido ejecutado por el ascendiente y aprovechando la situación de convivencia preexistente con la víctima menor de 18 años de edad en tres hechos independientes, en concurso real y corrupción de menores agravada por haber sido cometida por el ascendiente y en perjuicio de una persona menor de 13 años de edad, en concurso ideal (arts. 119 tercer y cuarto párrafo incs. b) y f), 55, 125 y 54 todos del Código Penal).

Los pronunciamientos cuestionados fueron dictados por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Segunda Circunscripción Judicial actuando en colegio en autos N° P 18.389/18.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

I.- La sentencia recurrida

La resolución cuestionada en lo pertinente para la solución del primero de los recursos planteados estableció que: «[...] para analizar el planteo deben en primer término establecerse cuales son los requisitos que deben estar presentes, mínimamente, para que pueda considerarse que un alegato de acusación de cierre ha sido válidamente cumplido o si por el contrario presenta vicios que lo desnaturalizan y le impiden alcanzar sus efectos.

Para ello, debemos estar necesariamente a lo que la ley procesal dispone, para luego avanzar en el análisis, en relación a los fines y objetivos de ese acto procesal.

El texto del art. 405 del CPP, con el título “Discusión final”, establece que “Terminada la recepción de las pruebas el presidente concederá sucesivamente la palabra al actor civil, al Ministerio Público, al querellante particular y a los defensores del imputado y el demandado civil, para que en este orden emitan sus conclusiones.

No podrán leerse memoriales excepto el presentado por el actor civil que estuviese ausente”. Continuando la redacción acerca de lo que deberá versar el alegato de las partes civiles, el ejercicio del derecho a réplica y el uso del tiempo en la exposición básicamente y entre otras cuestiones, no relevantes

para la resolución de este incidente. «Se advierte que hay dos ideas centrales que surgen del texto legal que van a determinar la esencia del alegato de cierre. La idea de discusión final y que la concesión de la palabra lo es para que emitan sus conclusiones.

Al respecto y analizando la similar redacción del art. 402 cordobés, Cafferata Nores y Aída Tarditti han dicho que el Ministerio Público Fiscal debe argumentar y concluir sobre la cuestión penal, debe hacerlo fundadamente con claridad y precisión, deberá pronunciarse sobre la existencia material del hecho en caso de estimarla acreditada, las modalidades de su acaecimiento, su encuadre normativo y grado de intervención que le cupo al imputado.

En su caso solicitar la pena que estime justa y equitativa para el caso. Como puede verse las exigencias no son idénticas para todas las partes, puesto que aún cuando son urgidas por el Tribunal para explicar cuál es su pedido final y las razones y argumentos en que se basan, si el requerimiento proviene del Ministerio Público Fiscal y es además un pedido de condena, no puede eludir de ninguna manera la concreta explicación de cómo estima que el o los hechos se encuentran acreditados, para lo que deberá referirse a ellos necesariamente dando al tribunal la argumentación que sostiene debe efectuarse al momento de la valoración de la prueba.

Es decir, explicar en concreto y de manera específica porqué sostiene que se ha alcanzado certeza de que el acusado debe ser condenado, cómo llega a esa afirmación desde la prueba rendida. Y en esa presentación de conclusiones, no puede eludir la referencia a los hechos porque la misma argumentación se lo va a ir exigiendo, obviamente no.

Pero no significa que deba repetir el apartado dedicado a los hechos que está contenido en el requerimiento de elevación a juicio o en el auto de elevación a juicio como ocurre en esta causa, porque eso sí sería una formalidad y burocratización que la ley, no solo no exige, sino que pretende evitar como señaló con acierto el fiscal jefe al contestar la vista.

Con esto queremos señalar que no, por no haber sido oralizado el punto en el que se establece la plataforma fáctica en la pieza acusatoria durante la presentación del alegato de cierre, ese acto es necesariamente un acto nulo, de ninguna manera».

«Es más, no puede desatenderse que aquella pieza escrita es parte indisoluble de la acusación que se termina de concretar con la presentación del pedido fiscal de condena.

Así lo ha sostenido la CSJN en el **leading Case “Quiroga”**, donde se dijo que la acusación constituye un bloque indisoluble que se perfecciona en dos momentos procesales distintos, el requerimiento de elevación a juicio que habilita la jurisdicción del Tribunal para abrir el debate y el alegato fiscal solicitando condena que habilita la jurisdicción del Tribunal a fallar, en el apartado 14 del voto del Dr. Zaffaroni de ese precedente».

«Pero es del caso que la ley impone, además, que el alegato fiscal se formule motivada y específicamente, bajo pena de nulidad, conforme el art. 167 del CPP, pues como acto de gobierno sus representantes, que ejercen nada menos que el poder del estado en su faz persecutoria, deben explicar por qué adoptan tal o cual posición, dar razones de ello y no mediante fórmulas genéricas e imprecisiones, sino que deben ser exhaustivos, concretos y específicos en sus alegaciones, a los fines de evaluar si la motivación es correcta o no, valen las mismas reglas que rigen en materia de análisis de la fundamentación que se exige a los jueces y no será válida solo cuando fuere absurda o arbitraria por falta de motivación, motivación aparente, ilegítima u omisiva».

«Analizando los alegatos de cierre que la defensa pone en crisis advertimos que no presenta un vicio que les impida producir sus efectos y que por tanto se trata de actos válidamente cumplidos. El alegato del

Ministerio Público Fiscal presenta suficientes referencias a los hechos que fueron motivo de acusación y objeto de juzgamiento de manera tal que pueden ser adecuadamente individualizados por las demás partes y por el mismo tribunal al escuchar sus argumentaciones.

Dio razones acerca de su posición explicó porqué considera que J M debe ser condenado e indicó calificación legal y monto punitivo dando los motivos que consideraba atendibles. Y, a su turno la representante de la parte querellante particular hizo lo propio, se remitió en primer término a las conclusiones de la fiscalía adhiriendo a ellas lo que es absolutamente válido y luego hizo una serie de consideraciones que propiciaba y peticionó pena también fundando el monto que proponía».

«Así que desde el punto de vista formal objetivo no surgen vicios de gravedad que importen la drástica necesidad de que esos actos sean extirpados del proceso aplicando la más severa sanción que la ley procesal prevé, para los actos del proceso cumplidos de manera inválida, ilegal».

Nos vamos a permitir aquí hacer una serie de consideraciones que juzgamos importantes para entender la cuestión central. No podemos pasar por alto que el discurso del Ministerio Público Fiscal al presentar sus alegatos de cierre, fue en algunos momentos desordenado pues iba de un tema a otro sin que tuviera un hilo conductor, o esquemas organizados de información, por eso desde lo discursivo, desde el plano de la oratoria no fue una buena locución, pero eso de ningún modo lo transforma en un acto nulo, porque los requisitos que la ley exige han sido cumplidos y eso no podemos desatenderlo, no hubo afectación alguna al derecho de defensa en juicio que de hecho fue ejercida, tanto de manera material, como técnica durante todo el juicio [y] en el **alegato de cierre** pudo rebatir cada una de las consideraciones que formularon las partes acusadoras.

El excelente discurso del Dr. Cazaban al presentar conclusiones es demostrativo de que el derecho de defensa no ha sufrido afectación de ningún modo y es contradictorio iniciar su libelo diciendo que no saben de qué defenderse para seguidamente presentar sus conclusiones rebatiendo todas y cada uno de los argumentos que escuchó de las partes contrarias y para finalizar vale aclarar también que confirmar la validez de los actos cuestionados no significa de ningún modo que compartamos todos y cada uno de los argumentos dados por las partes acusadoras para fundar sus peticiones, sino que haciendo un análisis estrictamente formal concluimos que esos actos han sido cumplidos legalmente. El tratamiento del fondo de la cuestión será motivo de análisis al momento del dictado de la sentencia.

Por todo lo cual y en base a lo dispuesto por los arts. 358, 459, 165, 198 inc. 2° y 3 del CPP el Tribunal resuelve no hacer lugar al pedido de libertad solicitado por la defensa [...]» (a partir del minuto 4.02 del registro audiovisual identificado como debate I 29_07_19).

A su vez, la sentencia criticada, en lo que a la solución del segundo remedio casatorio promovido atañe, estableció que «[e]n autos, se ha demostrado que J M abusó sexualmente de su hija A. cuando esta contaba con 12 años de edad, valiéndose a su vez de la situación de convivencia preexistente, accediéndola carnalmente por vía vaginal, estableciéndose el numero en tres hechos, a la par que desviaba el normal desarrollo de su sexualidad. M logró a través de un proceso de preparación, de juegos consistentes en caricias, besos y frotamientos erógenos que sedujeron a la niña y despertaron sus zonas erógenas, haciéndola participar activamente en ellos, hasta lograr accederla carnalmente en tres oportunidades, haciendo incluso caso omiso cuando ante el dolor de la penetración le pedía que cesara. Todos estos elementos fueron acreditados con grado de certeza por los acusadores, con la prueba descripta y valorada en puntos anteriores» (ver fs.1262 vta.).

Por su parte, el tribunal expresó que «[l]a figura prevista en el art. 125 CP también ha alcanzado su consumación. Los actos de promoción de la corrupción ejecutados por M causaron en A. la desviación del

proceso natural y normal de su crecimiento y evolución en el área de la sexualidad. Las consecuencias ocasionadas fueron descritas por los especialistas del EdeAAS en detalle. [...] Consideramos que las conductas de besar la zona genital de su hija y de hacerse besar el pene por ella, están incluidos en los tipos penales arriba señalados, y no resultan configuradores de manera independiente de la figura prevista por el art. 119 segundo párrafo del CP. como propuso la Fiscalía, por cuanto no se han acreditado los extremos de ese tipo objetivo de forma autónoma».

Para así decidir el tribunal de sentencia valoró las declaraciones prestadas en audiencia de debate por: A. M; A. C., F. I., A. A., J. B., M. S., F. B., R. C., C. H., S. C., R. S., L. C., A. B., L. A., M. S. C., J. F. P., A. F., G. M, F. R., G. L y A. M y el resto de los elementos de prueba debidamente incorporados.

II.- El recurso de casación de la defensa

Como se adelantó la defensa del acusado recurre, por un lado el auto que deniega la nulidad de las acusaciones pública y privada y rechaza la extinción de la acción penal. Por el otro, la sentencia de condena.

Nulidad

a.- En relación al recurso casatorio promovido contra el auto (fs. 1293/1313) que deniega la nulidad y por ello rechaza la extinción de la acción penal el recurrente formula vicios a tenor del art. 474 inc. 2° del CPP. Señala que el tribunal de juicio convalidó actos manifiestamente nulos – acusaciones del Ministerio Público Fiscal y de la parte querellante– y, al resolver en ese sentido, la fundamentación expuesta resultó arbitraria, contradictoria, insuficiente y desconociendo las previsiones de los arts. 167, 358 y 405 del CPP en relación a los extremos que debe contener la acusación a fin de salvaguardar la garantía del debido proceso y derecho de defensa en juicio.

Explica que en audiencia de debate del día 4 de julio de 2.019, luego de que los acusadores –público y privado– formularan sus conclusiones finales, la defensa planteó la nulidad absoluta de ambas en razón de la generalidad, vaguedad e imprecisión en que incurrieron al momento de describir y precisar el factum de la acusación.

Así la lesión radica en la grosera indeterminación de los hechos que colocó a su asistido en situación de grave indefensión al no tener, a partir de ese momento, conocimiento acabado e íntegro acerca de los acontecimientos endilgados. Se queja de que el tribunal a quo minimizó este requisito de la acusación.

Refiere que no considera que los acusadores deban repetir el capítulo del requerimiento de elevación a juicio sino que la referencia a los hechos es ineludible por exigencia de la propia práctica argumentativa sin que pueda omitirse una relación clara, precisa, circunstanciada y específica del hecho al momento de acusar. Considera que no puede subsanarse la omisión acudiendo a la pre acusación escrita.

Afirma que el tribunal de juicio interpretó arbitrariamente el **precedente «Quiroga» de la CSJN** (fs. 1302 vta del recurso). Sostiene que en este fallo, al aludirse a la acusación como bloque indisoluble, se pone de resalto su función delimitadora del conflicto, esto es, la invariabilidad del hecho intimado.

Expresa que el a quo fijó pautas al decir que los requerimientos del Ministerio Público Fiscal deben ser «exhaustivos, concretos y específicos»; sin embargo, no estableció cómo se cumplen esos requisitos y, menos aún, para el caso concreto. Señala que no existe en la descripción de los hechos referencia alguna al lugar donde habrían ocurrido, como tampoco ha existido concreta determinación de la fecha, aunque más no sea aproximada.

Tampoco se ha individualizado la dinámica comisiva o condiciones de modo. Señala que en la sentencia se hace alusión a frotamientos y rozamientos pero no se indica acabadamente en qué consistieron, cómo se efectuaron concretamente.

Expresa que se refiere a un “intento de penetración anal que no se consumó” del que no se sabe dónde, cuándo, ni cómo ocurrió, ni el motivo por el que no se consumó. Similares críticas formula en relación al alegato de la parte querellante quien, a criterio del recurrente, incurrió en una atribución genérica del tipo penal.

Afirma que la declaración de nulidad de los alegatos conduce a una situación de falta de acusación, no correspondiendo retrotraer el proceso por aplicación de los principios de progresividad, preclusión, ne bis in idem e interés procesal.

De manera tal que al no existir acusación, la absolucón deviene necesaria.

De acuerdo a ello, reclama la nulidad absoluta de las acusaciones –tanto del Ministerio Público Fiscal como de la parte querellante– y la absolucón de J M de los delitos atribuidos en el requerimiento de elevación a juicio. Formula reserva del caso federal.

b.- Por su parte, la defensa formula el recurso casatorio de fs. 1322/1344 al considerar que la sentencia presenta **vicios in procedendo** a tenor de las previsiones de los arts. 155 y 416 inc. 4 del CPP.

Ello por considerar que la fundamentación resulta arbitraria, contradictoria, insuficiente y apartada de los postulados del sistema de la sana crítica racional.

Excepción de falta de acción

b.1.- Sostiene que al resolver la excepción de falta de acción además de incurrir en los vicios expuestos, desconoció las previsiones del art. 2 del CPP, al valorar la duda en perjuicio del imputado. Refiere que el tribunal incurrió en prácticas que vulneran el derecho de defensa y debido proceso al rechazar la nueva prueba ofrecida por su parte y excederse en sus facultades jurisdiccionales exhortando a la denunciante a declarar.

En relación al rechazo parcial de la excepción de falta de acción por prescripción, explica que el tribunal la rechazó por los delitos más graves. Así expresa que el tribunal a quo concluyó que los hechos de abuso transcurrieron entre octubre del 2007 y enero del 2008, de manera tal que al momento del primer acto **con capacidad interruptiva** «primer llamado a prestar declaración indagatoria» decreto del 19 de febrero del año 2018, no habían transcurrido los doce años que el art. 62 del CP establece.

Explica el recurrente que su planteo encuentra sustento en la prueba incorporada durante el debate. Expresa que a partir de la falta de certeza y la duda más que razonable sobre la probable fecha de comisión de los hechos es que solicitó la aplicación del principio in dubio pro reo. Señala el argumento de la sentenciante al fijar la fecha de comisión de los hechos (fs. 1328 vta.) y manifiesta que el propio tribunal reconoce la posibilidad de que se iniciaran los hechos con anterioridad (fs. 1329) y que esa incertidumbre la plantea en referencia a los ataques sexuales, en forma genérica, sin discriminar entre unos y otros.

Cuestiona que se haya utilizado esta duda para mantener la vigencia de la acción penal, valorándola en perjuicio del imputado.

Añade que esta duda surge de todo el plexo probatorio. Así A. M, a los 7:24 minutos de su declaración, reconoció que no podía determinar la fecha específica de inicio de los hechos (fs. 1329 vta.).

Considera que la supuesta fecha de inicio no pudo ser precisada con seguridad siquiera por la denunciante y se arriba a ella mediante una suposición de datos que surgen de técnicas psicológicas no reconocidas. Señala otro pasaje de su declaración en relación a unas fotografías (aproximadamente a las dos horas y veinticinco minutos de su declaración).

Concluye el recurrente que existe la plausible posibilidad de que los hechos se iniciaran mucho antes de octubre del 2007, antes de que hubiera cumplido los nueve o diez años, esto es durante los años 2004 o 2005, tomando en consideración la fecha de nacimiento de A. M –22/6/95–. Tales circunstancias fueron

ignoradas por el tribunal y, de manera arbitraria y contradictoria, asignó con certeza una fecha que ni siquiera la propia deponente señala.

En abono de su hipótesis el defensor señala la testimonial de A. B., según la cual los hechos ocurrieron entre los ocho y once años de A. A. M. A su vez, el sacerdote, R. D. S., indicó que habrían comenzado entre los cinco y seis años de la niña.

Por su parte, el examen médico de fs. 276 consigna como fecha de ocurrencia de los hechos entre los ocho y los quince años de la examinada.

Agrega, como circunstancia que apoya la tesis sostenida por esa defensa, que los acusadores reconocen la falta de certeza en cuanto a la supuesta fecha de ocurrencia de los hechos.

Reitera que la conclusión del tribunal no tiene el más mínimo sustento probatorio, ni se deriva de una correcta aplicación del método de la sana crítica racional ya que contradice los principios de la lógica, la experiencia común y la psicología.

De ello deriva que ante la falta de certidumbre en relación a la fecha de comisión de los hechos por imperio del in dubio pro reo corresponde declarar extintas por prescripción de la acción penal a los delitos de abuso sexual con acceso carnal agravado, abuso sexual gravemente ultrajante agravado y corrupción de menores agravada y, por ello, debe disponerse el sobreseimiento del imputado.

Valoración de la prueba

b.2.- En otro orden, la defensa critica la **valoración probatoria** de la sentencia que cuestiona por ausencia de aplicación del método de la sana crítica racional. Se queja de que en la sentencia se toma como piedra angular el testimonio de A. M, y lo considera creíble, lógico, coherente y detallado, por lo cual tiene por acreditado en grado de certeza los hechos ya referidos, sin valorar las contradicciones en que incurre la nombrada.

Da cuenta de un supuesto hecho de violencia relatado por A. M y B. (fs. 1331 vta.), del cual no hay constancia de denuncia o de atención médica por lesiones compatibles con las descriptas. Refiere el relato de F. R. que nunca presencié golpes del imputado a A. M, ni la vio golpeada, y cuestiona que el tribunal reste importancia a su declaración. Añade que los familiares de A. –G., S. y B. M, A. F., G. L y A. M– negaron haberla visto golpeada o lesionada y menos aún haber presenciado actos de violencia de su padre. Señala que en similar sentido se expidió L. C., ex novio de A. y pone de resalto las manifestaciones de los tres hijos de J M (G., B. y S.).

Refiere que en relación a la supuesta violencia económica todos los familiares aseguraron que a A. M nunca le faltó nada y pone de relieve que el psicólogo de la denunciante, M. S., declaró que no había indicios de manipulación por parte del padre.

Fragmento que, señala, fue omitido por el sentenciante. Afirma que la existencia de un contexto de violencia es infundado y contrario a la prueba brindada. Destaca, a su vez, que A. nunca recibió atención médica ni realizó denuncia pese a haber recibido «palizas» (fs. 1332 vta.).

También le resulta arbitraria la ponderación efectuada en relación a los supuestos ataques que habría sufrido Lautaro Castro, ex novio de A. M. Analiza las constancias de la causa y la declaración de Castro y considera que ni aquél le creyó a A..

Entiende el recurrente que las divergencias apuntadas respecto al lapso comisivo son más que demostrativas de la falsedad del relato de la denunciante.

A su criterio las distintas fechas aportadas por A. M en relación a la comisión del hecho no responden a su dificultad en precisarlas fechas.

Cuestiona como contradictoria la ubicación temporal de los hechos y el desarrollo de los mismos de manera escalonada, de menor a mayor intensidad y gravedad. También alude a contradicciones en relación al modo en que ocurrieron los hechos, lo que sería demostrativo de la falsedad del relato y la destrucción de su coherencia y supuesta lógica (fs. 1334 y vta.).

Critica el «pacto de silencio» aludido por el tribunal de sentencia.

Al respecto señala que habían más de diez personas que sabían de los «abusos sexuales» antes de radicar la denuncia y que estas personas tOon conocimiento no sólo en distintos momentos sino que también A. les brindó distintas y contradictorias versiones de los hechos.

Así, por ejemplo, las testimoniales de Castro, Bertani, Saso, Samaja, L, Bonino, Arroyo. A criterio del recurrente, el «pacto de silencio» señalado por el tribunal nunca existió ni tampoco amenazas. Así, considera que es A. quien le quita virtualidad intimidatoria a las supuestas amenazas de concretar la denuncia (fs. 1335 vta. y 1336).

Sostiene que la denunciante utilizó a sus hermanos menores como motivo para no denunciar y luego los erigió como principal motivo de su denuncia. Indaga sobre el hecho que motivó este brusco cambio en su conducta y cuestiona que el a quo haya aceptado la explicación dada por A. sin efectuar una crítica.

Al efecto contrasta los dichos de A. con lo señalado por la Lic. Bonino quien no se refirió a tal extremo y negó a preguntas de la defensa que A. haya manifestado temor por los hermanos (fs. 1336 y vta.).

Añade que G. negó haber vinculado su situación de salud con su padre o los malos tratos o actos de manipulación que habría sufrido G.

Agrega que no se explica que su decisión de denunciar surgiese luego de la charla con G. cuando en forma previa ya había consultado a dos abogados para que la asesoren y representen.

Manifiesta que A. estaba preparándose para formular la denuncia y vincula el hecho de que A. declaró que en julio de 2.017 A. le pidió fotos porque su padre la había abusado y las necesitaba para hacer la denuncia.

Refiere que, en orden a la incorporación de nueva prueba relevante surgida durante el debate, a las tres horas, 28 minutos y 50 segundos de la declaración de A. M, el Dr. Hernández le consultó si recordaba desde qué número realizó la última comunicación que mantuvo con su padre y aquella dictó el número. Al ser preguntada sobre si aún conservaba el teléfono respondió afirmativamente.

Critica al respecto que el tribunal rechazara la incorporación de una medida probatoria solicitada al respecto por la defensa del imputado, circunstancia que a criterio del recurrente vulnera el derecho de defensa y debido proceso y por ese motivo la torna nula. Señala que el vínculo entre J M y su hija es más bien altamente conflictivo.

Refiere el defensor que su asistido intentaba que sus hijos tuvieran sus necesidades materiales satisfechas, pero que no atendió debidamente otras cuestiones, tales como las relativas a la atención o vinculación afectiva con sus hijos.

Agrega que en el caso de A. ello se acentuó ante el abandono de la madre a partir de los cinco años y que ello generó que ésta fuese a vivir con el padre, que hasta ese momento no la había reconocido.

Da cuenta de conflictos entre la denunciante y el imputado que pasaban desde lo afectivo hasta lo económico y considera que los requerimientos económicos de A. para con su padre fueron excesivos.

Da cuenta también de decisiones de índole económica que afectaron a la denunciante y señala el testimonio de Gisela L (fs. 1338 vta. y 1339).

Considera que el motivo de la denuncia radica no solo en cuestiones de índole económica sino que tiene un fuerte trasfondo personal entre denunciante y denunciado.

Refiere que de la historia clínica y de la testimonial del Lic. Samaja surge que A. en su primera infancia – entre los cuatro y cinco años de edad– fue víctima de abusos sexuales.

Así, antes de irse a vivir con J M ya había sido víctima de graves delitos sexuales. Que esta circunstancia fue totalmente ignorada, tanto por el Ministerio Público Fiscal durante la investigación como por el tribunal al momento de sentenciar.

Critica el accionar de los profesionales del EdeAAS que no tuvieron noticias de tales hechos delictivos de los que fue víctima A. (fs. 1340/1341).

Considera por lo expuesto que el tribunal de sentencia tuvo una actitud sesgada, parcializada, que no admitió la posibilidad de indagar sobre la vida, específicamente la infancia de A. M, cuando era su obligación agotar todos estos extremos.

De esta manera, considera que la sentencia es producto de una valoración parcial insuficiente y fragmentada de todo el plexo probatorio.

En otro orden, la defensa técnica señala que la declaración de A. M se puede dividir en dos partes. La primera hasta el minuto treinta y cinco y, en segundo lugar, las tres horas posteriores.

La línea divisoria –a criterio del recurrente– está constituida por la intervención de la presidenta del Tribunal –a la que considera ilegal y nula– frente a la insuficiente declaración de la denunciante. Considera que la jueza sustituyó a las partes, específicamente al Ministerio Público Fiscal.

Añade que el Tribunal en la sentencia justificó la violación a los principios del sistema acusatorio en una suerte de obligación de protección de A.. No obstante, el recurrente considera que ha sido el propio juzgador quien violó los principios rectores del sistema en un momento clave del debate, generando un efecto nulificante.

Entiende también que la actuación de la presidenta del Tribunal denota pérdida de imparcialidad, mostrando interés en que la denunciante complete su relato, perdiendo la debida distancia que debe guardar el juzgador.

Entiende que ello surge patente del texto de la sentencia recurrida que no ahorra calificativos y adjetivos favorables a la denunciante.

Formula reserva del caso federal.

III.- Dictamen del señor Procurador General

A fs. 1357/1358 y 1362/1366 se expide el Procurador General.

Luego de analizar los agravios promovidos y la sentencia cuestionada en relación al primer recurso formulado, considera que no se verifica la pretendida indefensión del imputado y que la base fáctica de la acusación siempre estuvo presente.

Entiende que la acusación del representante del Ministerio Público Fiscal se encuentra fundada y lleva a cabo una detallada descripción de la denuncia de la víctima y un análisis de las pruebas que la respaldan. Respecto al segundo escrito casatorio presentado señala el Procurador General que la sentencia dista de carecer de motivación y que no surgen los vicios que se le pretende endilgar.

Añade que en el acto sentencial se realizó un detalle de todos los elementos que formaron parte de la declaración para contextualizar los hechos y entender el vínculo existente entre padre e hija.

Agrega que las declaraciones de la víctima hallan respaldo en la pericia psicológica psiquiátrica que se le llevó a cabo y en la declaración en juicio del Lic. Francisco Izura.

En el mismo sentido la Lic. Cucci y el Dr. Agasso del EdeAAS otorgaron credibilidad al discurso de A..

Añade que a ello se suma el testimonio de los profesionales particulares que atendieron a A. en distintos momentos de su vida.

En relación a la no admisión de la prueba relacionada con el listado de llamados entre imputado y víctima, considera que no sólo su proposición estaba fuera del tiempo procesal, sino que tampoco podía aquella conmover la plataforma fáctica atribuida al encartado.

Así, entiende que el reclamo carece de asidero. No coincide con el recurrente respecto a que las explicaciones dadas por la jueza en el debate a A. M fuesen antirreglamentarias e ilegales, asignando a su actitud la intención de evitar la victimización secundaria por la sustanciación del proceso penal.

Entiende que el plexo probatorio fue analizado y cotejado en su totalidad por el tribunal de la instancia anterior para llegar a la certeza acerca de la existencia material de los hechos atribuidos y la autoría del imputado.

En función de lo señalado entiende que deben rechazarse los recursos casatorios formulados y confirmarse la sentencia cuestionada.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Del examen del recurso de casación promovido, el acto sentencial puesto en crisis y las constancias de la causa, anticipo mi opinión en el sentido de que la crítica debe ser rechazada.

Ello en tanto los agravios formulados no logran desvirtuar la validez de la decisión adoptada en relación a la nulidad planteada de los alegatos de acusación ni de la sentencia cuestionada.

a.- A los fines de un mejor tratamiento de los recursos promovidos principiaré por abordar la crítica formulada a fs. 1293/1313 en contra de los alegatos acusatorios tanto público como privado, pretendiendo su nulificación.

Al respecto coincido con la opinión vertida por el Procurador General en cuanto a que corresponde su rechazo al no verificarse el estado de indefensión del acusado.

Ello por cuanto la plataforma fáctica atribuida surgió con claridad durante todo el proceso y en especial en el debate, donde los hechos intimados fueron reproducidos al inicio del juicio y, con posterioridad.

Específicamente el representante del Ministerio Público Fiscal se apoyó en aquellos hechos y los dio por acreditados con base en los elementos de convicción que valoró al momento de formular sus alegatos conclusivos.

Comparto también los argumentos vertidos por el Tribunal de juicio al momento de rechazar el planteo nulificadorio, en este sentido disiento con el recurrente en cuanto a que la interpretación del fallo **«Quiroga» de la CSJN**, concretamente el considerando 14 del voto del Dr. Zaffaroni, resulte arbitraria.

Al respecto, de la reproducción del registro audiovisual del debate (debate 04/07/19, a partir del minuto 00:41), concretamente, surge que: «[...] vamos a sostener la acusación oportunamente formulada, entendiendo que los hechos están demostrados.

Sobre la base de la denuncia de la víctima que sitúa con dificultad, teniendo en cuenta su situación vulnerable, el inicio -podríamos decir- de los hechos de abuso sexual para el mes de octubre del año 2007 [...] aproximadamente para el mes de abril de 2008, en que se consuma el primer acto de abuso sexual agravado con acceso carnal [...]».

A su turno la parte querellante particular al formular acusación sostuvo que: «[...] Luego de escuchar al fiscal de cámara y el fiscal, esta parte querellante comparte el criterio sustentado en cuanto a la calificación legal y a la valoración probatoria que se le atribuye al imputado J O M» (a partir de la hora 11, minuto 23, 11 segundos). Aclaró al respecto su intención de no ser reiterativo.

Ahora bien, de lo expuesto se desprende que las partes acusadoras principiaron sus alegaciones partiendo de los hechos que le fueron intimados.

Esto es, el requerimiento de citación a juicio de fs. 1015/1050, el auto de elevación a juicio de fs. 1098/1100 y, finalmente el relato de los hechos formulado al inicio del debate.

En relación a la lectura de la acusación de la reproducción audiovisual del video (debate I_ 27-06-19 a partir del minuto 06:00), surge que el Dr. Peñasco impuso al imputado los hechos conforme surgían del auto de elevación a juicio de fs. 1098/1100, dando lectura a aquéllos.

Del detalle expuesto es que entiendo no le asiste razón al defensor en relación al planteo formulado, puesto que no se verifica el pretendido menoscabo al principio de la inviolabilidad de la defensa en juicio y debido proceso al impedirse a la defensa que refute la acusación por no conocer acabadamente los hechos que la componen.

Al respecto resulta claro que los acusadores, público y privado, partieron de los hechos relatados al momento de la apertura del debate, es decir aquellos vertidos en el auto de elevación a juicio, considerándolos acreditados en base a la valoración de los elementos de prueba válidamente incorporados.

Le asiste razón al a quo en que pretender la reiteración de los hechos cuando específicamente el Ministerio Público Fiscal los dio por reproducidos no resulta más que un formalismo vacío de sentido y que, la falta de enunciación en el alegato final no importa per se la necesidad de invalidar las conclusiones de las partes acusadoras.

Ello con más razón cuando se verifica, tal como lo señaló el tribunal de la instancia anterior, que la defensa, en la oportunidad de sus alegatos, contestó cada uno de los extremos fácticos que formaban parte de la acusación. Por los motivos expuestos es que corresponde rechazar el recurso casatorio promovido a fs. 1293/1313.

b.- A continuación corresponde dar tratamiento al recurso de casación formulado a fs. 1325/1344. Conforme adelanté, entiendo que tampoco los vicios atribuidos por el recurrente a la sentencia condenatoria se verifican. Paso a explicarlo.

En atención a las particularidades de la causa, en primer orden llevaré a cabo aclaraciones en referencia a la situación de la víctima para luego analizar la sentencia a la luz de los vicios que le atribuye el recurrente.

Estos últimos se refieren a la valoración de los elementos de convicción y la fijación de la plataforma fáctica, la determinación de la época de acaecimiento de los hechos y lo resuelto por el tribunal de instancia previa en orden a la prescripción.

b.1.- Del análisis de la presente se desprende que la víctima, A. M, pertenece a un sector vulnerable de la población, motivo por el cual estimo oportuno realizar algunas consideraciones en relación a los compromisos asumidos por el Estado argentino a fin de asegurar un efectivo acceso a la justicia (arts. 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

En particular respecto a la garantía de acceder a una investigación penal seria en relación a un delito cometido en ámbitos de incumbencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante SIDH) –esto, en el pleno entendimiento de la condición de obligación de medios que rige a su respecto–; considerando, a su vez, que la investigación criminal realizada en forma acorde a los mandatos de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos cumple la función de medida de reparación para la víctima y sus familiares, y como una garantía de derecho a la verdad.

Conforme los estándares internacionales y regionales, debo señalar que A. M, denunciante en las actuaciones en análisis, es titular de protección jurídica: por ser mujer y por haberse producido los hechos en un contexto de violencia de género.

Así, al verificarse los hechos denunciados, puede señalarse que se vería inmersa en una doble condición de vulnerabilidad que la atravesaría, por cuanto cada una de esas condiciones demandan una especial protección por parte de todos los agentes de la organización estatal, con el objeto de prevenir la violencia de la que históricamente han sido objeto; como también de los operadores del derecho, que están obligados a ser diligentes al momento de investigar, imprimiendo en el análisis de estos casos una lectura desde el enfoque de género, para brindar una solución justa en cada caso.

Tal como he sostenido en pronunciamientos anteriores, en lo que respecta a la investigación criminal como garantía del derecho a la verdad, importa destacar que tanto la Corte como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH y CIDH respectivamente), han sostenido que el derecho a la verdad se vincula de manera directa con los derechos a las garantías judiciales y de protección judicial, que se encuentran establecidos en los artículos XVIII y XXIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, así como en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (cfr. Informe CIDH, Derecho a la verdad en las Américas, 13 de agosto de 2014, párr. 66).

Este compromiso importa que el Estado tiene la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para investigar seriamente lo sucedido y, en su caso, sancionar a los responsables de los hechos. Este derecho no sólo pertenece a la víctima y sus familiares, sino también a la sociedad en su conjunto, cuando se han vulnerado derechos humanos (ver al respecto «**Concha, Jesús**»).

En este sentido la Corte IDH en el **Caso Bámaca Velázquez vs. Guatemala**, se pronunció por primera vez, reconociendo expresamente que el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de las víctimas o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que provienen de los derechos a las garantías judiciales y protección judicial, establecidos en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Cfr. **Corte IDH, Caso Bámaca Velázquez vs. Guatemala**, sentencia de 31 de enero de 2006, Serie C N° 70, párr. 201).

En el precedente «**Fc/Concha Jesús**», concretamente señalé que «[...] en pos de lograr tal objetivo, la Corte IDH ha determinado que las autoridades encargadas de las investigaciones tienen el deber de asegurar que en el curso de las mismas se valoren los patrones sistemáticos que permitieron la vulneración a los derechos y garantías reconocidos en las convenciones.

Sostuvo también, que para garantizar su efectividad, las investigaciones deben ser conducidas tomando en cuenta la complejidad de este tipo de hechos y de la estructura en la cual se ubican las personas probablemente involucradas en este tipo violaciones, de acuerdo al contexto en que ocurrieron, evitando así omisiones en la recaudación de prueba y en el seguimiento de líneas lógicas de investigación (Cfr. Informe CIDH, Derecho a la verdad en las Américas, 13 de agosto de 2014, párr.78)».

Por ello, y para una mejor comprensión de la problemática, hay que analizar el tema partiendo de dos premisas fundamentales: i) la violencia sexual contra niñas y mujeres es una de las manifestaciones más claras de una cultura patriarcal que fomenta el control del cuerpo y la sexualidad de las mujeres; y ii) que los patrones de discriminación estructural que padecen las mujeres proveen el escenario donde se reproduce y fomenta la violencia sexual (cfr. CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; parr. 17).

Por lo tanto, para brindar una solución justa para el caso sub examine debemos imprimir en su análisis una lectura desde el enfoque de género. Así, la violencia ejercida contra las mujeres en razón de su género ha merecido un especial amparo, a nivel supranacional a través de la Convención Interamericana para

Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), a la cual adhirió nuestro país mediante la sanción de la ley 24.632, en donde se establecen las obligaciones del Estado respecto de la erradicación de la violencia de género.

Del mismo modo, las 100 Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, adoptada durante la Cumbre Judicial Iberoamericana por los presidentes de las Supremas Cortes de Justicia, y aprobada por esta Corte mediante Acordada 24.023, tiene por objeto garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad y, entre ellas, a las mujeres, niñas y niños que forman parte de la población vulnerable por hallarse discriminadas en razón de su género.

A nivel nacional la Ley 26.485, estableció criterios en la interpretación de la prueba, que si bien constituyen pautas generales, importan un compromiso para el juzgador de valorar la prueba con perspectiva de género, es decir, con una mirada integral de la problemática, analizando las particularidades que presenta cada contexto en que se desarrolla el hecho.

Así el art. 16 de la ley establece la garantía de que la investigación se realice bajo un estándar de amplitud probatoria para acreditar los hechos «teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos», por su parte el art. 31 conmina a los operadores judiciales a que meriten, en orden a acreditar que el hecho tuvo lugar en un contexto de violencia de género, todas las presunciones que se construyan a través de indicios graves, precisos y concordantes (ver al respecto **«Brancello Urbón»**).

Por su parte, la jurisprudencia tanto en el sistema interamericano, como a nivel nacional, ha construido paulatinamente los lineamientos o estándares en la interpretación de la prueba en materia de género, y en su análisis han reflejado una visión integral de la temática y la especial ponderación del testimonio de la víctima.

La Corte IDH receptó esta problemática por primera vez en el caso **«Castro Castro vs. Perú»**, en donde valoró el testimonio de la víctima como «necesario y suficiente» en la determinación de los hechos, reiterando esta postura en los casos **«Rosendo Cantú e Inés Fernández Ortega vs. México»**. En el caso **«Campo Algodonero vs. México»**, la Corte IDH delineó estándares de prueba en supuestos en los que la víctima había fallecido, valiéndose de otros elementos independientes a la declaración de las víctimas para acreditar la violencia desplegada hacia la mujer.

En el caso, consideró suficiente para tener por probado el ensañamiento de carácter sexual padecido por las víctimas, el hallazgo de los cuerpos desnudos y mutilados.

Establecido ello, entiendo que el tribunal a quo interpretó en forma satisfactoria los estándares probatorios delineados, tanto en el sistema interamericano, como en el orden nacional, por cuanto para la acreditación de los hechos constitutivos de la agresión sufrida por A. M, tomó en consideración todos los elementos de juicio incorporados legítimamente al debate bajo el paradigma de valoración que impone el tema traído a estudio.

Por último, considero oportuno recordar, por su pertinencia al presente caso, que he señalado «[...] entiendo que una sentencia justa que ponga de manifiesto la verdad de los hechos, y la individualización y castigo de su responsable constituye per se una medida de reparación para la víctima y sus familiares. En este sentido, la CIDH entendió que forma parte del derecho a la reparación por violaciones de los derechos humanos, en sus modalidades de satisfacción y garantías de no repetición, el derecho que tiene toda persona y la sociedad a conocer la verdad íntegra, completa y pública sobre los hechos ocurridos,

sus circunstancias específicas y quienes participaron en ellos (cfr. CIDH, Informe Nº 37/00, Caso 11.481, Monseñor Oscar Arnulfo Romero y Galdámez, El Salvador, 13 de abril de 2000, párr. 148).

En este entendimiento, el ex juez interamericano Augusto Cancado Trindade en su voto razonado en el caso «Bulacio c/ Argentina», ya destacó que las reparaciones revisten un doble significado: proveer satisfacción a las víctimas, o sus familiares, cuyos derechos han sido violados, y restablecer el orden jurídico quebrantado por dichas violaciones (Cfr. Corte IDH, «Caso Bulacio c/ Argentina». Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 18 de setiembre del 2003. Serie C, Nº100. Voto razonado del Juez Cancado Trindade, párr. 37).

En conclusión, mi pretensión es la de destacar la importancia de que los operadores del derecho lleven adelante una investigación diligente y guiados por los particulares contextos en que se desarrollan los hechos violatorios de derechos humanos, y la aplicación de los estándares probatorios ya delineados a fin de obtener una decisión justa que determine la verdad de los hechos y, en su caso, el castigo de sus responsables. Todo ello implica, en definitiva, y como medida de reparación, poner en valor a las personas como titulares de los derechos reconocidos en las convenciones de derechos humanos».

b.2.- Ahora bien, concretamente en relación a la sentencia condenatoria, el defensor de J M sostiene que:

a) el rechazo parcial de la excepción de falta de acción por prescripción vulneró el art. 2 del CPP;

b) se llevó a cabo una incorrecta valoración de la prueba al apartarse del método de la sana crítica racional y;

c) existió por parte de la presidenta del Tribunal una actuación parcial que importa la nulidad del acto procesal. Del examen de los agravios propuesto se desprende que los descriptos en los puntos a y b, fueron parte de las objeciones planteadas en el alegato final por parte de la defensa, frente a las conclusiones de las partes acusadoras y, por ello recibieron tratamiento y fueron refutados por el tribunal a quo.

De tal manera tales argumentos no resultan novedosos ni suficientes al momento de desvirtuar los motivos que en el acto sentencial se exponen para ser rechazados.

En efecto, la duda que pretende el defensor del imputado debió operar al momento de resolver la prescripción de la acción no se verifica puesto que a mi criterio la valoración de los elementos de convicción se llevó a cabo acertadamente y respetando los principios de la sana crítica racional. Ahora bien, analizado el recurso entiendo que el núcleo central de la crítica gira en torno a la valoración de las declaraciones de A. M y a la pretensión de que aquéllas son falaces.

De tal manera el recurrente desarrolla el recurso tratando de enervar las conclusiones a las que llega el tribunal de sentencia en torno a la determinación del momento en que ocurrieron los hechos, cuestionando la decisión del sentenciante en torno a la no prescripción de los hechos más graves. Contrariamente, concuerdo con el sentenciante, en el valor asignado a las manifestaciones de A. M.

En ese sentido noto que, en lo sustancial, no sufrieron modificaciones en las diversas oportunidades en que le tocó declarar. Tampoco se advierte, pese al criterio expuesto por el recurrente, la intención de perjudicar al imputado J M, al formular la denuncia, motivo por el cual desde este aspecto su declaración puede ser válidamente ponderada.

Por último coincido con el a quo en que sus dichos aparecieron coherentes y se encontraron corroborados por otros elementos periféricos, tales como el resultado de las exámenes psicológico-psiquiátricos realizados y las declaraciones vertidas en el debate por el Lic. Francisco Izura.

Éste apreció el relato de la denunciante como confiable, creíble, lógico con detalles de contexto, ausente de contradicciones y con un correlato emocional con presencia de angustia que por momentos no le permitía seguir hablando en razón de la vergüenza y culpa que le generaban.

Así también brindó explicaciones sobre el olvido de algunas situaciones. En la misma dirección se expidió la Lic. Cucci y el Dr. Agasso del EdeAAS al otorgar crédito a las manifestaciones de A. M.

En abono de los dichos de la denunciante se encuentran también las declaraciones de los profesionales que la atendieron en forma particular, Samaja y Bonino, como también de L. C. –ex novio de A. M– y A. B.. En efecto y específicamente en relación a la fecha en que ocurrieron los hechos, A. M al declarar en el debate no estuvo en condiciones de aportar la fecha exacta en que acontecieron aquellos. No obstante, brindó datos que permitieron establecer con precisión el mes y año en que las agresiones con contenido sexual comenzaron a ocurrir.

En este sentido debe destacarse no sólo las referencias a la terapia desarrollada y la fecha allí sugerida vinculada al número doce –en relación a la edad que contaba A. cuando las agresiones sexuales iniciaron– sino también las fotografías aportadas.

En refuerzo de esta idea concurre la circunstancia de que la denunciante en la primera oportunidad en que depuso (fs. 1) señaló que no recordaba fecha exacta; sin embargo manifestó que el primer episodio ocurrió en octubre de 2.007 y explicó también que las agresiones comenzaron cuando su padre se separó de la madre de sus hermanos más chicos (A. F.) y ella y su papá –J M– se fueron solos a vivir a la casa de la calle A. Á. ... de S. R. donde comenzaron a ocurrir los hechos.

Agregó que este acontecimiento ocurrió cuando ella tenía diez u once años y que las agresiones cesaron cuando tenía alrededor de catorce.

En abono de esa circunstancia se encuentran las manifestaciones de Alfonsina Fernández (fs. 217), ex pareja de J M, quien aseguró que crió a A. desde los seis hasta los once años de edad y que la joven le contó que los hechos habían ocurrido desde sus once hasta sus trece años de edad. A ello añadió que A. se fue a vivir con su padre cuando ella y el imputado se separaron.

Así, las conclusiones a las que se llega en el acto sentencial, no resultan a mi modo de ver arbitrarias ni desconectadas de los elementos de convicción.

Por el contrario, lucen acertadas y en atención al primer acto interruptivo ocurrido en la causa y lo dispuesto por los arts. 67 y 62 inc 2 del CP. el agravio dirigido a criticar la decisión adoptada en torno al planteo de prescripción no puede tener acogida favorable.

No obstante ello, debo señalar que si bien coincido con la solución brindada por el juez de instancia anterior, en cuanto a la vigencia de la acción penal al momento de formular la víctima la denuncia, distintas razones sustentan mi decisión, conforme tuve oportunidad de expedirme en el **precedente «Díaz»** (Exp. Nº 110.561, 14/11/2013).

Cabe aclarar que en tal oportunidad se encontraba vigente la **ley 26.705 (B.O. 5/10/2011)**, la que reformó el art. 63 del CP y estableció en relación a los delitos previstos en los arts. 119, 120, 124, 125, 125 bis, 128, 129 -in fine-, y 130, párrafos segundo y tercero del CP, que «cuando la víctima fuere menor de edad la prescripción de la acción comenzara a correr desde la medianoche del día en que éste haya alcanzado la mayoría de edad».

Posteriormente, dicha disposición fue derogada, mediante el dictado de la ley 27.206 (B.O. 9/11/2015), la que además de sumar los arts. 145 bis y 145 ter al elenco de tipos penales en donde se encontraba condicionado el comienzo del curso de la prescripción de la acción, agregó al recaudo de la mayoría de

edad, que la víctima «formule por sí la denuncia o ratifique la formulada por sus representantes legales durante su minoría de edad».

No obstante ello, entiendo que la reforma operada por la última de las leyes citadas, comparte los fundamentos de la primera reforma, en cuanto ambas tuvieron como objetivo el cumplimiento de los compromisos internacionales asumidos por el Estado argentino en materia de género y de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes (NNyA).

En efecto, y tal como destaque en el citado precedente, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño –art. 75 inc. 2º de la CN– impone al Estado Argentino la adopción de medidas tendientes a asegurar al menor la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar (art. 3 apartado 2 y art. 4).

Por su parte, la ley 26.061, que adecúa la normativa nacional al paradigma de la protección integral de los NNyA, dispone el derecho a proteger su integridad física, sexual, psíquica y moral (art. 9), y establece que cuando existiere conflicto entre los derechos e intereses de los menores frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, deberán prevalecer los primeros (art. 3 última parte). Asimismo, no debemos soslayar que en el presente caso estamos frente a un supuesto de violencia contra la mujer por razones de género.

En tal sentido, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belem Do Para,) incorporada a nuestra legislación mediante ley 24.632 (B.O. 9/04/1996), considera a la violencia sexual como una de las manifestaciones de violencia contra la mujer por razones de género (art. 2).

Como así también, impone a los Estados partes la obligación de prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (art 7). Por ello, en el precedente ya citado, y en términos aplicables al caso sub examine, señalé que «[...]del contenido del art. 63 del CP (ley 26.705) surge que las personas de dieciocho años de edad –momento en el cual adquieren plena capacidad civil [...] y madurez suficiente para efectuar denuncia y afrontar un proceso penal-, pueden defenderse contra los abusos contra la integridad sexual padecidos durante su niñez en la que dependían de una representación legal forzosa [...]».

Entendí que esta solución «resulta conteste con la normativa internacional que protege los derechos fundamentales y de los niños y niñas a través de la legislación penal».

Con base a lo expuesto, estimo que las disposiciones del **art. 62 del CP**, vigentes al tiempo de la comisión de los sucesos objeto del proceso, deben ser interpretadas en consonancia con las disposiciones del derecho internacional referidas, las que se encontraban vigentes al momento de comisión de los hechos, y demandaban a los Estados partes «adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva esta Convención» (Convención de Belem Do Para, art. 7 inc. h).

Por ello, conforme al criterio que sustentó y no obstante compartir la solución del sentenciante en lo que constituye objeto de agravio, estimo que resulta irrelevante la discusión pretendida por la defensa en torno a la determinación de la fecha en que efectivamente habrían acontecido los hechos, en función de la pretendida prescripción de la acción penal.

En relación a las críticas formuladas en punto a la valoración de los medios de prueba, tal como adelanté, no las comparto.

En primer lugar el testimonio de A. M ha resultado adecuadamente ponderado y tomando en consideración las pautas señaladas al iniciar la solución. Así también fueron valorados el resto de los elementos de convicción tales como testimoniales de A. C., A. A., J. B., M. S., R. S., L. C. y A. B..

En ese sentido es que las críticas formuladas en torno a la interpretación de manifestaciones de testigos e, incluso de las declaraciones del Dr. H., no logran desmerecer el valor convictivo de los medios probatorios señalados al elaborar sus conclusiones el a quo. Por otra parte tampoco puede tener acogida favorable el cuestionamiento formulado en torno a la negativa a admitir prueba vinculada con el listado de llamados entre J M y A. M.

Estimo, tal como advierte el Procurador General, que además de no resultar su ofrecimiento el momento procesal oportuno, la defensa no explica cómo el resultado de dicha medida no lograría conmovir el valor convictivo de la declaración de la denunciante, si se tiene en cuenta el resto de la prueba.

En ese sentido advierto que tampoco en el escrito recursivo el defensor técnico ha explicado el objeto de la medida solicitada, qué pretendía probar y de qué manera se habría visto afectada la ponderación llevada a cabo.

Tampoco la falta de investigación de hechos de connotación sexual de los que habría sido víctima A. en su primera infancia, menoscaban el acto sentencial cuestionado, puesto que éstos no fueron denunciados por aquella y por ello no resultaron objeto de la investigación llevada a cabo por el Ministerio Público Fiscal, ni tampoco objeto de persecución para el acusador privado.

Finalmente, y en orden al mérito de los elementos convictivos y la labor desarrollada por el tribunal en el acto sentencial, concuerdo con el Procurador General en que en él se detalla el desarrollo que tuvo que llevar a cabo A. para llegar a radicar la denuncia y su necesidad de buscar medios probatorios que avalasen sus dichos.

De tal manera acertadamente se descartó el fin económico alegado por la defensa.

Tampoco debe tener trascendencia el motivo que finalmente la llevó a denunciar los hechos puesto que como, se refirió, se comparte la calificación asignada a sus manifestaciones, en el sentido de que aparecen como verdaderas. En otro orden, no impacta en la validez de la resolución cuestionada la crítica que se dirige contra las explicaciones dadas por la presidente del Tribunal a A. M.

En este sentido coincido con el titular del Ministerio Público Fiscal en que la intención de la a quo consistió en explicar a la deponente la trascendencia de su declaración pretendiendo evitar su victimización secundaria por la sustanciación del proceso penal.

En ese sentido en la sentencia se señala (ver fs. 1243 vta.) que tal fue el objeto de la intervención a la que alude el recurrente, en tanto que las preguntas formuladas –y no objetadas por la defensa en esa ocasión– resultaron aclaratorias.

Finalmente, no puede ser acogido el argumento del recurrente consistente en que el tribunal de sentencia adoptó una visión parcializada que se denota en los adjetivos con los que pondera a la denunciante.

Entiendo –luego de analizar el acto sentencial cuestionado– que tales adjetivos han sido utilizados para calificar la versión de A. M y el mérito que le asignaron, circunstancia que se repite en relación al resto de los elementos de convicción.

Conforme lo expuesto, entiendo que el tribunal de juicio ha llegado al grado de convicción necesario para tener por acreditados los hechos objeto del proceso, basándose en la ponderación de los elementos de prueba incorporados a la causa con la conformidad de las partes, conforme a las reglas que impone la sana crítica racional y con perspectiva de género; no advirtiéndose fisuras ni arbitrariedades en su razonamiento.

Por ello, entiendo que corresponde dar respuesta negativa a la primera cuestión sometida a consideración de esta instancia. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. O. A. PALERMO, DIJO: Puesto a resolver el recurso casatorio promovido coincido con la solución a la que llega mi colega preopinante y, en cuanto a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género, me remito a lo oportunamente señalado en «**Di Cesare Morales**» y «**Mejía Salvador**» por resultar aplicable en ese aspecto el presente caso.

En relación al criterio que respecto a la prescripción de la acción penal refiere el ministro preopinante estimo que conviene recordar el que sustenté en el **precedente «Lucero Ramírez»**. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Comparto la solución a la que arriban mis colegas de sala y considero oportuno referir que del análisis del acto sentencial emerge que el sentenciante asumió una perspectiva integral en relación con los criterios de valoración señalados en la Ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollan sus relaciones interpersonales.

En este sentido, debo señalar que sobre la cuestión tuve ocasión de pronunciarme en diversos precedentes («**Cruz Caporiccio**», «**Merlo Lassa**»; «**Quiroga Morales**»; «**Ojeda Pérez**»; «**Vázquez Tumbarello**»; entre otros).

Especialmente en «**Ojeda Pérez**» afirmé que «[...] comparto que aquella concepción según la cual la perspectiva o visión de género es una “categoría analítica que toma los estudios que surgen desde las diferentes vertientes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma, cuestionar los estereotipos y elaborar nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad al servicio de la igualdad y la equidad” (UNICEF, “**Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas**”, Buenos Aires, 2017).

Destaco la idea de igualdad contenido en la definición en tanto se encuentra no sólo consagrada expresamente en el texto constitucional (art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza), sino, también, en el ámbito de la normativa internacional.

Así, entre otros, la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” - Belem Do Pará -, garantiza que toda mujer tiene “el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley” (art. 4, inc. “f”).

Consideré también en esa ocasión que «[...] en nuestro ordenamiento interno, la ley nacional 26.485 es una norma orientada pura y exclusivamente a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las “mujeres”. En tal sentido, entre sus objetivos primordiales, el propio texto promueve y garantiza “la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida”, “el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia”, “las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos”, como también, “la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres”(art 2, inc. a, b, c y e respectivamente)».

Así, «[...] ese texto normativo vino a imponer un verdadero “deber jurídico” para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas.

Sus destinatarios directos son aquellos sujetos que integran los órganos decisores en el marco de los procesos judiciales penales, ya sea por el lado de quienes resultan facultados para disponer sobre el curso de investigación, como también, respecto de quienes son los encargados de su juzgamiento».

Ese deber jurídico no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley. Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que «[l]os organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativos, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional [...] los siguientes derechos y garantías: i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son su naturales testigos [...]» (art. 16)».

Ahora bien, «[...] además de ese deber genérico, ya en el terreno que resulta propio a la actuación de los órganos de justicia dentro de los procedimientos jurisdiccionales penales, el texto legal contiene dos normas que consagran lineamientos funcionales para los operadores del sistema de administración de justicia en el abordaje de la problemática de género.

En consonancia con el sistema de protección integral, se consagra el principio de «amplia libertad probatoria» para tener por acreditados “los hechos denunciados, evaluándose las pruebas ofrecidas de acuerdo con el principio de la sana crítica. Se considerarán las presunciones que contribuyan a la demostración de los hechos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes” (art 31)».

De tal manera «[...] el texto legal vigente [ley 26.485] no introduce un nuevo método de valoración probatoria para los casos de violencia de género, puesto que siempre la prueba debe valorarse conforme al sistema de la sana crítica racional (**art. 206 y 409 del CPP**).

A mi modo de ver, la imposición de un método de valoración de la prueba como herramienta obligatoria para el abordaje de esta problemática, se justifica ante la necesidad de evitar que los órganos jurisdiccionales decisores puedan apartarse en la adopción de decisiones, del contexto fáctico que es propio a este género de conductas delictivas».

Así, «[...] el acierto de la ley consistió en establecer, en forma igualitaria, un método de valoración que evite la discriminación que en ocasiones ocurría por prácticas derivadas de la cultura jurídica patriarcal inquisitiva, que se transformaron en consuetudinarias, y que era necesario erradicar.

Repárese que es la propia Convención Belem Do Pará donde se fija, como un deber de los Estados el “tO todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer” (art. 7, inc. “e”)».

Ello no resulta novedoso para la labor jurisdiccional en razón de que «[...] siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba –objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento. Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto.

Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas».

Conforme a lo expresado «[...] es el contexto en el que se inserta el hecho delictivo el que viene a determinar el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio. Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres el testimonio de la víctima ostenta un valor fundamental en la

comprobación de los extremos de una imputación delictiva, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la responsabilidad penal derivada del mismo».

Por todo ello, uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo. A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables.

De tal manera «[...] uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo. A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables».

De no proceder de esta manera estaríamos recreando la sociedad estamental –con características propias– del Estado premoderno, lo que implicaría una vulneración del principio de igualdad –consagrado en el art. 16 de la CN y 7 de la CM–, el que, a su vez, constituye uno de los pilares de la República Federal. A lo señalado debe sumarse, tal como destaqué en el **precedente «Vázquez Tumbarello»**, la relevancia de la ley 27.499, denominada **«Ley Micaela»**, en tanto dispuso la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra la mujer para todas las personas que desempeñen la función pública, en cumplimiento del objetivo señalado.

Conjuntamente con aquella normativa la **Acordada n° 29.318** de esta Suprema Corte de Justicia, y su anexo «Programa de capacitación permanente para la incorporación de la perspectiva de género en el marco de la Suprema Corte de Justicia».

Así, con fundamento en el principio de igualdad y la consecuente prohibición de discriminación, se dispusieron una serie de acciones concretas para asegurar la «igualdad real» de las mujeres en sus relaciones interpersonales.

En conclusión, entiendo que la trascendencia de la **ley 26.485** radica no en conformar un estatus jurídico distinto aplicable a la mujer, sino que mediante la capacitación dirigida a los funcionarios públicos y, en lo que aquí interesa, a funcionarios y magistrados del poder judicial, se otorgue una perspectiva para valorar los elementos probatorios bajo el prisma de la igualdad consagrada en la normativa nacional.

Ella debe estar despojada de estereotipos y prácticas relacionadas con la cultura jurídica patriarcal-inquisitiva, plasmada en usos y costumbres que importaron, e importan, prácticas que impiden poner en contexto los medios convictivos al momento de su ponderación.

Estas consideraciones, como adelanté, las entiendo plenamente aplicables al caso por cuanto nos encontramos frente a un supuesto de violencia de género en donde el tribunal de instancia anterior ha tenido en cuenta los parámetros antes referidos al momento de la ponderación de los elementos de prueba obrantes en la causa.

En razón de resultar estas consideraciones aplicables al presente caso, al verificarse que el tribunal de sentencia valoró los diversos elementos de prueba incorporados a la causa con la debida perspectiva de género que imponían los hechos investigados, considero que debe contestarse de manera negativa la primera cuestión planteada. Ahora bien, y toda vez que el ministro que lidera el voto en la presente sentencia formula mención a la postura que sustentó en el precedente que invoca, conviene recordar la posición que he sostenido en los **precedentes «Lemos Delfino», «Camargo J» y «Lucero Ramírez»**. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. O A. PALERMO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. O A. PALERMO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando RESUELVE:

- 1.- Rechazar los recursos de casación interpuestos por el defensor técnico de J M L a fs. 1293/1313 y 1322/1344 y, en consecuencia, confirmar la sentencia lo resuelto en fecha 29 de julio de 2.019 (fs. 1232 y vta.) y la sentencia Nº 563, dictada por el Tribunal Penal Colegiado Nº 1 de la Segunda Circunscripción Judicial.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. O A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

23- GUERRA. 17-06-20.

| | | | | | | | | | | | | | | |
|-----------|-------------|----------|-----------|------------|---------|---------|----------|---------|---------|---------|---------|-------------|---|------------|
| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
| VG | Par. | M | AI | PCE | - | - | A | - | - | - | - | - | - | 474 |

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200617_FcGuerra.pdf

Lex: Art. 119, 3°, 4° inc. a y d, 10, 41 del CP. Art. 2, 8.1, 8.2.h de la CADH. Res. 1/08 CIDH. Arts. 10 y 41 del CP. Ley 24660. Ley 8465.

Vox: VG. Abuso sexual agravado. Acceso carnal. Arma impropia. Grave daño en la salud mental. Casación in pauperis. Determinación de la pena. Sentencia firme. Presentación extemporánea. Cómputo firme. Habeas corpus. Impugnabilidad objetiva. Impugnabilidad subjetiva. Defensa eficaz. Tutela judicial efectiva. Garantía de doble instancia o doble conforme. Prisión domiciliaria. HIV. COVID- 19. Acuerdo Interinstitucional.

Summa:

El **TPC** condenó al acusado a la pena de **quince años de prisión** por considerarlo autor penalmente responsable del delito de abuso sexual agravado con acceso carnal mediante la utilización de un arma impropia que provocó grave daño en la salud mental de la víctima (art. 119, 3° párrafo en función con el 4° párrafo inc. d, última parte, e inciso a, segunda parte del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación. Prestación in pauperis del señalado.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 52, pronunciada por el TPC N° 1- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

El dies a quo para el cómputo del plazo para interponer el recurso comienza con la notificación de la decisión en forma personal al imputado.

- Domínguez Lucero

Competencia limitada de la SCJM: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/consultar.php>

- Vargas Suárez
- Bardinella
- Yáñez Fonseca
- Elizondo

b-CIDH

- Caso Mohamed vs. Argentina. 23-11-12:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_255_esp.pdf
- Caso Barreto Leiva vs. Venezuela. 17-11-09:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_206_esp1.pdf
- Caso Mendoza y otros. 14-05-13.
https://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nld_Ficha=388
- Caso Gorioitía vs. Argentina. 02-09-19:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_382_esp.pdf

- Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. 02-07-04:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf
- Caso Baena Ricardo y ots. Vs. Panamá. 02-02-01:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_72_esp.pdf
- Caso Zegarra Marín vs. Perú. 15-02-17:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_331_esp.pdf
- Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala. 29-02-16:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_312_esp.pdf
https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?lang=es&nId_Ficha=453

c-CSJN

- Dubrá
- Ruiz Ramón
- Gordillo, Raúl
- Fallos 342:122; 327:5095; 330:487; 330:4471; 333:1469

d- CFCP., Sala de Feria

- Ramírez, Sofía
- Miranda, Stella María

SCJM. Dres.: **Palermo.** Adaro. Valerio. (Discrepancia parcial)

Fallo.

CUIJ: 13-04636831-7/1((018601-107521)) GUERRA TERRONES LUIS DAVID P/ RECURSO DE CASACION IN PAUPERIS *104720536*

En Mendoza, a los diecisiete días del mes de junio del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04636831-7/1 caratulada "F. C/ GUERRA TERRONES, LUIS DAVID P/ RECURSO DE CASACIÓN IN PAUPERIS".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. OMAR A. PALERMO, segundo DR. MARIO D. ADARO y tercero DR. JOSÉ V. VALERIO.

La Sexta Defensoría Oficial, en representación de Luis David Guerra Terrones, formula recurso de casación (fs. 17/23) contra la sentencia n°52 pronunciada en los autos principales n° P-107.521/16 por el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial, por cuanto condenó al acusado a la pena de quince años de prisión por considerarlo autor penalmente responsable del delito de abuso sexual agravado con acceso carnal mediante la utilización de un arma impropia que provocó grave daño en la salud mental de la víctima (art. 119, 3° párrafo en función con el 4° párrafo inc. d, última parte, e inciso a, segunda parte del CP).

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

La decisión impugnada tuvo por acreditado el hecho atribuido a Luis David Guerra Terrones, según el cual el acusado se presentó en el domicilio de su ex esposa A.M.V.M., y mantuvo relaciones sexuales no consentidas por ella. Guerra Terrones llevó adelante esa conducta con conocimiento de que era portador de SIDA, y con el objeto de contagiar a su ex esposa.

Para arribar a tal conclusión, valoró principalmente el testimonio de la víctima, la declaración del acusado, los mensajes enviados desde el teléfono de la víctima al acusado, los testimonios de Denis Pilco, Norma Quispe y Joaquín Gutiérrez y los informes sobre el estado de salud del acusado y la víctima –v. registro de la audiencia de sentencia–.

2.- Recurso de casación

A fs. 17/23 la Sexta Defensoría oficial formula recurso extraordinario de casación, con reserva del caso federal.

Solicita se case la sentencia condenatoria en cuestión, se revise la condena, se reduzca la pena y se otorgue el beneficio de la prisión domiciliaria del que gozaba el acusado antes del debate.

Funda su planteo en el art. 474 inc. 1° del CPP, por considerar que la decisión adolece de vicios in iudicando en la aplicación de derecho sustancial doméstico e internacional, en particular en relación con las normas contenidas en los arts. 10 y 41 del CP para efectivizar la determinación judicial de la pena y denegar la prisión domiciliaria, y en la Resolución 01/08 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Afirma que el recurso presentado in pauperis formae por el imputado, luego sustentado jurídicamente por aquella defensoría pública, fue planteado dentro del término legal para hacerlo.

Además, aclara que el recurso de casación formalizado por esa defensa fue interpuesto directamente ante este Tribunal en razón de la notificación a efectos de fundar el recurso que le fue cursada.

Advierte que su defendido padece HIV, por lo que no corresponde extremar pruritos formales, sino asegurar la tutela judicial efectiva.

La defensa se agravia de la inobservancia del art. 41 del CP al determinar la pena de Guerra Terrones. Dicha norma alude a «los demás antecedentes y condiciones personales» para fijar la pena concreta, criterio que en el caso es de gran relevancia pues el condenado padece una enfermedad crónica incurable y potencialmente terminal. De modo que imponerle 15 años de prisión –tal el caso– responde a una falta de consideración. Ese monto de pena supone que el condenado pasará el resto de su corta expectativa de vida sometido a pena, la cual pierde la más mínima eficacia de resocialización y se torna simplemente retributiva. La pena impuesta en estas condiciones impide cualquier retorno a la vida libre y expone al condenado a una situación grave de vulnerabilidad.

Esto también implica, a su entender, la inobservancia del art. 10 del CP, pues nada impedía que la situación de detención domiciliaria de que gozaba se mantuviera.

Explica que la modalidad domiciliaria se concedió porque la enfermedad que padece Guerra Terrones produce picos de una infección intestinal conocida como criptosporidiasis, altamente contagiosa y que podría perjudicar al resto de la población carcelaria.

A esto se agrega que el fundamento del a quo para rechazar la continuidad de esta modalidad radica en el art. 280 del CPP, norma que está prevista para las medidas de coerción de personas sin condena pasada en autoridad de cosa juzgada, inaplicable al caso pues la sentencia condenatoria se encuentra firme (sic) y se está ejecutando.

Aclara que el condenado tiene cómputo de pena firme y que se encuentra a disposición del Juzgado de Ejecución.

En lugar de la norma procesal invocada por el a quo, a entender de la defensa debió aplicarse la **ley 24.660**, lo cual también hubiera sido más acorde a los compromisos internacionales asumidos por nuestro país y obligatorios en virtud de lo dispuesto por los arts. 26 y 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

Afirma que se omitió aplicar los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de Personas Privadas de Libertad en las Américas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en particular el principio 1 sobre la obligación de brindar un trato humano y respetuoso de la integridad personal; el principio 2 sobre la vigencia de las garantías fundamentales; y el principio 10 sobre derecho a la salud, tratamiento y medidas especiales.

Considera que el Estado se encuentra en posición de garante respecto de Guerra Terrones, y que eso implicaba tomar en consideración de manera distinta su padecimiento.

Subsidiariamente, solicita se canalice la impugnación como acción de **habeas corpus**.

3.- Dictamen del señor Procurador General

A fs. 44/45 se expide sobre la impugnación el Procurador General, quien aconseja su rechazo. Afirma el titular del Ministerio Público Fiscal que el recurso procede desde el punto de vista formal aunque no desde el sustancial.

Explica que la pena impuesta se encuentra dentro de la escala penal legal, incluso alejada del máximo previsto para el delito en cuestión –esto es, veinte años–. Sostiene que –contrariamente a lo afirmado por el defensor– la enfermedad que padece Guerra Terrones fue tomada en consideración por el a quo al imponer la pena, la que a la luz del delito cometido no aparece desproporcionada.

Lo mismo ocurre sobre la modalidad de detención, que fue debidamente evaluada por el a quo, que explicó que el acusado usaba su enfermedad como un arma, que quiso contagiar a su ex pareja y que ese peligro es actual y vigente.

Además, señala que el juez de instancia previa meritó un informe emitido por personal penitenciario, donde se da cuenta de las posibilidades efectivas de tratar debidamente al condenado.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

En adelanto de las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que corresponde rechazar el recurso casatorio impetrado.

A los efectos de fundamentar la decisión, el abordaje seguirá el siguiente esquema argumentativo: en primer lugar, deslindaré cuestiones de admisibilidad formal del recurso; en segundo orden, ingresaré al análisis de los agravios de la defensa y los contrastaré con la decisión del a quo.

En tercer lugar, realizaré algunas consideraciones en relación al contexto de emergencia sanitaria en el que esta sentencia es pronunciada y a la enfermedad que padece Guerra Terrones.

a.- Sobre la procedencia formal de la impugnación

En este apartado me ocuparé de explicar tres cuestiones excepcionales que presenta el caso en tratamiento.

En primer lugar (i), por qué corresponde dar trámite al recurso a pesar de que ha sido planteado directamente ante este Tribunal. En segundo lugar (ii), daré cuenta de las razones por las cuales el planteo es procedente en términos de impugnabilidad objetiva y subjetiva. Por último (iii), explicaré por qué si bien la interposición resulta prima facie extemporánea, existen motivos para que esta Suprema Corte de Justicia ingrese a la sustancia de las cuestiones planteadas.

Adelanto que, según mi criterio, el cumplimiento de los requisitos formales establecidos por las normas procedimentales compete a los profesionales que representan los intereses de las partes.

Cuando se encuentra en juego la vigencia de una garantía fundamental destinada a asegurar el debido proceso, el incumplimiento de estas reglas formales no puede repercutir perjudicialmente sobre el acusado, sino que –en todo caso– debe determinar la posible responsabilidad profesional de su representante.

i.- Debe dejarse claro que la regla para la interposición del recurso de casación es su formulación ante el Tribunal que dicta la resolución recurrida, el que debe expedirse sobre su concesión de conformidad con lo dispuesto por los arts. 480 y 481 del CPP.

En el caso que nos ocupa se ha dado trámite al recurso, lo que resulta adecuado en atención al **carácter in pauperis formae de la presentación** efectuada por el peticionante directamente ante esta Suprema Corte de Justicia, a efectos de garantizar el acceso a la tutela judicial efectiva sin dilaciones indebidas.

Este curso excepcional se justifica dados los términos en los que fue formulada la presentación, que daba cuenta de una potencial falta de defensa técnica del acusado y del padecimiento de una enfermedad grave; así como por las demoras que se verificaron en la provisión de su defensa técnica –v. fs. 07/14–.

Sin embargo, este proceder resulta a todas luces excepcional y de ninguna manera implica una afectación de la vigencia del procedimiento establecido por el CPP, por lo que no puede derivarse de esta circunstancia una regla general extensible a otros casos.

ii.- Examinado el recurso se advierte que se satisfacen los recaudos de **impugnabilidad objetiva** exigidos por el art. 475 del CPP, en tanto se dirige a cuestionar una sentencia definitiva por la que se condenó al

recurrente por el delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por su comisión mediante la utilización de un arma impropia que provocó un grave daño en la salud mental de la víctima (art. 119, 3° párr. y 4° párr. inc. d última parte y a segunda parte del CP).

Por lo tanto, la decisión resulta susceptible de ser revisada por la vía casatoria. También se verifican los recaudos de impugnabilidad subjetiva, en razón de haber sido deducido por la defensa técnica del imputado, conforme las previsiones del art. 478, inc. 3 del CPP. No obstante, de las constancias de la causa se advierte la extemporaneidad en su presentación. Veamos.

iii.a.- El art. 480 del CPP fija el plazo para la interposición del recurso extraordinario de casación en quince días contados desde que la resolución cuestionada es notificada. En autos, el cómputo del plazo ha de contarse desde la lectura de los fundamentos del fallo, lo que ocurrió el día 26 de junio de 2018 en presencia del imputado y su defensa técnica.

Este extremo surge de la compulsión de los registros audiovisuales correspondientes a la causa n° P-107.521/16 caratulada «**F.c/Guerra Terrones, Luis David** p/ abuso sexual agravado» requerida por este Tribunal, donde se observa que los fundamentos de la sentencia impugnada fueron pronunciados en forma oral, en presencia del acusado y su defensa.

Además, a fs. 731 de los autos principales n° P-107.521/16 obra un acta elaborada por la relatora Virginia Colombi donde consta que tanto Guerra Terrones como su defensor se encontraban presentes en la audiencia en la que se pronunció la sentencia y sus fundamentos.

Si bien el acta está fechada el día 26 de mayo de 2018, tanto la fecha de la sentencia obrante a fs. 732 y vta., como el contenido del acta y la cronología de la foliatura del expediente permiten advertir que esa fecha corresponde a un error material en la consignación del mes en que tuvo lugar el acto, lo que también se verifica respecto de las demás constancias elaboradas a fs. 726 y 727, en las que se dio cuenta de actos ocurridos en el mes de junio, pero con fechas de mayo de 2018. Esta circunstancia, en todo caso, en nada modifica la conclusión a la que arribaré.

En definitiva, el plazo para la interposición de la vía recursiva intentada se agotó durante las dos primeras horas de oficina del día hábil siguiente al del vencimiento (por secretaría especial).

A esto se agrega que, luego de ello, el Tribunal de instancia previa realizó el correspondiente cómputo de pena, que no fue observado por la defensa y que fue expresamente consentido por el imputado una vez notificado –v. fs. 752 de los autos principales–.

Teniendo en cuenta que según constancias de fs. 1 y 2 de estos autos la voluntad impugnativa fue manifestada por Guerra Terrones en forma in pauperis el día 17 de diciembre de 2018, en principio, la misma resultaría extemporánea. Conforme a la norma procesal, correspondería denegar por extemporaneidad el recurso (art. 455 del CPP), vía rechazo formal.

Así lo ha resuelto este Tribunal con anterioridad, habiéndose señalado que el dies a quo para el cómputo del plazo para interponer el recurso comienza con la notificación de la decisión en forma personal al imputado. Esta tesis fue sostenida en «**Domínguez Lucero**», con cita de los fallos de la CSJN «**Dubrá**», «**Ruiz Ramón**» y «**Gordillo, Raúl**», entre otros.

iii.b.- Sin embargo, las características del caso que nos ocupa, así como los argumentos empleados por la defensa para sostener la procedencia formal de la impugnación, exigen una interpretación integral del plexo normativo.

Si bien esto rige para todo caso sometido a decisión, en particular ante el tratamiento de cuestiones vinculadas al ejercicio del poder punitivo del Estado deben tenerse presente las reglas que conforman el debido proceso penal en su totalidad.

Ello, a fin de evitar configurar un exceso de rigor formal que lesione los derechos fundamentales, en este caso, del acusado. Paso a explicarlo.

En tanto nuestro sistema prevé la **garantía de doble conforme** para el acusado de un delito como forma de asegurar la tutela judicial efectiva, restringir el acceso al recurso formulado contra una sentencia condenatoria por motivos formales –como ser, entre otros, el vencimiento de ciertos plazos procesales– resulta violatorio de nuestra Constitución Nacional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Corresponde comenzar con una mención a los términos en los que Luis David Guerra Terrones manifestó su voluntad de impugnar la sentencia condenatoria ante este Tribunal.

En su presentación, afirmó que «en el juicio tuve un defensor particular que nunca presentó casación, ni me dijo que podía hacerlo y en qué plazo, quizás porque no es una persona dedicada al derecho penal, por lo que nunca supe que podía solicitar se revise la sentencia [...] Por esto es que me presento ante Uds. con este recurso in pauperis, y expreso también mi voluntad de renunciar a la defensa particular» (v. fs. 01).

Sin perjuicio del mérito que pueda corresponder respecto del desempeño del abogado representante de Guerra Terrones, ante el tenor de los dichos del peticionante y el contenido de las constancias de la causa principal reseñadas, este Tribunal no puede, a efectos de determinar la admisibilidad del recurso, sino tomar por válidas las palabras del acusado.

Ello implica considerar que la defensa, al menos respecto del asesoramiento del acusado acerca de sus facultades recursivas, no fue eficaz.

Las consideraciones que haré parten de la base de que el plazo para recurrir en casación la sentencia condenatoria previsto por nuestro CPP es legítimo y que la revisión de su compatibilidad con la CADH y el PIDCP en el caso concreto resulta necesaria a partir de la denuncia sobre el actuar del defensor efectuada por Guerra Terrones. Ello es consecuencia, además, de la doctrina de la CSJN sobre defensa eficaz (ver al respecto **Fallos 342:122; 327:5095; 330:487; 330:4471; 333:1469**).

Ahora bien, lo señalado no implica que el plazo del art. 478 del CPP no deba regir de manera general, pues el conocimiento del mismo puede exigirse a los profesionales del derecho que intervienen en el proceso penal representando a las partes, y son ellos los últimos responsables de que las facultades recursivas sean conocidas por las personas a las que asesoran.

Con este alcance limitado a las particularidades del caso concreto deben entenderse las consideraciones que siguen.

En este orden, cabe señalar que el caso planteado por la defensa oficial de Luis David Guerra Terrones involucra el acceso a la **tutela judicial efectiva y la garantía de doble instancia o doble conforme**, derechos reconocidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 8.1 y 8.2.h) y por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 14.1 y 14.5), instrumentos incorporados por la Constitución Nacional (art. 75 inc. 2º).

Sobre el alcance de la garantía del doble conforme la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha manifestado en diversas oportunidades, y ha sostenido que «[d]e acuerdo al objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de los derechos humanos, se debe entender que el recurso que contempla el artículo 8.2.h. de dicho tratado debe ser un recurso ordinario eficaz mediante el cual un juez o tribunal superior procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho.

Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo.

Al respecto, la Corte ha establecido que “no basta con la existencia formal de los recursos sino que éstos deben ser eficaces”, es decir, deben dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron concebidos» (ver CorteIDH, **Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica**, sentencia del 2 de julio de 2004, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 161).

Allí también se afirmó que «[l]a posibilidad de recurrir el fallo debe ser accesible, sin requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho» (v. párrafo 164), y que «[i]ndependientemente de la denominación que se le dé al recurso existente para recurrir un fallo, lo importante es que dicho recurso garantice un examen integral de la decisión recurrida» (ver párr. 165).

Por otra parte, la Corte Interamericana recientemente reiteró que, según su jurisprudencia constante sobre el alcance y contenido del art. 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y sobre los estándares que deben ser observados para asegurar la garantía del derecho a recurrir el fallo, «[d]icho derecho [de doble conforme] consiste en una garantía mínima y primordial que “se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía [...]”.

Teniendo en cuenta que las garantías judiciales buscan que quien esté incurso en un proceso no sea sometido a decisiones arbitrarias, la Corte ha interpretado que el derecho a recurrir el fallo no puede ser efectivo si no se garantiza respecto de todo aquél que es condenado, ya que la condena es la manifestación del ejercicio del poder punitivo del Estado.

La Corte ha considerado el derecho a recurrir el fallo como una de las garantías mínimas que tiene toda persona que es sometida a una investigación y proceso penal» (ver CorteIDH, **Caso Gorioitía vs. Argentina**, sentencia del 2 de septiembre de 2019, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 47; con referencia a los precedentes «**Herrera Ulloa vs. Costa Rica**», «**Mohamed vs. Argentina**», «**Baena Ricardo y ota. vs. Panamá**» y «**Zegarra Marín vs. Perú**»).

Específicamente respecto de las formalidades exigidas para la procedencia del recurso, allí también sostuvo que «[d]eben ser mínimas y no deben constituir un obstáculo para que cumpla con su fin de examinar y resolver los agravios sustentados por el recurrente, es decir que debe procurar resultados o respuestas al fin para el cual fue concebido.

Debe entenderse que, independientemente del régimen o sistema recursivo que adopten los Estados Parte, y de la denominación que den al medio de impugnación de la sentencia condenatoria, para que éste sea eficaz debe constituir un medio adecuado para procurar la corrección de una condena errónea. Ello requiere que pueda analizar las cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas en que se basa la sentencia impugnada, puesto que en la actividad jurisdiccional existe una interdependencia entre las determinaciones fácticas y la aplicación del derecho, de forma tal que una errónea determinación de los hechos implica una errada o indebida aplicación del derecho. Consecuentemente, las causales de procedencia del recurso deben posibilitar un control amplio de los aspectos impugnados de la sentencia condenatoria» (ver párr. 48).

A lo señalado debe agregarse que el derecho a recurrir el fallo condenatorio constituye un derecho fundamental que instrumentaliza el acceso a la justicia.

Al respecto, la CorteIDH ha dicho que la garantía del acceso a la justicia –en relación con el debido proceso (art. 8.1 CADH)– exige a los Estados «consagrar normativamente y asegurar la debida aplicación de recursos efectivos ante las autoridades competentes, que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven a la determinación de los derechos y obligaciones de éstas» (v. CorteIDH, **Caso Mohamed vs. Argentina**, Excepción Preliminar,

Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 23 de noviembre de 2012, párr. 83, con referencia al «Caso de los Niños de la Calle»).

Ahora bien, a mi entender, la compatibilización de las reglas procesales locales invocadas en el punto anterior con los alcances de la garantía de doble conforme a las exigencias internacionales en la materia, requiere la flexibilización del requisito de temporalidad de interposición del recurso en los casos en los que la decisión que la defensa intenta revisar es un fallo definitivo que se pronuncia sobre la responsabilidad penal del acusado.

Dicho de otro modo: la lectura de la norma local a la luz de los mandatos regulados por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos permite dotar a la primera del contenido convencional necesario para hacer efectivo el cumplimiento de los deberes estatales emergentes de los pactos internacionales signados por nuestro país: en específico y para el caso que nos ocupa, el derecho a recurrir sentencia condenatoria.

Pues bien, la tarea decisora exige la ponderación, por un lado, de los principios ordenadores involucrados en la formalidad del procedimiento penal y, por otro, de las garantías necesarias para asegurar el debido proceso a las personas acusadas de la comisión de un delito.

Según mi modo de ver, el proceso penal tiene su razón de ser en tanto ordena y establece las condiciones mínimas de aquellos actos necesarios para llevar adelante la responsabilización de ciudadanos en sede criminal, de forma tal que se asegure al menos el efectivo ejercicio del derecho de defensa, pero también otras garantías involucradas en la noción de debido proceso, tales como una investigación y colección de prueba respetuosa de las garantías del acusado, la intervención de todas las partes en los actos esenciales del proceso –víctima incluida– y una decisión pública sobre el fondo del asunto adoptada por un tribunal imparcial y debidamente justificada.

En este sentido, la Corte Federal ha señalado reiteradamente que «[e]n materia criminal la garantía consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional exige la observancia de las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia» (**Fallos 342:1501; 125:10; 127:36; 308:1557, entre otros**). El proceso penal debe asegurar estas condiciones, pero también otras garantías constitucionales y convencionales que incluyen el acceso a la tutela judicial efectiva y la revisión del fallo condenatorio, que en este caso podrían verse afectadas.

Si bien el ordenamiento de plazos para la interposición de recursos en el proceso penal tiene por objeto asegurar diversos objetivos –principalmente asociados a la dotación de firmeza a las decisiones públicas y de establecer certeza jurídica– entiendo que, de acuerdo a las particularidades del caso, esto no puede constituirse en un obstáculo infranqueable para el ejercicio del derecho de revisión de la sentencia definitiva para el acusado.

De otra manera, se caería en la paradoja de legislar formas de aseguramiento y respeto de las garantías procesales pero, al priorizar interpretativamente a la norma procesal, se vulneraría la garantía que se pretende instrumentar.

La flexibilización del requisito temporal en cuestión obedece, en definitiva, al carácter condenatorio de la sentencia pronunciada en contra de Guerra Terrones y a la necesidad de garantizar su derecho al debido proceso penal, lo que incluye una defensa eficaz.

Es ante ese tipo de resoluciones en las que, según mi modo de ver, la necesidad de asegurar la garantía debe imponerse por sobre la formalidad exigida por el código de rito. Tal como sostuvo la CorteIDH, «[t]eniendo en cuenta que las garantías judiciales buscan que quien esté incurso en un proceso no sea

sometido a decisiones arbitrarias, la Corte interpreta que el derecho a recurrir del fallo no podría ser efectivo si no se garantiza respecto de todo aquél que es condenado, ya que la condena es la manifestación del ejercicio del poder punitivo del Estado» (ver «**Mohamed...**», párr. 92).

Las consecuencias institucionales del acto de condena realzan la necesidad de asegurar la revisión, pues «[l]a doble conformidad judicial, expresada mediante el acceso a un recurso que otorgue la posibilidad de una revisión íntegra del fallo condenatorio, confirma el fundamento y otorga mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado, y al mismo tiempo brinda mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado» (ver CorteIDH, **caso Barreto Leiva vs. Venezuela**, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 17 de noviembre de 2009, párr. 89).

Entiendo que lo señalado hasta aquí va en consonancia de lo expresado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los **precedentes «Mendoza y otros» y «Gorigoitía»** y que involucran los alcances de la revisión en el sistema procesal penal local y la garantía prevista por el art. 8.2.h de la CADH (ver CorteIDH, caso Mendoza y otros vs. Argentina, Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, sentencia del 14 de mayo de 2013; y CorteIDH, «Gorigoitía», cit.).

De tal manera, la solución que aquí se propicia pretende superar aquellos aspectos de la normativa que, dado su carácter general y abstracto, no logran dar cuenta de supuestos como el presente, o como aquellos que motivaron las condenas aludidas. Cabe destacar que, en ambas oportunidades, la Corte Interamericana dispuso obligaciones de adecuación legislativa al Estado Argentino, que en materia procesal competen al ámbito provincial.

Así, en «**Gorigoitía**» dispuso –tal como ya había afirmado en «Mendoza y otros»– que: «El Estado debe, dentro de un plazo razonable, adecuar su ordenamiento jurídico interno a los parámetros establecidos en esta Sentencia sobre el derecho de recurrir del fallo ante el juez o tribunal superior, en los términos de lo dispuesto en el párrafo 72 de la presente Sentencia» (ver «**Gorigoitía**», cit., resolutivo n°9).

Ahora bien, hasta tanto se hagan efectivas modificaciones legales tales como las exigidas en los fallos referidos, y a tenor de lo dispuesto en el art. 2 de la CADH respecto del deber de adoptar disposiciones de derecho interno, es deber de esta Suprema Corte de Justicia, mediante el empleo de sus propias vías de funcionamiento, asegurar la plena vigencia del derecho en cuestión.

En conclusión, considero que, de acuerdo a las circunstancias concretas del caso en análisis, las normas que ordenan el proceso no pueden erigirse en un obstáculo para el ejercicio de un derecho fundamental como lo es la revisión integral de una sentencia condenatoria. Con ese alcance y con las limitaciones señaladas antes, la exigencia de temporalidad debe ceder y, por lo tanto, corresponde ingresar al análisis de los agravios formulados.

En base a tales razones, entiendo que el recurso planteado por la Sexta Defensoría oficial en representación de Luis David Guerra Terrones resulta formalmente procedente, por lo que corresponde ingresar al análisis del fondo de la cuestión.

Asimismo, considero que la dependencia pertinente debe analizar el desempeño de los abogados particulares que representaron al acusado en las postrimerías del juicio, a efectos de determinar su potencial responsabilidad profesional.

b.- Examen de los argumentos de la defensa

Una vez analizados los agravios planteados por la defensa y la resolución impugnada, debo señalar que el recurso no puede ser acogido en esta instancia.

Ello en tanto la resolución no adolece de los vicios que se le adjudican. De forma preliminar, y a efectos de facilitar la comprensión de las consideraciones que siguen, debo referir que Luis David Guerra Terrones

fue declarado culpable del delito de abuso sexual agravado por acceso carnal mediante la utilización de un arma impropia que provocó grave daño en la salud mental de la víctima (art. 119, 3° párrafo en función con el 4° párrafo inc. d, última parte, e inciso a, segunda parte del CP) y que fue condenado por ello a la pena de 15 años de prisión.

Guerra Terrones padece VIH, enfermedad que tuvo un rol relevante en el hecho por el cual se lo condenó y que, en lo que aquí respecta, involucró el abuso sexual con acceso carnal de su ex pareja y el contagio de la enfermedad en cuestión.

La crítica esgrimida no se dirige a cuestionar la decisión sobre la pertinencia o corrección de la condena de Luis David Guerra Terrones, sino la determinación de la pena y, en concreto, la revocación de la modalidad domiciliaria del encierro preventivo que se había ordenado durante la etapa previa al juicio. Sin embargo, los argumentos empleados por el recurrente no logran rebatir la motivación expresada por el juez en la audiencia. Veamos.

i.- El juez de instancia previa señaló que habitualmente no se ordena la detención del imputado sino hasta que queda firme la sentencia, pero afirmó que los casos que conforman esa regla son de diversa índole al presente. Señaló que el hecho que nos ocupa se diferencia de aquéllos porque aquí el imputado es simultáneamente autor e «instrumento necesario» para cometer el delito.

Así, destacó que Guerra Terrones empleó su enfermedad venérea para contagiar a su ex pareja, mientras abusaba sexualmente de ella. Por esa razón el juez de instancia previa consideró que enviarlo nuevamente al lugar donde cumplía su detención domiciliaria, luego de aplicarle una pena de alta gravedad –quince años de prisión–, sería irrazonable pues parte de la condena se explica a partir de la enfermedad venérea utilizada por el acusado para contagiar a la víctima y demostrar posesión sobre ella.

De esta manera, el juez consideró que la modalidad morigerada no era segura y, además, sostuvo que el peligro de fuga y de venganza estaba latente.

Por otro lado, para sopesar la necesidad de la detención domiciliaria respecto del estado de salud de Guerra Terrones, meritó un informe del Servicio Penitenciario Provincial en el que se garantizaba la disponibilidad de lugar para el alojamiento del acusado, donde podría ser tratado correctamente en función de la enfermedad que padece –ver registros audiovisuales, min. 23:41 y ss.–.

ii.- Según entiendo, del recurso formulado no surgen agravios suficientes para impugnar la fundamentación del monto de pena aplicado.

Como se verá, los cuestionamientos solamente manifiestan una discrepancia de criterio con el a quo, mas no un error en la interpretación o aplicación de la ley ni una fundamentación que amerite su anulación.

Por otra parte, las críticas relativas a la revocación de la modalidad domiciliaria de encierro no logran rebatir la fundamentación brindada por el juez.

Sobre este último punto encuentro oportuno aclarar que el análisis del recurso interpuesto debe circunscribirse al control de la decisión del Tribunal Penal Colegiado que condenó al acusado y definió revocar la modalidad de detención luego de tomar en consideración diferentes informes que eran actuales en aquella época.

Lo dicho, como se verá, no obsta que las actuales circunstancias emergentes ameriten un nuevo control de la modalidad de detención, tal como explicaré luego en el punto c) de esta resolución.

En lo que compete a este Tribunal (conf. art. 462 del CPP), el recurso de la defensa invoca diversas normas para cuestionar la decisión del juez de la instancia anterior: los arts. 10 y 41 del Código Penal, la ley 24.660, el art. 280 del CPP, la Resolución 1/08 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos –que instaura los Principios y Buenas Prácticas sobre la protección de personas privadas de libertad en las Américas– y,

de forma genérica, los restantes compromisos internacionales asumidos por nuestro país, obligatorios en virtud de lo dispuesto por los **arts. 26 y 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados**.

Respecto del monto de pena impuesto, el recurrente se limita a afirmar que el art. 41 del CP obliga a considerar «los demás antecedentes y condiciones personales» del acusado, lo que no se habría llevado a cabo en autos en tanto no se consideró la enfermedad grave que padece Guerra Terrones y su afectación de la esperanza de vida.

Sin embargo, tal afirmación –carente de mayores precisiones– no resulta suficiente para conmover la decisión en crisis, puesto que el a quo tomó particularmente en cuenta la enfermedad del acusado y los riesgos que ella significa tanto al momento de imponer la pena como para determinar su modalidad de cumplimiento.

Por ello, los argumentos defensivos no rebaten las razones invocadas por el a quo para individualizar la pena tal como lo hizo, acto de determinación que a mi entender no luce arbitrario ni infundado.

En relación a la modalidad de cumplimiento de pena y los demás instrumentos jurídicos invocados –la ley de ejecución de la pena privativa de la libertad n° 24.660, el art. 280 del CPP y la Res. 1/08 de la ComisiónIDH– entiendo que no se ha planteado una crítica sustantiva tendiente a cuestionar los argumentos empleados por el juez de sentencia para disponer la modalidad de cumplimiento efectivo de la pena.

Por el contrario, la defensa se ha limitado a nombrar las normas que considera aplicables al caso y a cuestionar la decisión en sí misma, sin rebatir debidamente los argumentos que la sustentan.

No resulta sobreabundante señalar que del hecho de que la defensa considere injusta la decisión no se deriva la procedencia del recurso, pues dado el carácter argumentativo de la labor jurídica involucrada, toda crítica debe racionalizarse mediante el cuestionamiento de los fundamentos de la decisión.

Sin embargo, del recurso surge que el defensor ha invocado la enfermedad que padece Guerra Terrones no sólo para impugnar la revocación de la modalidad domiciliaria de detención de su defendido, sino también para impugnar el monto de pena impuesto.

Según este argumento, imponer quince años de prisión a quien padece VIH implica la inobservancia del art. 41 del CP que alude a «los demás antecedentes y condiciones personales» para fijar la pena concreta. Dada la enfermedad incurable y probablemente terminal del acusado, quince años de prisión es una falta de consideración pues en estas condiciones impide cualquier retorno a la vida libre y expone al condenado a una situación grave de vulnerabilidad. Debo rechazar este argumento, por dos razones.

En primer lugar, porque el a quo sí ha tomado en consideración la enfermedad de Guerra Terrones al momento de imponer la pena, aunque no lo ha hecho en la manera que solicita la defensa, sino para determinar su modalidad de cumplimiento.

No advierto, de los breves fundamentos que brindó el juez, que se haya considerado doblemente la enfermedad para calificar el tipo y para agravar la pena, circunstancia que ameritaría su revisión. En segundo lugar, el agravio no procede pues no necesariamente la enfermedad de Guerra Terrones implica –como sostiene la defensa– que se condene al acusado a agotar su expectativa de vida en prisión.

Es sabido que desde que se descubrió esta enfermedad hasta la actualidad se han verificado cuantiosos avances en su tratamiento, de modo que solamente pone en peligro la vida de quienes no reciben tratamiento, poseen determinada carga viral y resultan por ello inmunosuprimidos.

No consta que sea esta la situación de Guerra Terrones, sin perjuicio de que la enfermedad deba ser controlada periódicamente por las autoridades penitenciarias competentes a efectos de garantizar el derecho a la salud del recurrente.

En consecuencia, al encontrarse la resolución recurrida suficientemente fundada y el recurso interpuesto no demostrar que la solución adoptada configure un supuesto de arbitrariedad fáctica o normativo, o que existan defectos del pronunciamiento que impidan su calificación de acto jurisdiccional válido, debe rechazarse la impugnación deducida.

Lo propio cabe señalar de la petición defensiva relativa a que, subsidiariamente, se considere a la presentación un recurso de habeas corpus.

El análisis efectuado precedentemente disipa la posibilidad de que en el caso se verifique una detención arbitraria o ilegítima a los términos del art. 440 del CPP, ni un reagravamiento ilegítimo de las condiciones de detención –conf. ley 23.098–, de manera tal que el remedio intentado no puede tener acogida de forma subsidiaria. Sin perjuicio de ello, en lo sucesivo abordaré el problema que plantea el defensor en relación con las circunstancias sanitarias actuales.

c.- Consideraciones en torno al contexto de pandemia en que es pronunciada esta resolución

i.- En relación a ese punto, encuentro apropiado realizar algunas observaciones sobre el devenir de la privación de libertad de Guerra Terrones, atento a las circunstancias de emergencia sanitaria actuales y la enfermedad que padece el acusado.

Anticipo que, a mi entender, corresponde sugerir al Tribunal que tiene a disposición al recurrente la urgente revisión de la modalidad de cumplimiento de la pena impuesta.

ii.- El Congreso de la Nación declaró la emergencia sanitaria en la República Argentina por ley n° 27.541, que posteriormente se amplió por el Decreto de necesidad y urgencia n° 260/2020 por el plazo de un año en virtud de la pandemia de COVID-19 declarada por la OMS en fecha 11 de marzo del corriente. El DNU n° 297/20 dispuso, para prevenir la propagación del contagio, entre otras medidas el «aislamiento social, preventivo y obligatorio» por el plazo comprendido entre 20 al 31 de marzo del corriente año, que luego fue sucesivamente prorrogado por diversos decretos de necesidad y urgencia –v. DNU n° 325/2020, DNU n° 355/2020, DNU n° 408/2020, entre otros–.

A su vez, esta Suprema Corte de Justicia ha adoptado medidas de prevención y adaptación institucional de diversa índole (v. Resoluciones de Presidencia Nº 37.289, 37.293, 37.289 y Acordadas Nº 29.501, 29.502, 29.508, 29.509, 29.510, 29.511, 29.514, 29.516 y 29.517, entre otras). En este marco, mediante la Acordada n° 29.510 este Tribunal dispuso, entre otras medidas, convocar a la constitución de un espacio institucional de intercambio y articulación permanente conformado por esta Suprema Corte de Justicia, el Ministerio Público Fiscal, el Ministerio Público de la Defensa, el Ministerio de Seguridad de la Provincia, los Colegios de Abogados de la provincia de Mendoza y la Dirección General del Servicio Penitenciario para el análisis y acompañamiento frente al avance de la continuidad de la situación de emergencia en relación a las personas privadas de su libertad.

De esa convocatoria resultó la adopción del «Acuerdo Interinstitucional entre la Suprema Corte de Justicia, el Ministerio Público Fiscal y el Ministerio Público de la Defensa sobre la situación de personas privadas de la libertad en contextos de pandemia», el día 14 de abril de 2020.

En el acuerdo se dispusieron pautas de trabajo para la agilización de los trámites necesarios para resolver los planteos vinculados a detenciones domiciliarias o cualquier otra medida alternativa a la privación de libertad en centros de detención o penitenciarios, en tanto pueden favorecer las medidas tendientes a evitar la propagación del coronavirus.

Entre esas pautas, se tomaron en cuenta los supuestos que involucran delitos de género o contra la integridad sexual, y también se facilitaron criterios de evaluación.

El Acuerdo Interinstitucional mencionado tomó en consideración medidas de diverso orden que han sido adoptadas por organismos ocupados de la materia a nivel internacional y nacional.

En este orden, meritó que respecto del COVID-19 la OMS ha señalado que es posible sosegar la propagación del virus y reducir su impacto a través de una serie de medidas universalmente aplicables de contención y control.

También se evaluó que la Oficina Regional para Europa de la Organización Mundial de la Salud recomendó dar prioridad a las medidas no privativas de la libertad para detenidos con perfiles de bajo riesgo, con preferencia a las mujeres embarazadas y mujeres con hijos dependientes, y que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos emitió una recomendación para los Estados de la región, a través de la Resolución 1/2020, para asegurar que en los casos de personas en situación de riesgo en contexto de pandemia, se evalúen las solicitudes de beneficios carcelarios y medidas alternativas a la pena de prisión y adecuar las condiciones de detención de las personas privadas de libertad para particularmente impedir el contagio intramuros del COVID-19.

De modo similar la Alta Comisionada de Derechos Humanos de Naciones Unidas exhortó a los Estados a proceder con la debida urgencia para reducir el número de personas privadas de libertad y a examinar los distintos casos para poner en libertad a las personas especialmente vulnerables al COVID-19.

En el orden local, se consideraron la Res. 158/20 de la Procuración General de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires para la inmediata evaluación de la pertinencia de medidas de prisión con detención domiciliaria y de morigeración de la prisión preventiva o sus alternativas respecto de personas que requirieran una protección individualizada ante el COVID-19; y la recomendación de la Cámara Federal de Casación Penal (Acordadas 2/20 y 3/20) para resguardar el derecho a la salud de las personas privadas de la libertad, en especial aquellas consideradas dentro de algún grupo de riesgo. Las medidas reseñadas constituyen sólo una muestra del esfuerzo institucional que en diferentes órdenes jurisdiccionales ha sido llevado adelante para compatibilizar la actuación del derecho penal con la garantía de derechos de las personas privadas de su libertad.

En función de las consideraciones efectuadas, encuentro pertinente recomendar al Tribunal de origen la urgente revisión de la modalidad de detención de Guerra Terrones. En lo que sigue, explicaré esto con más detalle.

iii.- Ahora bien, la enfermedad que padece Guerra Terrones –sin perjuicio de lo dicho respecto de la sentencia condenatoria y la modalidad de cumplimiento allí dispuesta en el apartado b)– se vincula con normativa que regula la ejecución penal, que prevé institutos destinados a morigerar la detención de personas condenadas frente a determinados supuestos, mediante la habilitación del cumplimiento de la pena en detención domiciliaria.

Entonces, podría decirse que una vez que la presente decisión adquiera firmeza la defensa dispone de aquellos remedios procesales pertinentes para el caso en que se verifiquen las condiciones objetivas establecidas por la normativa sobre ejecución de pena mencionada.

No obstante, dado el contexto de emergencia sanitaria actual, la enfermedad que padece el recurrente potencialmente puede implicar su inclusión en la población carcelaria con afecciones médicas preexistentes –la eventual inmunosupresión producto del VIH, que significaría un debilitamiento en sus defensas–, lo que conllevaría que Guerra Terrones sea parte de un grupo de riesgo.

Por ello entiendo que se impone la necesidad de arbitrar medidas oficiosas urgentes para garantizar tanto su derecho a la salud como su derecho de acceder a la justicia de manera oportuna y en plazo razonable.

Debe tenerse presente que la recomendación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos considerada en el Acuerdo Interinstitucional aludido urge a los Estados a «[a]segurar que, en los casos de personas en situación de riesgo en contexto de pandemia, se evalúen las solicitudes de beneficios carcelarios y medidas alternativas a la pena de prisión. En el caso de personas condenadas por graves violaciones a los derechos humanos y delitos de lesa humanidad, atendiendo el bien jurídico afectado, la gravedad de los hechos y la obligación de los Estados de sancionar a los responsables de tales violaciones, tales evaluaciones requieren de un análisis y requisitos más exigentes, con apego al principio de proporcionalidad y a los estándares interamericanos aplicables» (recomendación n° 46) y a «[a]decuar las condiciones de detención de las personas privadas de libertad particularmente impedir el contagio intramuros del COVID-19, garantizando en particular que todas las unidades cuenten con atención médica en lo que respecta a alimentación, salud, saneamiento y medidas de cuarentena para impedir el contagio intramuros del COVID-19, garantizando en particular que todas las unidades cuenten con atención médica» (recomendación n° 47).

Además, en el **Acuerdo Interinstitucional** al que hice referencia se destacó el rol de las prisiones domiciliarias y de las excarcelaciones, y se dispuso que en aquellos casos de delitos de género o contra la integridad sexual, el domicilio ofrecido por la persona privada de libertad no podrá ser el domicilio de la víctima; debiendo garantizarse tanto la distancia necesaria entre ambos para evitar un riesgo a la misma como que no exista comunicación con ella –resolutivo B.4–.

También se explicó que uno de los criterios sugeridos al momento de la toma de decisiones jurisdiccionales al respecto es considerar la pertenencia de las personas a uno o más grupos de riesgo regulados conforme la normativa vigente. Entre esos grupos se encuentran quienes padecen afecciones médicas preexistentes (como enfermedad cardiovascular, enfermedad respiratoria o defensas debilitadas, diabetes, etc.), pues desarrollan formas graves de la enfermedad con más frecuencia que otras –conf. resolutivo B.5.a–.

En este contexto, cabe tener en cuenta que también la CorteIDH se manifestó respecto de la crisis sanitaria a través de la Declaración 1/20 del pasado 9 de abril, titulada «COVID-19 y Derechos Humanos: Los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de Derechos Humanos y respetando las obligaciones internacionales». Allí sostuvo que «[d]ada la naturaleza de la pandemia, los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales deben ser garantizados sin discriminación a toda persona bajo la jurisdicción del Estado y, en especial, a aquellos grupos que son afectados de forma desproporcionada porque se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad, como son las personas mayores, las niñas y los niños, las personas con discapacidad, las personas migrantes, los refugiados, los apátridos, las personas privadas de la libertad, **las personas LGBTI, las mujeres embarazadas o en período de post parto, las comunidades indígenas, las personas afrodescendientes**, las personas que viven del trabajo informal, la población de barrios o zonas de habitación precaria, las personas en situación de calle, las personas en situación de pobreza, y el personal de los servicios de salud que atienden esta emergencia».

La Corte Interamericana también estableció que «[d]ado el alto impacto que el COVID-19 pueda tener respecto a las personas privadas de libertad en las prisiones y otros centros de detención y en atención a la posición especial de garante del Estado, se torna necesario reducir los niveles de sobrepoblación y hacinamiento, y disponer en forma racional y ordenada medidas alternativas a la privación de la libertad». Conviene recordar que, conforme lo ha sostenido la CorteIDH, «[l]as personas privadas de libertad que padezcan enfermedades graves, crónicas o terminales no deben permanecer en establecimientos

carcelarios, salvo cuando los Estados puedan asegurar que tienen unidades adecuadas de atención médica para brindarles una atención y tratamiento especializado» (conf. CortelDH, **Caso Chinchilla Sandoval y otros Vs. Guatemala**, sentencia del 29 de febrero de 2016, párr. 184).

En este orden, jurisprudencia nacional reciente ha señalado la importancia de tomar en consideración, entre los criterios para determinar la procedencia de la medida en casos de personas que padecen VIH, la edad del acusado, la gravedad del hecho cometido, la constatación de domicilio, la existencia de rebeldías, la proporción de pena cumplida, la idoneidad de la aplicación al caso de medidas alternativas al encarcelamiento preventivo para **neutralizar los eventuales riesgos** derivados de una posible sanción de cumplimiento efectivo, y la mencionada sugerencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de evaluar de manera prioritaria la posibilidad de otorgar medidas alternativas como la libertad condicional, arresto domiciliario o libertad anticipada para personas consideradas en el grupo de riesgo, como personas mayores, personas con enfermedades crónicas, mujeres embarazadas o con niños a su cargo y para quienes estén prontas a cumplir condenas.

Así lo sostuvo la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional, que tuvo oportunidad de resolver una situación similar a la que nos ocupa, planteada por el rechazo de una petición de prisión domiciliaria formulada por un condenado que padece VIH, y destacó, entre los criterios de resolución, la evaluación sobre si se había descartado válidamente la idoneidad de la aplicación al caso de medidas alternativas al encarcelamiento preventivo para neutralizar los eventuales riesgos derivados de una posible sanción de cumplimiento efectivo (**CNCC, Sala de Feria, fallo del 03/04/2020, “N.R.J. s/ recurso de casación”**).

Por su parte también hay que señalar que diversos tribunales del país han adoptado una serie de medidas en relación a emergencia sanitaria vigente y a las personas privadas de libertad (ver al respecto: CFCP., Sala de Feria, sentencias del 27 de marzo de 2020, **“Ramírez, Sofía”** y **“Miranda, Stella María”**, entre otras).

En particular la CFCP, en oportunidad de resolver un recurso de casación contra la prisión domiciliaria de una persona con VIH, sostuvo que «[...] el hiperencarcelamiento que repercute -entre otros tantos extremos- particularmente en la salud de la población, plantea la imperiosa necesidad de despoblar, esto es, liberar la mayor cantidad de privados de libertad -comenzando racional y ordenadamente por los inocentes, las madres al cuidado de hijos, los que purgan penas leves, los más vulnerables físicamente, con criterio restrictivo frente a los atentados graves y, además, especial consideración de la víctima- antes de que el COVID-19 desate una masacre en la infraestructura precaria de los establecimientos y haya de lamentarse el costo de innumerables vidas. La privación de la libertad nunca puede entrañar la privación de la salud, mucho menos la existencia».

También destacó que «[...] tampoco debe omitirse que las personas en prisión tienen mayores índices de morbilidad que la población en general y están más expuestas a factores de riesgo debido a las condiciones deficitarias de higiene, la mala nutrición y la prevalencia de patologías base sin el adecuado tratamiento médico» (conf. «P.P.P. s/recurso de casación», CFCP, sentencia del 24/04/2020, voto del Dr. Alejandro Slokar).

iv.- Conforme a lo señalado, y dadas las consideraciones efectuadas en relación a que la enfermedad que padece Guerra Terrones puede implicar que se encuentre incluido entre la población penitenciaria de riesgo en las circunstancias pandémicas actuales, resulta pertinente resolver de manera urgente la eventual procedencia de la modalidad domiciliaria, en caso de haber sido iniciado el trámite.

d.- Conclusión del caso

En virtud de los motivos expuestos, considero que el recurso de casación planteado por la defensa de Luis David Guerra Terrones, si bien admisible desde el punto de vista formal, debe ser rechazado sustancialmente.

Ello no obsta que, dada la emergencia sanitaria actual y la enfermedad que padece el recurrente, corresponda recomendar al tribunal de origen, o por su intermedio al interviniente, la urgente resolución de los planteos que pueda haber efectuado la defensa en relación a la modalidad de cumplimiento de la pena impuesta. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el Dr. MARIO D. ADARO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

Voto Dr. Valerio. Por sus fundamentos. Discrepancia parcial.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO, POR SUS FUNDAMENTOS: Puesto en consideración el recurso planteado por la defensa de Luis David Guerra Terrones, de acuerdo a la estructura del voto preopinante, adelanto que comparto la decisión a la que arriban mis distinguidos colegas de Sala en el acuerdo que me antecede y respecto a la solución que corresponde adoptar en este caso, bajo la denominación «b.- Examen de los argumentos de la defensa».

Sin embargo, debo señalar dos puntos de **discrepancia**.

El primero se vincula con la admisibilidad formal de la impugnación («a.- Sobre la procedencia formal de la impugnación») cuya procedencia se deriva –a mi entender– de diferentes razones. El segundo, con las cuestiones sobre las que debe expedirse esta Suprema Corte de Justicia («c.- Consideraciones en torno al contexto de pandemia en que es pronunciada esta resolución»).

i.- Sin desconocer el sentido de los precedentes de la Corte IDH relativos al derecho de recurrir para obtener el **doblo conforme** de una sentencia condenatoria, entiendo que las normas locales proveen una solución suficiente al problema planteado.

Es precisamente la garantía a la inviolabilidad de la defensa en juicio, asegurada por el art. 18 de la Constitución Nacional –complementada después de la reforma de 1994, según el inc. 2º del art. 75, por la CADH (art. 8.2.h) y el PIDCP (art. 14.5)–, de la que nace el debido proceso e impone la obligación del ejercicio eficaz de esa defensa y brinda al acusado el derecho de estar informado de sus derechos.

Específicamente en el caso en análisis, sobre las reglas para la interposición del recurso de casación, en particular cómo y cuándo –el CPP, por medio del art. 480, establece el plazo de quince días– y, en relación a esto último, acerca de cuándo comienza a regir el plazo para la interposición del recurso de casación contra la sentencia condenatoria, y cuándo fenece.

En consecuencia, la garantía de la inviolabilidad de la defensa en juicio del acusado, quien está obligado a tener un defensor técnico, sólo se satisface en la medida que esté informado y en condiciones de poder decidir sobre cómo ejercer sus derechos.

Cabe destacar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sido clara respecto de que «[e]l ejercicio de la defensa debe ser cierto, de modo tal que quien sufre un proceso penal ha de ser provisto de un adecuado asesoramiento legal, al extremo de suplir su negligencia en la provisión de defensor asegurando, de este modo, la realidad sustancial de la defensa en juicio» (Fallos: 342:122; 311:2502, 237:158; 255:91, 5:459 y 192:152, entre otros).

En el caso que nos ocupa, Luis David Guerra Terrones fue condenado a una pena privativa de libertad y el juez interviniente pronunció los fundamentos de su decisión en audiencia oral, en la que tanto el acusado como su defensor presentes se notificaron en ese acto, comenzando a correr el plazo legal para poder

formular impugnaciones, por lo que estaría firme la sentencia y en principio habría caducado el derecho a recurrir.

Por su parte hay circunstancias particulares que deben considerarse: a) que el condenado afirma que no sabía que contaba con el derecho de recurrir la sentencia; b) que cambió de defensor; c) la ausencia de registro o constancia acerca de si se lo puso en situación de conocer su derecho –sea ella de la defensa técnica o el Tribunal–.

Sin perjuicio de ello, con la exigencia legal de que un defensor profesional sea quien debe ejercer la defensa técnica (art. 131, segundo párrafo del CPP) sería contradictorio exigirle al acusado el cumplimiento del plazo legal para la interposición del recurso, cuando manifiesta no conocer la posibilidad de ejercer esa facultad y reemplaza a su defensor cuestionando su desempeño.

En la especie, el plazo legal para la formulación de impugnaciones rige solamente cuando el acusado se encuentra en condiciones de ejercer su derecho de recurrir.

En este sentido, la regla contenida en el art. 480 del CPP presupone una defensa técnica eficaz, de lo que no se tiene constancia suficiente en el caso analizado para emitir un juicio.

Ello pues para cumplir con las exigencias básicas del debido proceso no basta que el acusado haya tenido patrocinio letrado de manera formal, sino que es menester, además, que aquel haya recibido una efectiva y sustancial asistencia de parte de su defensor técnico (**conf. CSJN, Fallos: 310:1934; 327:103; 331:2520**).

Como se señaló arriba, de los antecedentes de la presente causa no surge con claridad que se hayan cumplido las exigencias de un auténtico patrocinio como el exigido por la garantía consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional. Se simplificaría la problemática que condujo a la situación de Guerra Terrones si se **resguardara el derecho por el tribunal que toma la decisión**, al momento de hacerlo, hábito que deberían adquirir todos los tribunales.

A modo de paréntesis, debo señalar que constituye una buena práctica judicial de los tribunales, hacer saber al condenado al momento de leerle o dar a conocer la resolución y/o sus fundamentos, que tiene derecho a recurrir la sentencia, que para ello tiene quince días hábiles –a partir de la lectura de los fundamentos–, y transcurrido dicho plazo sin impugnar quedara firme la sentencia, antes de cerrar la audiencia y cesar en su grabación.

Ello, sin perjuicio de la obligación profesional del defensor de hacer conocer a su pupilo sus derechos y registrar esa información, en el caso, que puede recurrir y la recomendación técnica jurídica correspondiente y la decisión del interesado.

La Corte Federal, al respecto, tiene dicho que «[e]n materia criminal, en la que se encuentran en juego los derechos esenciales de la libertad y el honor, deben extremarse los recaudos que garanticen plenamente el ejercicio del derecho de defensa (**Fallos: 342:122; 311:2502; 320:854; 321:1424; 325:157; 327:3087, 5095; 329:1794**).

Por último, ante la manifestación de Guerra Terrones y referida a la garantía constitucional de inviolabilidad de la defensa, debe darse noticia a los órganos administrativos correspondientes a efectos de que sea determinada su eventual responsabilidad profesional.

ii.- En cuanto al punto c) del voto que me precede, «Consideraciones en torno al contexto de pandemia en que es pronunciada esta resolución» y a la recomendación para revisar la forma de cumplimiento de la pena impuesta, entiendo que no corresponde a esta Corte expedirse sobre ese punto.

Hacerlo implica, a mi entender, una intromisión en un trámite ajeno a esta instancia, sobre el cual no se cuenta con información procesal adecuada y no se tiene competencia. Con mayor razón cuando este Tribunal, en pleno, y en ejercicio de las atribuciones constitucionales de control sobre las unidades que

alojan personas privadas de libertad, ha dispuesto, mediante la Acordada 29.510, la creación de un espacio institucional de intercambio y articulación permanente para lograr acciones positivas por parte de los distintos operadores del sistema de justicia penal ante la emergencia y mediante la cual se llegó a un Acuerdo Interinstitucional que brinda herramientas para resolver casos como el presente.

Todo ello sin perjuicio del deber que recae sobre su defensor de actuar y/o de poner a Guerra Terrones en conocimiento de todas las circunstancias necesarias para poder ejercer sus derechos.

En efecto, este Cuerpo ha sostenido en forma constante que la flexibilización que el recurso de casación ha tenido a partir de los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación no implica admitir la ordinarización de la vía mencionada, pues este Tribunal ad quem circunscribe el límite de su conocimiento a los puntos expuestos en el escrito recursivo, a tenor de lo ordenado por el art. 462 del CPP.

Por lo tanto, la competencia de la Suprema Corte de Justicia en materia penal es derivada, es decir, la que se adquiere en virtud de recursos interpuestos en contra de resoluciones dictadas por los tribunales inferiores, encontrándose además esa competencia revisora restringida a los límites del recurso.

Como consecuencia de ello, aquellas cuestiones que no constituyan motivo de agravio de la impugnación y de las que se carece de competencia, deben ser sometidas al análisis y resolución del juez competente para ello.

Ello en razón de la competencia limitada de esta Suprema Corte de Justicia que ha mantenido en numerosos pronunciamientos (**conf. «Vargas Suárez», «Bardinella», «Yáñez Fonseca», «Elizondo», entre otros**). ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los Dres. MARIO D. ADARO y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 17/23 por la Sexta Defensoría oficial, en representación de Luis David Guerra Terrones.
- 2.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 3.- Disponer la devolución de los autos principales n° P-107521/16 y sus acumulados n° P14.267/17 y 6.421 al Tribunal de origen.
- 4.- Recomendar al Primer Tribunal Penal Colegiado, o por su intermedio al tribunal que estuviera interviniendo, que resuelva de modo urgente los planteos que pueda haber efectuado la defensa en relación a la modalidad de cumplimiento de la pena impuesta.
- 5.- Disponer que se notifique la presente resolución al Colegio de Abogados de la Primera Circunscripción Judicial.

Regístrese. Notifíquese. Ofíciase. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro (por su voto) DR. MARIO D. ADARO Ministro.

24- ARENAS. 20-06-20.

| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
|----|------------------------|------------|------|------------|---------|---------|----------|---------|---------|---------|---------|-------------|---|------------|
| - | EG EE | NNA | - | PCC | - | - | A | - | - | - | - | - | - | 474 |

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200624_FcAMA.pdf

Lex: Art. 119, 1°, 4° -inc. b- y 5° párrafo del CP

Vox: NNA. A.S.I.. Abuso sexual simple. Encargado de la guarda y la educación. Ley 26061. CDN.

Summa:

El TPC condenó al señalado a la pena de **tres años de prisión de ejecución condicional** por considerarlo autor penalmente responsable del delito de abuso sexual agravado por la guarda y por la educación. (art. 119 primer párrafo y cuarto párrafo inc. b). SA, profesor del adolescente víctima.

La **defensa** interpone recurso de casación.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1166, pronunciada por el TPC N° 1- 3° CJ.

SCJM. Dres.: **Palermo.** Adaro. Valerio.

Fallo.

CUIJ: 13-04813650-2/1((038601-20119)) FC/ A. M. A. P/ ABUSO SEXUAL AGRAVADO (50119) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104894094*

En Mendoza, a los veinticuatro días del mes de junio del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04813650-2/1, caratulada "F. C/A. M. Á. P/ABUSO SEXUAL AGRAVADO POR LA GUARDA Y POR LA EDUCACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, el DR. OMAR A. PALERMO; segundo, el DR. MARIO D. ADARO y tercero, el DR. JOSÉ V. VALERIO.

La defensa del acusado interpone recurso de casación (fs. 84/92 vta.) contra la sentencia n° 1.166 y sus fundamentos (ver fs. 79 y vta. de este legajo y soporte audiovisual acompañado, respectivamente), dictados por el Tribunal Penal Colegiado n° 1 de la Tercera Circunscripción Judicial, en tanto condenó al acusado M.A.A. a la pena de tres años de prisión de ejecución condicional por considerarlo autor penalmente responsable del delito de abuso sexual agravado por la guarda y por la educación, que se le atribuye en los autos n° P-50.119/18 (art. 119 primer párrafo y cuarto párrafo inc. b).

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

I.- La resolución recurrida

El tribunal de sentencia tuvo por acreditada la plataforma fáctica acusada, que reza que «el día 18 de junio de 2018, siendo aproximadamente las 12:30 hs. la víctima [G.H.F.] -de 16 años de edad- se encontraba cursando la clase de Historia en la Escuela, sita en Calle de la Ciudad de, cuando su profesor [M.A.A.], mientras le manifestó "mirá como te toco, mirá como te toco", con sus manos le tocó el pene al menor por encima de la ropa» (ver requerimiento de elevación a juicio de fs. 1/8 en este legajo n° P-50.119/18 y soporte audiovisual del día 7/3/2019, minuto 1:20).

Para decidir de esta manera, la a quo entendió que existía prueba contundente para afirmar con certeza que el hecho acusado se encontraba acreditado. En este sentido, valoró la declaración en Cámara Gesell del denunciante, a la que consideró creíble tras contrastarla, fundamentalmente, con los videos grabados el día del hecho e incorporados a la causa, y con los testimonios de los compañeros y compañeras de curso de la víctima (ver soporte audiovisual del día 3/5/2019, a partir del minuto 02:25).

II.- El recurso de casación de la defensa

La defensa impugna la resolución antes descripta en virtud de lo dispuesto en el art. 474 incs. 1 y 2 del CPP, es decir, en tanto entiende que la sentencia contiene vicios in iudicando e in procedendo.

Manifiesta que todo el escenario en el que se produjeron los hechos fue generado de manera intencional por G.H.F y sus compañeros y compañeras de curso, puesto que, ofuscaron, filmaron y viralizaron la filmación a fin de que sancionaran y expulsaran al acusado.

Denuncia que los videos presentados por la acusación fueron editados a fin de perjudicar a su defendido y critica la valoración del tribunal sobre este aspecto de la prueba, pues entiende que el técnico en

informática de la División Delitos Tecnológicos, de Policía Científica, no aseguró que no fuese editado, sino que no podía determinarlo.

Critica el grado de conocimiento alcanzado por el tribunal de sentencia pues entiende que la prueba evidencia que el hecho acusado no existió. En este sentido, indica que el registro fotográfico incorporado no muestra al acusado tocando los genitales del alumno G.H.F y sostiene que el soporte videográfico tampoco acredita dicha conducta.

Señala que el técnico de la División Delitos Tecnológicos que realizó el desgrabado del video manifestó que no podía determinar si el acusado realizó el hecho por el que se lo enjuiciaba.

Explica que, lo que realmente sucedió, fue que el acusado buscaba retirarle al G.H.F un celular que éste tenía escondido en su campera y fue allí que aquel tocó el abdomen del adolescente.

Entiende que el tribunal de sentencia se manifestó de manera arbitraria, puesto que ha valorado como prueba de cargo las declaraciones de testigos que, de acuerdo con su ubicación en el aula, no pudieron ver la acción que realizó el acusado.

Con base en lo dicho, manifiesta que no existe acción típica pasible de ser sancionada, toda vez que no hubo «manoseo», ni tampoco intención sexual.

Agrega que, aun en el hipotético caso en el que existiera un roce de la mano de M.A.M. sobre los genitales de G.H.F, este debería considerarse no doloso y, por tal motivo, atípico, toda vez que el Código Penal no prevé la forma culposa del abuso sexual.

Finalmente sostiene que, como producto de una errónea valoración probatoria, el tribunal de juicio ha aplicado erróneamente la ley sustantiva, y que lo que existe en el presente caso es un supuesto de duda que debe favorecer al acusado.

Formula reserva del caso federal.

III.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General, tras evaluar la procedencia formal del recurso incoado por la defensa, advierte que debe ser rechazado sustancialmente. Al respecto, señala que la presentación recursiva es una reiteración de la hipótesis trazada en la instancia de debate y no logra demostrar que la sentencia condenatoria sea infundada.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso formulado por la defensa del acusado considero que corresponde su rechazo y, en consecuencia, debe confirmarse la sentencia cuestionada. Ello, por los motivos que a continuación se exponen.

En primer lugar, se advierte que cada uno de los agravios desarrollados por la defensa ya han sido controvertidos en el marco de los alegatos pronunciados por las partes durante el juicio oral y, habiendo sido adecuadamente refutados por el tribunal de instancia previa, son reeditados en esta instancia, aunque sin más precisiones que convengan de lo sostenido en el recurso: que el tribunal ha valorado el plexo probatorio erróneamente, y, de ese modo, ha tenido por acreditado, incorrectamente, el tipo penal endilgado.

En segundo lugar, debe decirse que las constancias acompañadas y analizadas apoyan el sentido contrario de las consideraciones del recurrente.

Es decir, más que fortalecer el grado de duda invocado por la defensa o un grado de certeza negativa sobre la plataforma fáctica acusada, demuestran que el tribunal de juicio ha resuelto el caso de un modo

adecuado. En efecto, la defensa sostiene la hipótesis que denuncia un plan, de G.H.F. y sus compañeros y compañeras de curso, tendiente a lograr que el acusado fuera despedido de la institución en la que prestaba funciones, no contiene elementos de prueba alguna que la apoye.

Al respecto, se muestra correcta la valoración del tribunal de la instancia previa, en tanto advirtió que el modo en que iniciaron las actuaciones no lograba fortalecer la consideración defensiva.

En este sentido, el tribunal no sólo valoró como creíble la declaración del denunciante en Cámara Gesell –descartando así cualquier sospecha de animosidad–, sino que, también, puso en consideración que el inicio de la investigación obedeció al conocimiento que la institución educativa había adquirido de los hechos, a partir de la circulación de los videos grabados en el aula de clases (ver fundamentos en soporte audiovisual del día 3/5/2019 a partir del minuto 5:50, denuncia de fs. 1/2 y acta de Cámara Gesell de fs. 75/76.)

Sobre esta hipótesis, además, debe decirse que la defensa no ha acompañado prueba alguna que demuestre que los videos mencionados fueran editados a fin de perjudicar al acusado. Al contrario de lo sugerido por la defensa, el técnico en informática de la División Delitos Tecnológicos de la Policía Científica que declaró en el debate afirmó que los videos no fueron manipulados (ver fundamentos, en soporte audiovisual del día 3/5/2019 y a partir del minuto 14).

Por su parte, los agravios que señalan que no existe certeza probatoria sobre el tocamiento de los genitales de la víctima, y que sugieren una hipótesis distinta sobre lo que hizo el acusado –en el sentido de que no quiso tocar a la víctima, sino retirarle un celular que tenía escondido– también carecen de apoyo en la prueba acompañada y rendida en el debate.

Efectivamente, sobre este aspecto controvertido, entiendo adecuado lo dicho por el tribunal a quo en tanto explicó que, si bien el técnico informático que desgrabó el material videográfico sostuvo que él no podía ver con claridad un «tocamiento», ello no obstaba a su corroboración.

Ello, pues no sólo se acreditaba a partir de las declaraciones testimoniales brindadas por las alumnas y los alumnos del curso, sino, particularmente, por la apreciación, en el debate, de las reacciones y los gestos del denunciante y del acusado en el momento del contacto físico.

En este sentido, el tribunal destacó la claridad con la que se observaba en el video, que G.H.F. sacó con su codo la mano del acusado al tiempo que lo reprimía con una expresión de descontento (ver fundamentos en soporte audiovisual del día 3/5/2019 a partir del minuto 12).

Finalmente, tampoco pueden ser aceptadas las consideraciones críticas de la defensa, relativas a la errónea subsunción del hecho en el tipo penal endilgado.

Por un lado, debido a que este agravio es presentado como una derivación de la pretendida errónea valoración probatoria.

Determinado ya que el tribunal tuvo por corroborada la plataforma fáctica acusada sin vicios de arbitrariedad, se desprende que no existen buenas razones para afirmar la atipicidad de la conducta en virtud de la inexistencia de un contacto físico.

Por otro lado, porque el recurrente tampoco otorga argumentos suficientes para explicar, con base en la prueba incorporada, por qué el manoseo constatado fue imprudente y atípico desde esta otra perspectiva. Las constancias demuestran que, a partir de la reproducción del material acompañado, el tribunal descartó que el contacto físico, que el acusado tuvo con los genitales de la víctima, haya sido en virtud de un error, y explicó por qué el tipo penal de abuso sexual se consuma independientemente de las motivaciones sexuales o libidinosas que haya tenido el acusado (ver fundamentos, en soporte audiovisual del 3/5/2018, a partir del minuto 19).

En definitiva, al considerar que el tribunal de la instancia anterior ha valorado los elementos de prueba controvertidos sin los vicios de arbitrariedad detallados por la defensa y que fueron descartados adecuadamente los argumentos defensivos en torno de la calificación del hecho, entiendo que la primera cuestión planteada debe ser respondida negativamente. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro y Dr. Valerio. Adhieren.

Sobre la misma cuestión los DRES. MARIO A. ADARO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de la cuestión anterior, no corresponde pronunciarse sobre la segunda cuestión propuesta. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. MARIO D. ADARO y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. MARIO D. ADARO y JOSÉ V. VALERIO al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA

Atento al mérito que resulta del acuerdo precedente esta Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia, fallando en definitiva, RESUELVE:

- 1.- No hacer lugar al recurso de casación presentado por la defensa de M. Á. A. V. y, en consecuencia, confirmar la sentencia n° 1.116 y sus fundamentos, provenientes del Tribunal Penal Colegiado n° 1 de la Tercera Circunscripción Judicial.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

25- F. A. R. A. 01-07-20.

| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
|-----------|---------------|------------|------|------------|---------|---------|----------|---------|---------|---------|---------|-------------|---|------------|
| | H Conv | | | | | | | | | | | | | |
| VG | EG | NNA | | PCE | - | - | A | - | - | - | - | - | - | 474 |

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200701_FcRAF.pdf

Lex: Art. 119, 2° párrafo en función con el 4° párrafo incs. b) y f) y 55 del CP. Ley 26485.

Vox: VG. NNA. A.S.I.. Abuso sexual. Gravemente ultrajante. Vínculo. Convivencia. Encargado de la guarda. Concurso real. Valoración de la prueba. Calificación legal. Monto de la pena.

Summa:

El TPC condenó al señalado a la pena de **diez años de prisión** como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual gravemente ultrajante doblemente agravado por el vínculo y por ser cometido contra un menor de 18 años de edad aprovechando la situación de convivencia preexistente agravado por ser encargado de la guarda en concurso real con abuso sexual gravemente ultrajante agravado por el vínculo y por ser cometido contra un menor de 18 años de edad aprovechando la situación de convivencia preexistente agravado por ser encargado de la guarda (arts. 119 segundo párrafo en función con el 4° párrafo incs. b) y f) y 55 del CP). SA, hermano de la víctima menor de edad de 11 años.

La **defensa** interpone recurso de casación.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. La **SCJM** resolvió hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la defensa de F. A. R. A., casar la sentencia n° 828, modificando el resolutive I, el que quedará redactado de la siguiente forma: «Condenar a F. A. R. A. a la pena de **ocho (8) años de prisión** como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por el vínculo y por ser cometido contra un menor de 18 años aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo en concurso real con abuso sexual simple agravado por el vínculo y por ser cometido contra un menor de 18 años aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo (art. 119 segundo párrafo, en función del cuarto párrafo incs. b) y f), 55 y 119 primer párrafo, en función del último párrafo incs. b) y f) del CP.)».

Resolución cuestionada: Sentencia N° 828, pronunciada por el TPC N° 1-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Voto Dr. Valerio.

- Morales Quiroga.
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Merlo Lassa. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=243>
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>

Voto Dr. Palermo.

- Di Cesare Morales. 26-06-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=156>
- Mejía Salvador. 10-09-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=197>

Voto Dr. Adaro

- Galdeano Reyes. 31-07-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=242>
- Concha, Jesús. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- Merlo Lassa. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf

SCJM. Dres.: **Valerio.** Palermo. Adaro.

Fallo.

CUIJ: 13-04873905-3/1((018601-9255)) FC/ R. A. F. A. P/ ABUSO SEXUAL AGRAVADO (9255) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104957783*

En Mendoza, el día primero de julio del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04873905-3/1, caratulada "F. C/ R. A. F. A. P/ ABUSO SEXUAL AGRAVADO GRAVEMENTE S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. OMAR A. PALERMO, y tercero DR. MARIO D. ADARO.

La defensa oficial de F. A. R. A. interpone recurso de casación (fs. 567/579 vta.) contra la sentencia N° 828 (fs. 556 y vta.) y sus fundamentos, mediante la cual se lo condenó a la pena de diez años de prisión como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual gravemente ultrajante doblemente agravado por el vínculo y por ser cometido contra un menor de 18 años de edad aprovechando la situación de convivencia preexistente agravado por ser encargado de la guarda en concurso real con abuso sexual gravemente ultrajante agravado por el vínculo y por ser cometido contra un menor de 18 años de edad aprovechando la situación de convivencia preexistente agravado por ser encargado de la guarda (arts. 119 segundo párrafo en función con el 4° párrafo incs. b) y f) y 55 del CP), que se le atribuye en la causa N° P-9255/18.

El pronunciamiento fue dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial. De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

En los autos n° 9.255/18 el tribunal de mérito consideró acreditado los siguientes hechos: «[e]n fecha y hora no precisada, pero ocurrido en los períodos comprendidos entre las 05:15 hs del 26 de junio de 2017 hasta las 10:33 hs del 30 de junio del 2017; entre las 13:40 hs del 9 de julio de 2017 hasta el 14 de julio del 2017; entre las 10:30 hs del 16 de julio del 2017 hasta las 15:15 hs del 19 de julio del 2017; entre las 8:00 ha del 22 de julio del 2017 hasta las 12:00 hs del 1 de agosto del 2017 y, aproximadamente entre las 8:45 hs del 4 de agosto del 2017, oportunidad en que R. A. F. A. gozaba del permiso de salidas, toda vez que se encontraba alojado en la Dirección de Responsabilidad Penal Juvenil, como así también, luego a partir del 4 de setiembre del 2017, momento en que recuperó su estado de libertad en dicha dependencia, hasta finales de enero del 2018, F. A. R. A., oportunidad en que encontraba en su domicilio sito en ... Ciudad, junto con su hermana, la menor A. M. R. (quien tenía entre 11 y 12 años de edad, nació para fecha ...) y en ocasión en que el resto de los familiares se encontraban fuera del domicilio, el encartado llamó a la niña a su habitación, le exhibió a través de su teléfono celular videos de contenido pornográfico y con sus manos tocó la vagina de la menor, por debajo de las vestimentas, ingresando en ese momento la hermana de ambos. En fecha y hora no precisada pero en los periodos mencionados precedentemente F. A. R. A. en oportunidad en que se encontraba con la menor A. M. R. en una de las habitaciones del domicilio sito en ... Ciudad, y aprovechando que el resto de los integrantes de la familia se encontraban

afuera de la vivienda, acercó su pene a la zona de la vagina de la niña mientras lloraba al tiempo que el encartado le refería que si contaba algo la iba a meter al COSE».

Asimismo, en la causa n° 9.274/18 el tribunal de sentencia consideró acreditado los hechos contenidos en el requerimiento de citación a juicio, siendo los siguientes: «[e]n fecha y hora no precisada, pero ocurrido en los períodos comprendidos entre las 05:15 hs del 26 de junio de 2017 hasta las 10:33 hs del 30 de junio del 2017; entre las 13:40 hs del 9 de julio de 2017 hasta el 14 de julio del 2017; entre las 10:30 hs del 16 de julio del 2017 hasta las 15:15 hs del 19 de julio del 2017; entre las 8:00 ha del 22 de julio del 2017 hasta las 12:00 hs del 1 de agosto del 2017 y, aproximadamente entre las 8:45 hs del 4 de agosto del 2017, oportunidad en que R. A. F. A. gozaba del permiso de salidas, toda vez que se encontraba alojado en la Dirección de Responsabilidad Penal Juvenil, como así también, luego a partir del 4 de setiembre del 2017, momentos en que recuperó su estado de libertad en dicha dependencia, hasta finales de enero del 2018, F. A. R. A., oportunidad en que encontraba en su domicilio sito en ... Ciudad, junto con su hermana menor V. L. R. (quien tenía entre 8 y 9 años de edad, nació para fecha 27 de abril del 2008), el encartado con sus manos tocó la zona de los glúteos y de los pechos de la niña por encima de las vestimentas, al tiempo que le manifestaba que si contaba algo la iba a meter al COSE».

Para así decidir el sentenciante valoró en ambas causas, entre los elementos más importantes, las declaraciones testimoniales de G. R., R. A., licenciada V. Q., Dr. O. A., licenciada M. F., licenciada A. P. y licenciada A. R., el examen físico de las víctimas realizado por el Cuerpo Médico Forense, los exámenes psicológicos realizados a las víctimas, el examen psíquico del imputado y el registro de la Cámara Gesell de A. M. R..

2.- Recurso de casación

Los motivos de la defensa se enmarcan en las disposiciones de los incs. 1 y 2 del art. 474 del CPP. Solicita que se declare la nulidad de la sentencia por falta de fundamentación o, subsidiariamente, que este Tribunal case la sentencia y absuelva al imputado.

El recurrente argumenta que el sentenciante realiza una valoración parcial de las pruebas e invoca argumentos que no surgen del debate para sostener, en ambas causas, el abuso sexual gravemente ultrajante.

En efecto, sostiene que el a quo no consideró los alegatos formulados por la defensa, quién solicitó una calificación legal –abuso sexual simple– distinta a la solicitada en el alegato formulado por la Fiscalía, que invocó una serie de agravantes, que a su entender, no fueron probadas en el debate.

Considera que existen contradicciones entre los dichos de las víctimas y los informes físicos realizados por el Cuerpo Médico Forense.

Así, sostiene que A. M. R. expresó haber sufrido penetración y del examen físico se desprende que ambas víctimas tienen el himen intacto y que no hay signos de certeza de abuso sexual con acceso carnal. Por lo que advierte una clara contradicción que no fue tratada por el sentenciante.

Asimismo afirma que en el requerimiento de citación a juicio se establece que el imputado introdujo su pene en la vagina de la víctima, lo que se contradice con el informe físico de fs. 31 de los autos N° P-9.255/18.

Considera que lo grave es que se menciona una supuesta penetración y luego se determina por el mismo a quo que no existió penetración.

Luego manifiesta que de esos informes físicos surge que V. L. R. presentaba un enrojecimiento de la mucosa vulvar y que A. M. R. vulvitis con un abundante flujo blanquecino.

Sin embargo, sostiene, el a quo arbitrariamente concluyó que eso se debía a «estigmas de frotamiento», lo que a su entender nunca se menciona en los informes de referencia.

Además, sostiene que en el informe del examen físico realizado por el Cuerpo Médico Forense se establece que las causales de inflamación vulvar son de «etiología multifactorial» lo que a su entender se contradice con la interpretación que hace el sentenciante para fundamentar la figura penal.

Por lo que considera que su interpretación es arbitraria ya que sólo toma un fragmento del informe e ignora su conclusión. Asimismo, argumenta que es arbitrario y confuso lo dispuesto por el sentenciante con respecto a que los tocamientos en la zona de los glúteos de la menor V. L. ha producido ese enrojecimiento en la zona vulvar considerándolo gravemente ultrajante.

Al respecto, el recurrente estima que no hay relación entre el tocamiento o frotamiento en la cola con el enrojecimiento de la mucosa vulvar, ya que el mismo médico forense sostuvo que son múltiples los factores que pueden conducir a dicho enrojecimiento.

También se agravia el recurrente en tanto sostiene que el a quo hace referencia a «tocamientos en un contexto que afectan su psiquis y en ese contexto es gravemente ultrajante (atentando a la reserva sexual de la víctima)», pero no es claro respecto a cómo arriba a tal conclusión, así como tampoco menciona con qué elementos probatorios deduce que existió ese «contexto» o sobre qué pruebas se afirma que el imputado haya mostrado pornografía a las menores.

Además, sostiene que el sentenciante considera que el sólo acercamiento del pene del imputado en los genitales de las víctimas es gravemente ultrajante, sin determinar a qué hecho se refiere o a que prueba lo vincula, así como tampoco menciona cómo llega a esa conclusión fáctica que determina la aplicación de la calificación jurídica.

A su entender eso priva a la sentencia del carácter de acto jurisdiccional válido.

Asimismo expresa que el a quo habla de coito inter femoral como un elemento gravemente ultrajante, pero considera que tampoco menciona qué elementos probatorios sostienen tal calificación jurídica.

En este sentido critica que el a quo menciona que la prueba es común a ambas causas pero, sin embargo, considera que no es claro respecto a qué pruebas permiten acreditar la existencia de los hechos que toma como base de la calificación jurídica de abuso sexual gravemente ultrajante.

Por último, tampoco comparte lo resuelto por el sentenciante en cuanto a que dispuso que el sólo hecho de la convivencia bastaba para aplicar tanto el agravante de la convivencia, como de encargado de la guarda, sin dar mayores fundamentos y sin explicar en virtud de qué elementos probatorios tiene por acreditado tales agravantes.

A su entender el a quo vuelve a incurrir en una arbitrariedad por falta de debida fundamentación. Hace expresa del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General entiende que debe rechazarse el recurso de casación y confirmarse la sentencia impugnada. Considera que los hechos acreditados se encuentran subsumidos en la calificación legal correcta.

Argumenta que los dichos de las menores resultan creíbles y han sido claros en cuanto a la modalidad de ejecución, sindicando desde la primera oportunidad al condenado como su autor, por lo que no existe razón alguna para apartarse de ellos.

En efecto, advierte que para arribar a la certeza de la existencia material de los hechos endilgados y la autoría del imputado, el plexo probatorio fue analizado y cotejado en su totalidad.

Por último, estima que no se advierte defecto alguno en la motivación de la sentencia y los argumentos vertidos en el recurso no alcanzan a desvirtuar los fundamentos dados por el sentenciante relativos a la calificación legal.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Atento a los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que corresponde hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la defensa.

a.- Consideraciones generales sobre la valoración probatoria con perspectiva de género

A modo de aclaración preliminar, cabe referir que el análisis integral de todos los elementos existentes permite comprobar que el caso de autos aparece enmarcado dentro de un claro supuesto de violencia de género y, además se trata de una especie de conducta delictiva cuya comisión se desarrolla habitualmente en ámbitos de absoluta privacidad, es decir se producen en ausencia de otras personas más allá de la víctima y el agresor o los agresores.

Este aspecto provoca que sea poco usual contar con otros testigos directos, o que existan pruebas gráficas o documentales.

Es por ello que, en los casos de violencia contra las mujeres el testimonio de la víctima constituye un valor fundamental en la comprobación de los extremos de la imputación delictiva. En efecto, la violencia ejercida contra las mujeres en razón de su género ha merecido un especial amparo, a nivel nacional como supranacional.

En este sentido debo señalar que sobre esta cuestión tuve ocasión de pronunciarme en diversos precedentes (“**Cruz Caporiccio**”, “**Merlo Lassa**”; “**Quiroga Morales**”; “**Ojeda Pérez**”; “**Vázquez Tumbarello**”; “**Brancello Urbón**”; entre otros).

En especial en «**Ojeda Pérez**» sostuve que «[...] comparto que aquella concepción según la cual la perspectiva o visión de género es una “categoría analítica que toma los estudios que surgen desde las diferentes vertientes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma, cuestionar los estereotipos y elaborar nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad al servicio de la igualdad y la equidad” (UNICEF, “**Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas**”, Buenos Aires, 2017).

Destaco la idea de igualdad contenido en la definición en tanto se encuentra no sólo consagrada expresamente en el texto constitucional (art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza), sino, también, en el ámbito de la normativa internacional.

Así, entre otros, la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” - Belem Do Pará -, garantiza que toda mujer tiene “el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley” (art. 4, inc. “f”)». Sostuve también en esa ocasión que «[...] en nuestro ordenamiento interno, la ley nacional 26.485 es una norma orientada pura y exclusivamente a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las “mujeres”.

En tal sentido, entre sus objetivos primordiales, el propio texto promueve y garantiza “la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida”, “el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia”, “las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos”, como también, “la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres”(art 2, inc. a, b, c y e respectivamente)». Así, «[...] ese texto

normativo vino a imponer un verdadero “deber jurídico” para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas.

Sus destinatarios directos son aquellos sujetos que integran los órganos decisores en el marco de los procesos judiciales penales, ya sea por el lado de quienes resultan facultados para disponer sobre el curso de investigación, como también, respecto de quienes son los encargados de su juzgamiento».

Ese deber jurídico no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley. Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que «[l]os organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativos, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional [...] los siguientes derechos y garantías: i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son su naturales testigos [...]» (art. 16)».

Ahora bien, «[...] además de ese deber genérico, ya en el terreno que resulta propio a la actuación de los órganos de justicia dentro de los procedimientos jurisdiccionales penales, el texto legal contiene dos normas que consagran lineamientos funcionales para los operadores del sistema de administración de justicia en el abordaje de la problemática de género.

En consonancia con el sistema de protección integral, se consagra el principio de «amplia libertad probatoria» para tener por acreditados “los hechos denunciados, evaluándose las pruebas ofrecidas de acuerdo con el principio de la sana crítica. Se considerarán las presunciones que contribuyan a la demostración de los hechos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes” (art 31)».

De tal manera «[...] el texto legal vigente [ley 26.485] no introduce un nuevo método de valoración probatoria para los casos de violencia de género, puesto que siempre la prueba debe valorarse conforme al sistema de la sana crítica racional (art. 206 y 409 del CPP).

A mi modo de ver, la imposición de un método de valoración de la prueba como herramienta obligatoria para el abordaje de esta problemática, se justifica ante la necesidad de evitar que los órganos jurisdiccionales decisores puedan apartarse en la adopción de decisiones, del contexto fáctico que es propio a este género de conductas delictivas».

Así, «[...] el acierto de la ley consistió en establecer, en forma igualitaria, un método de valoración que evite la discriminación que en ocasiones ocurría por prácticas derivadas de la cultura jurídica patriarcal inquisitiva, que se transformaron en consuetudinarias, y que era necesario erradicar.

Repárese que es la propia Convención Belem Do Pará donde se fija, como un deber de los Estados el “tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer” (art. 7, inc. “e”)

Ello no resulta novedoso para la labor jurisdiccional en razón que «[...] siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba –objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento. Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto.

Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas».

Conforme a lo expresado «[...] es el contexto en el que se inserta el hecho delictivo el que viene a determinar el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio. Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres el testimonio de la víctima ostenta un valor fundamental en la comprobación de los extremos de una imputación delictiva, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la responsabilidad penal derivada del mismo».

De tal manera «[...] uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo.

A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables». De no proceder de esta manera estaríamos recreando la sociedad estamental –con características propias- del Estado premoderno, lo que implicaría una vulneración del principio de igualdad -consagrado en el art. 16 de la CN y 7 de la CM-, el que, a su vez, constituye uno de los pilares de la República Federal.

Asimismo en “**Morales Quiroga**”, me pronuncié en orden a las condiciones de vulnerabilidad como parámetro de interpretación probatoria. Así, sostuve que en los casos en que resulten comprometidas personas en «situaciones de vulnerabilidad por condición o por constituir causa, como la edad y/o el género, queda evidenciado el estricto cumplimiento de las normas constitucionales, convencionales y legales vigentes en la valoración de los elementos probatorios, los que también aplica a las otras situaciones de vulnerabilidad, sea por el estado físico o mental (discapacidad), pertenencia a comunidades originarias o a minorías, por victimización, migración, desplazamiento interno, pobreza, privación de libertad o circunstancias sociales económicas, étnicas y/o culturales, siempre la ha hecho teniendo en cuenta las “**Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en vulnerabilidad**” aprobada en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana que tienen como objetivo garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad que les permitan el pleno goce de los servicios del sistema judicial».

Al respecto, en “**Vega**” abordé el tema vinculado a la doble protección por parte del Estado que debe tener **la víctima mujer menor de edad**. Así, sostuve que «[e]n lo que a la ponderación de los diversos elementos de prueba se trata, es necesario destacar que no sólo nos encontramos frente a una víctima mujer, sino que, además, es menor de edad. Ello genera que se encuentre doblemente protegida por el Estado por pertenecer al colectivo de personas que cuentan con esta doble protección especial».

A lo señalado debe sumarse, tal como destacué en el precedente “**Vázquez Tumbarello**”, la relevancia de la ley 27.499, denominada «**Ley Micaela**», en tanto dispuso la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra la mujer para todas las personas que desempeñen la función pública, en cumplimiento del objetivo señalado.

En coincidencia con aquella normativa la Acordada n° 29.318 de esta Suprema Corte de Justicia, y su anexo «Programa de capacitación permanente para la incorporación de la perspectiva de género en el marco de la Suprema Corte de Justicia».

Así, con fundamento en el principio de igualdad y la consecuente prohibición de discriminación, se dispusieron una serie de acciones concretas para asegurar la «igualdad real» de las mujeres en sus relaciones interpersonales.

En conclusión, entiendo que la trascendencia de la ley 26.485 radica no en conformar un estatus jurídico distinto aplicable a la mujer, sino que mediante la capacitación dirigida a los funcionarios públicos y, en lo

que aquí interesa, a funcionarios y magistrados del poder judicial, se otorgue una perspectiva para valorar los elementos probatorios bajo el prisma de la igualdad consagrada en la normativa nacional.

Ella debe estar despojada de estereotipos y prácticas relacionadas con la cultura jurídica patriarcal-inquisitiva, plasmada en usos y costumbres que importaron, e importan, prácticas que impiden poner en contexto los medios convictivos al momento de su ponderación. En función de las pautas señaladas es que analizaré las impugnaciones formuladas en la presente causa.

b.- Acerca de los cuestionamientos realizados por la defensa a la valoración probatoria realizada por el juez de sentencia y al modo de fundamentar su decisión

El primer planteo de la defensa está dirigido a cuestionar las contradicciones existentes entre los dichos de la menor A. M., quien manifestó haber sufrido penetración por parte del imputado, y el informe físico del Cuerpo Médico Forense, del que surge que ambas víctimas tienen el himen intacto. A mi modo de ver, el cuestionamiento no puede ser acogido.

En efecto, del soporte audiovisual correspondiente surge que el sentenciante trató correctamente, a mi entender, el tema relacionado a determinar si hubo o no penetración por parte del imputado hacia la menor A. M.. Al respecto, basándose en el examen físico realizado por el Cuerpo Médico Forense (fs. 31 de los autos n° P-9255/18) y en el testimonio del Dr. A. rendido durante la audiencia de debate, determinó que no hubo penetración -ni aún incompleta- por parte de F. R. hacia su hermana menor A. M.. Así, el sentenciante sostuvo, tal como lo hizo el Dr. A., que si las menores de esa edad hubieran sido penetradas, aún en forma incompleta, serían desfloradas o desgarradas, no siendo el caso de las víctimas en autos, atento a que del examen físico surge que ambas tenían el himen íntegro.

De lo expuesto, se advierte que el juzgador trató el tema de las contradicciones referidas por el recurrente, vinculadas a si existió o no penetración por parte del acusado.

Asimismo, es de resaltar que al determinar que no hubo penetración, el sentenciante no hizo lugar a lo solicitado por la representante del Ministerio Público Fiscal, tal como lo planteó -en este aspecto relativo a la existencia de penetración- la defensa de F. R.. En segundo lugar, considero que debe ser rechazado el agravio dirigido a cuestionar la interpretación que realiza el sentenciante con respecto a que las causales de inflamación vulvar de las menores se debe a «estigmas de frotamiento».

Ello por cuanto estimo que el argumento defensivo representa una mera discrepancia con la labor intelectual del juzgador carente de sustento para invalidarla. Al respecto, el informe físico del Cuerpo Médico Forense establece que V. L. R. presentaba enrojecimiento en mucosa vulvar y A. M. R. vulvitis, abundante flujo blanquecino y erosión de la mucosa en periné.

Asimismo, tal como lo refiere el recurrente, indica que las causales de inflamación vulvar son de «etiología multifactorial».

En efecto el sentenciante refirió que la palabra «etiología» se utiliza para referirse a la causa de los fenómenos y la palabra «multifactorial» a la intervención de varios factores, de lo que se desprende que la inflamación vulvar puede tener como causa varios factores, tales como «estigmas de frotamiento o de tocamiento» por parte R. hacia A. M. y V. L..

Conclusión a la que llegó el sentenciante luego de valorar en forma integral el material probatorio, principalmente las declaraciones de las menores y de los profesionales que declararon en la audiencia de debate, tales como las licenciadas P., F., R. y Q., así como también el Dr. A., quienes otorgaron credibilidad a lo relatado por las menores.

Es de señalar, que la menor A. M. manifestó de manera clara y contundente en Cámara Gesell, entre otras cosas, que el acusado le «tocó las partes privadas [...] por donde hacemos pis [...] con la mano». Asimismo

señaló que la tocó «con sus partes privadas» refiriéndose a las que tiene «entre medio de las piernas» y que sirve «para hacer pis».

Ante la pregunta sobre el lugar donde la tocó, la menor respondió «acá adelante», señalando la parte delantera del cuerpo de la cintura para abajo. Luego la menor expresó que «me empezó a tocar y me los mostraba», haciendo alusión a videos de contenido pornográfico, manifestando que vio «una mujer y un hombre desnudos». A su vez, la menor V. L. también mencionó de manera clara y contundente, que el imputado le tocó la zona de los glúteos y de los senos por encima de la ropa.

Estos dichos fueron valorados por el sentenciante como creíbles. De tal modo, se advierte que no existe en la causa ningún elemento probatorio que indique que las niñas fabularan o mintieran. Por el contrario, toda la prueba confirma la materialidad del hecho y la autoría del encartado.

De tal manera, del análisis del recurso interpuesto y de la sentencia atacada, estimo que esta última no adolece de los vicios que pretende el recurrente en relación a la valoración de la prueba del juez de la instancia anterior.

Ello en tanto, esta labor encuentra sustento en la totalidad de las pruebas rendidas, instrumental, declaraciones de las víctimas, peritos y demás testigos que declararon durante el debate y que el sentenciante valoró conforme las normas de la sana crítica racional.

Elementos de convicción que fueron cotejados unos con otros de manera tal de llevar a cabo una valoración integral y coordinada.

c.- Sobre los cuestionamientos de la defensa a la calificación legal en que fueron encuadrados los hechos

Ante todo debe señalarse que, tal como se analizó de manera precedente, debe confirmarse en esta instancia la plataforma fáctica tenida por cierta por el sentenciante.

Ello en tanto, se impone como conclusión fáctica, lógica y razonada, derivada de la valoración de todos los elementos de prueba obrantes en la causa que el acusado F. A. R. A., mientras le exhibía videos de contenido pornográfico a su hermana A. M. R. le tocó la vagina por debajo de la ropa y, en otra oportunidad, le acercó su pene a la zona de la vagina.

A su vez, a su hermana V. L. R. le tocó la zona de los glúteos y de los pechos por encima de la vestimenta. Todo ello al tiempo que les manifestaba que si contaban algo de lo sucedido a alguien las iba a meter en el «ex» COSE.

Ahora bien, a fin de abordar el agravio de la defensa corresponde analizar por separado el encuadre legal de las distintas conductas reprochadas al acusado.

En primer lugar, considero que no puede tener acogida favorable el agravio dirigido a cuestionar el encuadre legal atribuido a la conducta reprochada al acusado con relación a A. M..

Es de destacar que, el encuadre de esa conducta como «abuso sexual gravemente ultrajante» ha sido objeto de específico análisis por parte del juzgador y sus argumentos no logran ser rebatido por el recurrente en esta instancia.

Al respecto, el a quo sostuvo, acertadamente a mi criterio, que el tocamiento en la vagina de la menor mientras le exhibía videos de contenido pornográfico y el acercamiento del pene en su vagina, por las circunstancias de su realización y por su entidad, van más allá que unos meros tocamientos que son los propios de un abuso sexual simple.

Asimismo, argumentó que esos tocamientos estaban en un contexto de modo, tiempo y lugar que hacían que por la edad de la víctima –entre 11 y 12 años– afectara mucho más su psiquis, resultando por ello gravemente ultrajante.

En segundo lugar, es de señalar que la conducta del acusado tenida por acreditada en la sentencia con relación a V. L., esto es tocar con las manos sus glúteos y sus senos por encima de la ropa, no es susceptible de ser encuadrada en las previsiones del art. 119 segundo párrafo del CP. –abuso sexual gravemente ultrajante–, tal como lo hizo el sentenciante, sino que, por el contrario, debe calificarse conforme las previsiones del art. 119 primer párrafo del CP. –abuso sexual simple–, como lo sostiene el recurrente.

En este sentido, se debe tener en cuenta que en el delito de abuso sexual gravemente ultrajante la conducta desplegada por el autor tiene un alto contenido degradante y vejatorio para la víctima.

Ello en tanto constituye un acto que, por las circunstancias de su realización o por su duración, implica por sí mismo un notable agravio a su dignidad e integridad sexual, produciendo una humillación mayor a lo que normalmente se verifica con el tipo básico de abuso sexual. Por lo que se advierte que el hecho tenido por probado en la causa respecto de V. L. no reúne tales características.

Por último, estimo que debe hacerse lugar el agravio dirigido a cuestionar la falta de explicación por parte del sentenciante al aplicar la agravante de ser el acusado el encargado de la guarda de las menores. Ello en tanto el sentenciante no explicita debidamente los motivos, sustentado en los elementos de convicción obrantes en la causa, por los cuales debía considerarse que durante la ejecución de los hechos en contra de las menores, su madre estuvo internada y que, por ello y en definitiva, F. R. estaba a cargo del cuidado y guarda de las menores en esos momentos.

Al respecto, considero que al no haber quedado acreditada con certeza la situación de guarda, y de acuerdo a lo previsto por los art. 2 y 409 del CPP en cuanto a que en caso de duda se estará a los más favorable al acusado, no corresponde aplicar tal agravante.

Por estas razones, y sólo en este aspecto, el de la calificación legal de los hechos atribuidos al acusado en relación a V. L. y el de la configuración de la agravante de ser el acusado encargado de la guarda de las menores, el recurso de la defensa debe prosperar.

Por tal motivo entiendo que el hecho atribuido al acusado, en relación a V. L. R., debe encuadrarse en la figura de abuso sexual simple agravado por el vínculo y por ser cometido contra un menor de 18 años aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo (art. 119 primer párrafo, en función del último párrafo incs. b) y f) del CP.), y con respecto a A. M. R. en la figura de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por el vínculo y por ser cometido contra un menor de 18 años aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo (art. 119 segundo párrafo, en función del cuarto párrafo incs. b) y f) del CP.).

Por todo lo expuesto, y oído el Procurador General, corresponde hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Comparto la solución a la que llega mi distinguido colega de Sala y en lo referente a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria con perspectiva de género entiendo oportuno remitirme a lo señalado en los precedentes **“Mejía, Salvador”** y **“Di Césare Morales”**, los que entiendo aplicables al presente caso. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Comparto los fundamentos por los cuales el voto preopinante considera que corresponde hacer lugar parcialmente a los agravios esgrimidos por la defensa de F. A. R. A.. En especial, adhiero a las consideraciones realizadas en torno a la valoración de los elementos de prueba en hechos acontecidos en un contexto de violencia de género, a los que ya me he

referido en numerosos pronunciamientos (ver «Galdeano Reyes», «Merlo Lassa», «Concha, Jesús», entre otros).

En esta última oportunidad señalé en relación a esta forma de manifestación de violencia contra las niñas que «(s)e trata entonces de una doble condición de vulnerabilidad que la atraviesa, por cuanto cada una de dichas condiciones demandan una especial protección por parte de todos los agentes de la organización estatal, a fin de prevenir la violencia de la que históricamente han sido objeto; y de los operadores del derecho, quienes tienen la obligación de ser diligentes en la investigación, imprimiendo en el análisis de estos casos una lectura desde el enfoque de género, con el objeto de brindar una solución justa en cada caso».

En función de lo señalado sostuve que «(a) fin de tener una mayor comprensión de esta problemática, debemos analizar el tema a partir de dos premisas fundamentales: i) la violencia sexual contra niñas y mujeres es una de las manifestaciones más claras de una cultura patriarcal que fomenta el control del cuerpo y la sexualidad de las mujeres; y ii) que los patrones de discriminación estructural que padecen las mujeres proveen el escenario donde se reproduce y fomenta la violencia sexual (cfr. **CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; parr. 17**)».

En este entendimiento resulta necesario ponderar que en el caso bajo estudio, debido a las particularidades propias del ataque –como es sabido, suelen ser llevados a cabo frente a víctimas desprotegidas o en la intimidad– el relato de quien ha sido violentada en su libertad sexual, máxime cuando se trata de una niña, debe ser cuidadosamente analizado y ha de atribuírsele un lugar privilegiado en la construcción de la premisa fáctica que integra el razonamiento del juez.

Así las cosas, entiendo que el sentenciante interpretó en forma satisfactoria los estándares probatorios delineados tanto en el sistema interamericano como en el orden nacional, en tanto para la acreditación de los hechos constitutivos de la agresión sufrida por la víctima, ponderó todos los elementos de juicio incorporados legítimamente al debate bajo los parámetros de valoración que impone la temática en estudio. Por otra parte, me interesa destacar que una sentencia justa que ponga de manifiesto la verdad de los hechos, y la individualización y castigo de su responsable constituye per se una medida de reparación para la víctima y sus familiares.

En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos entendió que forma parte del derecho a la reparación por violaciones de los derechos humanos, en sus modalidades de satisfacción y garantías de no repetición, el derecho que tiene toda persona y la sociedad a conocer la verdad íntegra, completa y pública sobre los hechos ocurridos, sus circunstancias específicas y quienes participaron en ellos (Cfr. **CIDH, Informe Nº 37/00, Caso 11.481, Monseñor Oscar Arnulfo Romero y Galdámez, El Salvador, 13 de abril de 2000, párr. 148**).

En este entendimiento, el ex juez interamericano Augusto Cancado Trindade en su voto razonado en el Caso Bulacio c/ Argentina, ya destacó que las reparaciones revisten un doble significado: uno proveer satisfacción a las víctimas, o sus familiares, cuyos derechos han sido violados, y dos, restablecer el orden jurídico quebrantado por dichas violaciones (Cfr. **Corte IDH, “Caso Bulacio c/ Argentina”**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 18 de setiembre del 2003. Serie C, N|100.Voto razonado del Juez Cancado Trindade, párr. 37).

Como corolario de lo expuesto, pretendo destacar la importancia de que los operadores del derecho lleven adelante una investigación diligente y guiados por los particulares contextos en que se desarrollan los hechos violatorios de derechos humanos, y la aplicación de los estándares probatorias ya delineados a fin de obtener una decisión justa que determine la verdad de los hechos y, en su caso, el castigo de sus

responsables. Todo ello implica, en definitiva, y como medida de reparación, poner en valor a las personas como titulares de los derechos reconocidos en las convenciones de derechos humanos. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en la cuestión anterior, corresponde hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado y, en consecuencia, casar el dispositivo I de la sentencia n° 828 de fs. 556 y vta., y resolver lo referido a la fijación de la pena conforme a la aplicación que se considera correcta para el caso (art. 485 del CPP.).

Ello de acuerdo a las circunstancias concretas del caso y por motivos de celeridad procesal. En relación a la calificación legal, considero que la adecuada de acuerdo a las circunstancias acreditadas en la causa es la de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por el vínculo y por ser cometido contra una menor de 18 años aprovechando la situación de convivencia preexistente en concurso real con abuso sexual simple agravado por el vínculo y por ser cometido contra un menor de 18 años aprovechando la situación de convivencia preexistente (art. 119 segundo párrafo, en función del cuarto párrafo incs. b) y f), 55 y 119 primer párrafo, en función del último párrafo incs. b) y f) del CP.).

De acuerdo a la calificación legal referida, y en cuanto a la pena aplicable, debe señalarse que escala penal para los delitos endilgados se encuentra entre los ocho y los treinta años de prisión.

En relación a la determinación de la pena, y en virtud del cambio de calificación aquí dispuesto y en función de las razones que brindó el juez en su momento, particularmente que estamos en presencia de un acusado de joven edad al momento de los hechos –dieciocho años–, considero que la pena justa y equitativa es la de ocho años de prisión. En consecuencia, el dispositivo I de la sentencia n° 828 de fs. 556 y vta., que corresponde revocar, deberá quedar redactado de la siguiente forma: «Condenar a F. A. R. A. a la pena de OCHO (8) AÑOS DE PRISIÓN como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por el vínculo y por ser cometido contra un menor de 18 años aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo en concurso real con abuso sexual simple agravado por el vínculo y por ser cometido contra un menor de 18 años aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo (art. 119 segundo párrafo, en función del cuarto párrafo incs. b) y f), 55 y 119 primer párrafo, en función del último párrafo incs. b) y f) del CP.)». ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO, adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas por su orden y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO, adhieren al voto que antecede.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la defensa de F. A. R. A..
- 2.- Casar la sentencia n° 828, obrante a fs. 556 y vta., modificando el resolutive I, el que quedará redactado de la siguiente forma: «Condenar a F. A. R. A. a la pena de OCHO (8) AÑOS DE PRISIÓN como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por el vínculo y por ser cometido contra un menor de 18 años aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo en concurso real con abuso sexual simple agravado por el vínculo y por ser cometido contra un

menor de 18 años aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo (art. 119 segundo párrafo, en función del cuarto párrafo incs. b) y f), 55 y 119 primer párrafo, en función del último párrafo incs. b) y f) del CP.)».

3.- Imponer las costas por su orden y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.

4.- Tener presente la reserva federal efectuada.

5.- Remitir las presentes actuaciones al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

26- NUÑEZ. 02-07-20.

| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
|----|----|-----|------|--------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|-------------|---|------------|
| VG | EG | NNA | - | PCE | - | - | A | - | CR | - | - | - | - | 474 -2° |

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200702_FcNJC.pdf

Lex: Art. 119, 1°, 2°, 3° en función con el 4° párrafo incs. b y f y 55 del CP

Vox: VG. NNA. A.S.I. Abuso sexual simple. Acceso carnal. Gravemente ultrajante. Encargado de la guarda. Convivencia. Número indeterminado de hechos. Concurso real.

Summa:

El TPC condenó al nombrado a la pena de **diez años de prisión** por considerarlo autor responsable del delito de abuso sexual simple en un número indeterminado de hechos, abuso sexual con acceso carnal y abuso sexual gravemente ultrajante, ambos agravados por ser el imputado encargado de la guarda y por la convivencia preexistente con la víctima, y en un número indeterminado de hechos, todo en concurso real (arts. 119 primer párrafo, segundo y 3° párrafo del mismo artículo, ambos en función con el cuarto párrafo incs. b) y f) y 55 del C.P.).

La **defensa** interpone recurso de casación.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1289, pronunciada por el TPC N°1- 3° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Voto Dr. Adaro

- Galdeano Reyes. 31-07-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=242>
- Concha, Jesús. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- Merlo Lassa. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf

Voto Dr. Palermo.

- Di Cesare Morales. 26-06-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=156>
- Mejía Salvador. 10-09-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=197>
- Lucero Ramírez. 20-08-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190820_FcLRE.pdf

Voto Dr. Valerio.

- Morales Quiroga.
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Merlo Lassa. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=243>
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>

b-CIDH

- «Castro Castro vs. Perú». Fondo, 25-05-06.
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf

- Caso Rosendo Cantú vs. México. 31-08-10
https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=339
- Caso «Fernández Ortega y otro vs. México». 30-08-10.
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/fernandez_ortega/esap.pdf

SCJM. Dres.: **Adaro.** Palermo. Valerio.

Fallo.

CUIJ: 13-04876935-1/1((038601-88956)) FC/ N. J. C. P/ ABUSO SEXUAL (88956) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104960971*

En Mendoza, a los dos días del mes de julio del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04876935-1/1, caratulada "FC/ N., J. C. P/ ABUSO SEXUAL SIMPLE, ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO Y ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE AGRAVADO, TODO EN CONCURSO REAL S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. OMAR A. PALERMO, y tercero DR. JOSÉ V. VALERIO.

La defensa de J C N. P. interpone recurso de casación (fs.84/90 vta.) contra la sentencia N° 1.289 (fs. 79/80) y sus fundamentos, mediante la cual se condenó al nombrado a la pena de diez años de prisión por considerarlo autor responsable del delito de abuso sexual simple en un número indeterminado de hechos, abuso sexual con acceso carnal y abuso sexual gravemente ultrajante, ambos agravados por ser el imputado encargado de la guarda y por la convivencia preexistente con la víctima, y en un número indeterminado de hechos, todo en concurso real (arts. 119 primer párrafo, segundo y 3° párrafo del mismo artículo, ambos en función con el cuarto párrafo incs. b) y f) y 55 del C.P.).

El pronunciamiento fue dictado en la causa N° P- 88.956/18 por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Tercera Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

Tercera: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

La resolución cuestionada, en lo que aquí interesa, tuvo por acreditado que «[...] a partir del año 2005 aproximadamente sin poder preciar días y horas exactas, en circunstancias en que Y. S. V. residía en el domicilio sito en Barrio, manzana ..., casa .. de, Mendoza, y en momentos en que se encontraba en su habitación, su padastro J C N. P. en un número indeterminado de hechos le tocó los pechos y la vagina por encima de la ropa. Luego, y cuando la víctima empezó a menstruar, la accedió carnalmente y la obligó a practicarle sexo oral en un número indeterminado de veces».

Para así decidir, el juez de sentencia valoró las declaraciones testimoniales de la víctima Y. S. V., E. P., H. G. y la Lic. Natalia Ayala, el informe del examen psiquiátrico realizado a la víctima por el Cuerpo Médico Forense (CMF) de fs. 9 y 115 y los demás elementos de juicio incorporados al debate.

2.- Recurso de casación

La defensa de J C N. enmarca los motivos de su impugnación en el art. 474, inc. 2° del CPP, es decir, por adolecer el pronunciamiento cuestionado de vicios in procedendo.

En primer orden, asegura que durante el desarrollo del debate el juez de sentencia, amparándose en la normativa de género, vulneró el derecho de defensa de su asistido.

Al respecto, explica que si bien se admitió la testimonial de F. V. C., R G y L G, el juez a quo impidió a la defensa preguntar sobre el conocimiento que tenían de lo manifestado por Y. V. en su diario íntimo, y en

lo relativo a aspectos vinculados a su vida sexual, los que tenían estrecha vinculación con los hechos investigados. En segundo lugar, alega la falta de motivación suficiente de la sentencia que impugna, por carecer de toda fundamentación en torno a, si en el caso concreto, se ha acreditado con la certeza suficiente la existencia de los delitos penales denunciados por la víctima.

Afirma que se ha arribado a una condena con una simple relectura de los elementos de juicio incorporados al debate, sin realizar el juez de sentencia un análisis lógico de cada medio de prueba, hasta el punto de darle prioridad a lo dictaminado por los peritos oficiales en detrimento de lo evaluado e informado por los peritos de parte, sin fundamentar en qué apoya su conclusión.

Concluye que la sentencia que impugna es arbitraria, en tanto el relato de la víctima representa el 80% de la sustentación de la condena, y el otro 20% está dado por las pericias oficiales.

Agrega que el sentenciante restó nivel probatorio a los demás elementos de juicio, con lo cual cercenó en forma arbitraria la posibilidad de una interpretación distinta.

Entiende que la posibilidad de una hipótesis distinta es claramente factible, lo que dejaría un margen de duda que no puede existir en nuestro derecho al momento de dictar una sentencia condenatoria.

En virtud de lo expuesto, solicita la nulidad de la sentencia impugnada y su reenvío para la realización de un nuevo debate. Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General considera que el recurso no resulta sustancialmente procedente, por lo que corresponde confirmar la sentencia cuestionada.

En relación al primer agravio sostiene que la defensa hace hincapié, en forma aislada, en el análisis de un diario íntimo de la víctima, y en la declaración de los testigos V C, G y G.

Sostiene que en relación a estos argumentos, fue claro el representante de Ministerio Público Fiscal en sus alegatos en cuanto a que lo que trató de hacer la defensa fue tratar de culpar a la víctima, aludiendo a su diario íntimo para decir que mantuvo relaciones sexuales con otras personas.

Ello sin considerar lo informado por la pericia psiquiátrica realizada al imputado, de donde se desprende que el imputado trata de poner la culpa en otras personas. Indica que, en ese marco, el tribunal actuó adecuadamente, amparado por la normativa pertinente (ley 26.485).

En relación al segundo agravio, estima que el tribunal de sentencia contó con los elementos probatorios suficientes para lograr la certeza requerida a los fines de condenar al imputado, los que fueron analizados y cotejados en su totalidad por el tribunal.

En este entendimiento, estima que fue absolutamente válido el valor probatorio asignado al testimonio de la víctima, al que el juez de sentencia calificó como coherente y creíble, y que se mantuvo uniforme a largo de todo el proceso.

En relación a la pericia de parte, entiende que fue adecuadamente valorada por el juez y debidamente confrontada con el plexo probatorio.

Finalmente, señala que los agravios de la defensa constituyen una discrepancia propia de la labor defensiva, que no logran menoscabar la contundencia de los fundamentos de la sentencia.

En razón de ello, sostiene que el planteo de la defensa es infundado y no debe prosperar.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

En adelanto de las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso de casación articulado debe ser rechazado en tanto no logra desvirtuar la validez de la sentencia condenatoria impugnada.

De manera preliminar, debo señalar que el modo en que han sido planteados los agravios casatorios por el recurrente, justifica metodológicamente establecer un orden lógico de tratamiento.

De esta manera, en primer lugar (a) se abordarán los vicios en que se sustenta la alegada vulneración al derecho de defensa en juicio, derivados de las irregularidades apuntadas por el recurrente aspecto que –según entiende el censurante– acarrearían necesariamente la nulidad de la sentencia cuestionada.

En segundo lugar (b), se ingresará en el análisis nuclear del recurso, mediante la revisión sobre la valoración del plexo probatorio. a- La defensa cuestiona que durante el desarrollo del debate el juez de instancia anterior le impidió indagar a los testigos G, V y G, sobre lo plasmado por la víctima en su diario íntimo, en donde refirió haber perdido su virginidad a la edad de dieciséis años y con persona distinta al imputado. Agrega que tampoco pudo realizar preguntas que estaban vinculadas con la vida sexual de la víctima. Asegura el censurante al respecto que lo declarado por estos testigos hubiese podido poner en discusión y en clara duda cada manifestación del relato de la víctima.

Entiendo que el agravio esgrimido en este sentido no puede prosperar, por cuanto los vicios apuntados por la defensa no se verifican en los registros audiovisuales.

De modo previo, debo destacar que la defensa omite referir la explicación brindada por la víctima Y V en la audiencia de debate, en relación al tramo destacado del referido diario íntimo. En tal oportunidad, aquélla aseguró que, tal como ya lo había aclarado en otra oportunidad, era «mentira» lo manifestado en su diario en relación a las circunstancias en que perdió su virginidad.

Explicó así que «[...] ese diario no era tan íntimo, lo leían todos y pido que se fijen al final donde escriben mis amigas». En razón de ello aclaró que no dejó registro de la verdad de lo acontecido por pudor y vergüenza (ver registros audiovisuales, 9/04/19, a partir del minuto 42:50).

Por otra parte, el censurante no concreta adecuadamente los agravios esgrimidos en este sentido y no explica su decisividad en la solución, ello en función con las explicaciones brindadas por la víctima en relación al diario íntimo y el acervo probatorio que –según entiendo– la defensa no ha podido desvirtuar. Por otra parte, debo destacar que la defensa a través de indagaciones sobre la vida privada de la víctima, intentó sugerir durante el desarrollo del debate –y como una clara estrategia defensiva, habitual en este tipo de delitos–, la posibilidad de que la víctima haya mentido o, bien, haya prestado su consentimiento al imputado para la realización de los actos sexuales.

En este punto, entiendo pertinente destacar algunos conceptos relativos a la construcción de estereotipos de agresores y de víctimas en los delitos de abuso sexual, los que desarrolle en el precedente **«González, Mauricio»**.

Señalé en tal oportunidad que «[...] a través de su anclaje en el inconsciente colectivo, se crean y validan mitos sobre los perfiles de los varones abusadores y de las mujeres víctimas que, gravemente, impactan en decisiones judiciales, incluso en algunas ocasiones sin perjuicio de las pruebas que pudieran existir en autos».

Por ello, estimo que la inclusión de este tipo de presunciones equivale a la invasión de prejuicios discriminatorios en el proceso judicial, que restringen los márgenes de protección de las mujeres contra la violencia sexual.

La promoción de la igualdad conlleva la tarea, en las autoridades judiciales, de aplicar la ley sin preconcepciones ni estereotipos discriminatorios.

Por otra parte, y en relación al testigo F V, se desprende de los registros audiovisuales que la defensa indagó en forma amplia y sin ninguna oposición por parte del fiscal o del juez de sentencia, sobre la vida privada de la víctima y su relación con el imputado N.. De tal manera, lo que los agravios esgrimidos en relación a este testigo no tienen asidero en las constancias audiovisuales referidas y, por tal motivo, no pueden prosperar (ver, a partir 1:14:17).

Por distintas consideraciones debe también rechazarse las quejas referidas al testigo R G. Ello por cuanto, según se desprende de las constancias de autos, el tribunal no pudo lograr la comparecencia del testigo, razón por la cual el juez a quo, con la anuencia de las partes, prescindió de su testimonio (ver registros audiovisuales, 24/06/2019). En virtud de las razones expuestas, los planteos de nulidad impetrados por la defensa no pueden ser atendidos.

b.- A continuación se abordarán los vicios denunciados por el censurante que se vinculan con cuestionamientos al **plexo probatorio** de la causa y que constituyen el aspecto nuclear del recurso. Preliminarmente, me interesa destacar que, conforme los estándares internacionales y regionales, la víctima Y S V P es titular de una doble protección jurídica: por ser mujer y niña.

Se trata entonces de una doble condición de vulnerabilidad que la atraviesa, por cuanto cada una de dichas condiciones demandan una especial protección por parte de todos los agentes de la organización estatal a fin de prevenir la violencia de la que históricamente han sido objeto; y de los operadores del derecho, quienes tienen la obligación de ser diligentes en la investigación, imprimiendo en el análisis de estos casos una lectura desde el enfoque de género, con el objeto de brindar una solución justa en cada caso.

En este sentido, y tal como he señalado en pronunciamientos anteriores (ver «**Galdeano Reyes**», «**Merlo Lassa**», entre otros), la jurisprudencia en el sistema interamericano de protección de derechos humanos, como así también a nivel nacional, ha construido paulatinamente los lineamientos o estándares en la interpretación de la prueba en materia de género, reflejando en su análisis una visión integral de la temática, especialmente relacionada a la ponderación del testimonio de la víctima (conf. Corte IDH, Caso del penal «**Castro Castro vs. Perú**». Fondo, Reparación y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C N° 160; Corte IDH, Caso **Rosendo Cantú vs. México**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C N° 216; Caso «**Fernández Ortega y otro vs. México**». Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C N° 215; y C.S.J.N. in re «**Leiva, María Cecilia**», entre otros).

A nivel nacional la Ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, establece criterios en la interpretación de la prueba, que si bien constituyen pautas generales, importan un compromiso para el juzgador de valorar la prueba con perspectiva de género, es decir, con una mirada integral de la problemática, analizando las particularidades que presenta cada contexto en que se desarrolla el hecho. De esta manera el art. 16 de la referida normativa establece la garantía que la investigación se realice bajo un estándar de amplitud probatoria para acreditar los hechos «teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos», en tanto el art. 31 conmina a los operadores judiciales a que ponderen, en orden a acreditar que el hecho tuvo lugar en un contexto de violencia de género, todas las presunciones que se construyan a través de indicios graves, precisos y concordantes.

Expresamente referí en el **precedente «Galdeano Reyes»** que «[...] no puedo dejar de soslayar que analizamos una problemática compleja que afecta un colectivo de personas en situación de vulnerabilidad que, por distintas circunstancias o factores, se ven privadas del pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales. Los problemas derivados de esta especial situación de vulnerabilidad, así, exceden un abordaje meramente jurídico en tanto se trata de una problemática compleja que atraviesa y debe ser atendida, comprendida y abordada desde conocimientos interdisciplinarios. Por ello, el administrador de justicia al valorar elementos probatorios –particularmente pero no excluyentemente en la esfera penal– debe ponderar los patrones socioculturales y estereotipos sobre los que se construye esta problemática, a fin de tener una verdadera comprensión del fenómeno de violencia de género y, de esta manera, poder lograr desde el Derecho aportar soluciones que contribuyan a atacar el flagelo de la violencia y trabajar en pos de la igualdad de género».

En este entendimiento, y en lo que respecta a abusos sexuales cometidos contra mujeres y niñas, destaque en el precedente **«Concha, Jesús»** que «[a] fin de tener una mayor comprensión de esta problemática, debemos analizar el tema a partir de dos premisas fundamentales: i) la violencia sexual contra niñas y mujeres es una de las manifestaciones más claras de una cultura patriarcal que fomenta el control del cuerpo y la sexualidad de las mujeres; y ii) que los patrones de discriminación estructural que padecen las mujeres proveen el escenario donde se reproduce y fomenta la violencia sexual (cfr. **CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; párr. 17**)».

De este modo, se advierte que el juzgador con base a esta perspectiva construyó su razonamiento en donde le otorgó un valor preponderante al relato brindado por Y V, el que consideró creíble y coherente, como así también, ponderó que se mantuvo uniforme en los aspectos generales a lo largo de todo el proceso (ver registros audiovisuales, 24/06/2019, a partir del minuto 57:30).

En este punto refiere la defensa que los testimonios brindados por la víctima en la etapa de la investigación y en el debate presentan contradicciones. Sin embargo, el censurante realiza una crítica genérica, y no específica, sobre tales contradicciones, y cómo su valoración conllevaría una solución diversa a la concluida por el a quo.

Ello no resulta irrelevante a la hora de analizar críticamente la sentencia de condena debido a que impide llevar adelante la revisión propia exigida por la parte recurrente.

Por similares razones, entiendo que no puede tener acogida favorable el cuestionamiento vinculado a que el sentenciante no habría brindado –a criterio de la defensa– las razones por las cuales le otorgó mayor relevancia probatoria al examen psiquiátrico realizado por el Cuerpo Médico Forense a la víctima, en desmedro del informe pericial del perito de parte, Lic. David Demalde.

Ello es así, por cuanto el juez de instancia anterior llegó a tal conclusión luego de valorar en forma integral el material probatorio, principalmente lo declarado por Y V, E P –su progenitora–, N P –su tía–, y H G –cónyuge de la víctima–, quienes corroboraron los dichos de la víctima y explicaron las circunstancias en que tomaron conocimiento de los hechos de abuso en perjuicio de Videla.

De esta manera, consideró el juez de sentencia que «[...] de la confrontación de ambas pericias, considero más relevante la pericia oficial, ya que coincide con el conocimiento de visu de la testigo y la credibilidad de su relato [...]» (ver, a partir de 1:05:45).

En definitiva, considero que la versión de los hechos brindada por Y. V. fue debidamente ponderada por el sentenciante y corroborada a partir de un análisis crítico de los distintos elementos periféricos del relato de la víctima, los que –como expliqué precedentemente– no han sido debidamente controvertidos por la defensa.

Por todo lo expuesto, y opinión concordante del señor Procurador General, corresponde contestar negativamente la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazar el recurso interpuesto. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Puesto a resolver el recurso casatorio promovido coincido con la solución a la que llegan mis colegas preopinantes y, en cuanto a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género, me remito a lo oportunamente señalado en «**Di Cesare Morales**» y «**Mejía Salvador**» por resultar aplicable en ese aspecto el presente caso. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: De lo expuesto considero oportuno destacar que al momento de resolver el sentenciante asumió una perspectiva integral en relación a los criterios de valoración señalados en la Ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollan sus relaciones interpersonales. En este sentido debo señalar que sobre la cuestión tuve ocasión de pronunciarme en diversos precedentes (“**Cruz Caporiccio**”, “**Merlo Lassa**”; “**Quiroga Morales**”; “**Ojeda Pérez**”; “**Vázquez Tumbarello**”; entre otros).

En especial en “**Ojeda Pérez**” sostuve que «[...] comparto que aquella concepción según la cual la perspectiva o visión de género es una “categoría analítica que toma los estudios que surgen desde las diferentes vertientes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma, cuestionar los estereotipos y elaborar nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad al servicio de la igualdad y la equidad” (UNICEF, “**Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas**”, Buenos Aires, 2017).

Destaco la idea de igualdad contenido en la definición en tanto se encuentra no sólo consagrada expresamente en el texto constitucional (art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza), sino, también, en el ámbito de la normativa internacional. Así, entre otros, la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” - Belem Do Pará -, garantiza que toda mujer tiene “el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley” (art. 4, inc. “f”). Sostuve también en esa ocasión que «[...] en nuestro ordenamiento interno, la ley nacional 26.485 es una norma orientada pura y exclusivamente a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las “mujeres”. En tal sentido, entre sus objetivos primordiales, el propio texto promueve y garantiza “la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida”, “el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia”, “las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos”, como también, “la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres”(art 2, inc. a, b, c y e respectivamente)».

Así, «[...] ese texto normativo vino a imponer un verdadero “deber jurídico” para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas. Sus destinatarios directos son aquellos sujetos que integran los órganos decisores en el marco de los procesos judiciales penales, ya sea por el lado de quienes resultan facultados para disponer sobre el curso de investigación, como también, respecto de quienes son los encargados de su juzgamiento». Ese deber jurídico no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley.

Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que «[l]os organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativos, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional [...] los siguientes derechos y garantías: i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son sus naturales testigos [...]» (art. 16)».

Ahora bien, «[...] además de ese deber genérico, ya en el terreno que resulta propio a la actuación de los órganos de justicia dentro de los procedimientos jurisdiccionales penales, el texto legal contiene dos normas que consagran lineamientos funcionales para los operadores del sistema de administración de justicia en el abordaje de la problemática de género.

En consonancia con el sistema de protección integral, se consagra el principio de «amplia libertad probatoria» para tener por acreditados “los hechos denunciados, evaluándose las pruebas ofrecidas de acuerdo con el principio de la sana crítica. Se considerarán las presunciones que contribuyan a la demostración de los hechos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes” (art 31)».

De tal manera «[...] el texto legal vigente [ley 26.485] no introduce un nuevo método de valoración probatoria para los casos de violencia de género, puesto que siempre la prueba debe valorarse conforme al sistema de la sana crítica racional (art. 206 y 409 del CPP).

A mi modo de ver, la imposición de un método de valoración de la prueba como herramienta obligatoria para el abordaje de esta problemática, se justifica ante la necesidad de evitar que los órganos jurisdiccionales decisores puedan apartarse en la adopción de decisiones, del contexto fáctico que es propio a este género de conductas delictivas».

Así, «[...] el acierto de la ley consistió en establecer, en forma igualitaria, un método de valoración que evite la discriminación que en ocasiones ocurría por prácticas derivadas de la cultura jurídica patriarcal inquisitiva, que se transformaron en consuetudinarias, y que era necesario erradicar.

Repárese que es la propia Convención Belem Do Pará donde se fija, como un deber de los Estados el “tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer” (art. 7, inc. “e”)».

Ello no resulta novedoso para la labor jurisdiccional en razón de que «[...] siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba –objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento. Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto.

Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas».

Conforme a lo expresado «[...] es el contexto en el que se inserta el hecho delictivo el que viene a determinar el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio.

Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres el testimonio de la víctima ostenta un valor fundamental en la comprobación de los extremos de una imputación delictiva, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la responsabilidad penal derivada del mismo».

Por todo ello, uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber

jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo. A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables.

De tal manera «[...] uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo.

A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables».

De no proceder de esta manera estaríamos recreando la sociedad estamental –con características propias– del Estado premoderno, lo que implicaría una vulneración del principio de igualdad –consagrado en el art. 16 de la CN y 7 de la CM–, el que, a su vez, constituye uno de los pilares de la República Federal. A lo señalado debe sumarse, tal como destaqué en el **precedente “Vázquez Tumbarello”**, la relevancia de la ley 27.499, denominada **«Ley Micaela»**, en tanto dispuso la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra la mujer para todas las personas que desempeñen la función pública, en cumplimiento del objetivo señalado.

En coincidencia con aquella normativa la Acordada n° 29.318 de esta Suprema Corte de Justicia, y su anexo «Programa de capacitación permanente para la incorporación de la perspectiva de género en el marco de la Suprema Corte de Justicia». Así, con fundamento en el principio de igualdad y la consecuente prohibición de discriminación, se dispusieron una serie de acciones concretas para asegurar la «igualdad real» de las mujeres en sus relaciones interpersonales.

En conclusión, entiendo que la trascendencia de la ley 26.485 radica no en conformar un estatus jurídico distinto aplicable a la mujer, sino que mediante la capacitación dirigida a los funcionarios públicos y, en lo que aquí interesa, a funcionarios y magistrados del poder judicial, se otorgue una perspectiva para valorar los elementos probatorios bajo el prisma de la igualdad consagrada en la normativa nacional.

Ella debe estar despojada de estereotipos y prácticas relacionadas con la cultura jurídica patriarcal-inquisitiva, plasmada en usos y costumbres que importaron, e importan, prácticas que impiden poner en contexto los medios convictivos al momento de su ponderación.

Estas consideraciones, como adelanté, las entiendo plenamente aplicables al caso por cuanto nos encontramos frente a un supuesto de violencia de género en donde el tribunal de instancia anterior ha tenido en cuenta los parámetros antes referidos al momento de la ponderación de los elementos de prueba obrantes en la causa. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y JOSÉ V. VALERIO, adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y JOSÉ V. VALERIO, adhieren al voto que antecede.

Con lo que se terminó el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia

RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación deducido por la defensa de J C N. P y, en consecuencia, confirmar la sentencia N° 1.289 dictada por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Tercera Circunscripción Judicial.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal formulada.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

27- CABRILLANA. 07-07-20.

| | | | | | | | | | | | | | | |
|-----------|----|----|------|------------|------------|------------|------------|------------|------------|------------|------------|----------------|---|------------|
| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
| VG | - | - | | PCC | - | - | A | - | - | - | - | - | - | 474 |

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200707_FcCRR.pdf

Lex: Art. 119, 1° párrafo del CP. Ley 26485.

Vox: VG. Abuso sexual simple. Entrevista laboral.

Summa:

El TPC condenó al señalado a la pena de **dos años de prisión en suspenso** como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual simple (art. 119 párr. 1 del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 432 (21-12-18), pronunciada por el TPC N° 1-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Voto Dr. Valerio.

- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>
- Brancello. 05-03-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200305_FcBUD.pdf
- Teves Lucero
- Italiani

Voto Dr. Adaro

- Concha, Jesús. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Rivero Gutiérrez. 19-02-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200219_FcRGR.pdf
- Alaniz Pineira. 23-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=37>

Voto Dr. Palermo.

- Di Cesare Morales. 26-06-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=156>
- Mejía Salvador. 10-09-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=197>
- Narváez Videla. 23-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191223_FcNVJ.pdf

SCJM. Dres.: **Valerio.** Adaro. Palermo

Fallo.

CUIJ: 13-04785204-2/1((018601-107677)) FC/ C.R.R.D. P/ ABUSO SEXUAL SIMPLE (107677) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104864193*

En Mendoza, a los siete días del mes de julio del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04785204-2/1 caratulada "FC/ C.R.R.D. P/ABUSO SEXUAL SIMPLE S/CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. MARIO D. ADARO, y tercero el DR. OMAR A. PALERMO.

A fs. 259/270, el defensor del acusado R.D.C.R. interpone recurso extraordinario de casación contra la sentencia N° 432 de fecha 21 de diciembre de 2018 (fs. 238 y vta.) y sus fundamentos (fs. 240/254), mediante la cual se condenó al nombrado a la pena de dos años de prisión en suspenso como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual simple (art. 119 párr. 1 del CP).

El pronunciamiento fue dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial en el marco de los autos n° P-107677/15.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

El tribunal impugnado, actuando en forma colegiada, resolvió del modo precedentemente señalado, al entender que la totalidad de las pruebas incorporadas a la causa permitían tener por acreditado que «el 9 de octubre de 2015, siendo aproximadamente las 15:30 hs., M.N.Z., concurrió a la ..., atento a que había sido citada por el imputado R.D.C.R. para una entrevista laboral, a los fines de ingresar al Cuerpo de Preventores del Departamento de Las Heras. Una vez en el lugar, la víctima subió hasta el tercer piso, donde C. R. la hizo ingresar a las oficinas del ... Q.. Acto seguido comenzó a explicarle cómo iba a ser su trabajo y que debía participar en un spot publicitario, para lo cual debía enseñarle distintas posturas. Seguidamente R.D.C.R. se paró junto a la víctima y le realizó indicaciones de cómo pararse para la fotografía, le indicó que debía pararse derecha y separar los pies unos diez centímetros y mientras le hablaba, apoyó su mano derecha en la vagina y la mano izquierda en los glúteos, por arriba del pantalón. Ante esta situación M.N.Z. le manifestó que no quería el trabajo, para luego retirarse del lugar» (ver fundamentos, fs. 446 y vta.).

Para arribar a esa conclusión, el tribunal de juicio consideró que ese hecho descripto resultó demostrado, más allá de toda duda razonable, a partir de la credibilidad asignada al relato de M.Z. cuyos términos estimó respaldados, objetiva y subjetivamente, con los restantes elementos de prueba incorporados que confirmaron la versión de aquella.

En esa línea de análisis se incluye los testimonios recogidos durante el debate oral, particularmente las declaraciones de C.A., de N.E.S. y del Lic. Rogelio Olgún, además de la prueba instrumental producida y debidamente incorporada.

2.- Recurso de Casación

La defensa del enjuiciado promueve su impugnación contra la sentencia arriba individualizada a tenor de lo dispuesto por el art. 474 inc. 2º del CPP, esto es, por considerar que existen vicios in procedendo que la descalifican como acto jurisdiccional válido.

Desde el plano de lo que supone su crítica formal, el recurrente advierte que la resolución atacada resulta nula por violación al derecho de defensa y el debido proceso legal, toda vez que contiene vicios en su motivación.

Ello por cuanto omite valorar prueba decisiva y se basa en elementos probatorios no incorporados en la audiencia de debate, sobre los que no se han observado las reglas de la sana crítica racional. Se queja de la arbitraria e ilegítima valoración del testimonio de M.Z..

Rechaza que su versión pueda ser catalogada de creíble, como si fuera una verdad revelada, cuando en verdad ocultó información importante para la causa y sus dichos no se condicen con la lógica que surge de los hechos. Ello demuestra, a su criterio, una falta de sinceridad y, también, una actitud especulativa de su parte.

En esa línea, tras reproducir cierta parte de su declaración prestada durante en la audiencia de debate, el recurrente destaca que no recordó el nombre del local comercial – cafetería– en el que trabajaba al momento del hecho, ni tampoco cuál fue el horario en el que ingresó a la Aduce que la supuesta víctima mintió cuando dijo que antes del hecho denunciado no tenía problemas psicológicos, siendo que la historia clínica refiere que presentaba conflictos personales y familiares muy graves, tales como problemas con la madre, el consumo de drogas, el abuso sexual de su pareja –padre de su hijo– para con éste, la violencia de su pareja para con ella y, entre ellos, el suceso que dijo haber vivido con el acusado. Subraya que M.Z. omitió esa información, y que esa actitud resultó arbitrariamente justificada en por los sentenciantes al afirmar que la testigo no fue interrogada al respecto. Contrariamente a ello, M.Z. contó que quiso quitarse la vida y vinculó la imposibilidad de ingresar laboralmente a la policía, además de su falta de trabajo, a las secuelas psicológicas que el hecho le generó.

También cuestiona la interpretación del testimonio del Lic. Olguín, quejándose de que éste profesional, como resultado del tratamiento psicológico realizado a la víctima durante un lapso de tiempo, efectuó un diagnóstico sin conocer todas las demás circunstancias vividas por ella. Considera arbitrario que el tribunal de juicio haya considerado más traumático en la vida personal de M.Z. aquello que dijo haber sufrido en la ... con el imputado que los diversos episodios de vida de M.Z. de los que da cuenta su historia clínica, tales como el abuso de su hijo por parte de su propio progenitor, o los actos de violencia sufridos de su pareja y de su madre.

Estima que tal interpretación de los sentenciantes sólo persigue justificar una conclusión ya asumida, esto es, de asignarle credibilidad a la denunciante.

Continúa explicando que el testimonio de C.A. contradice lo declarado por la víctima cuando describió de modo diverso la conducta de C., y que esas contradicciones no fueron fruto del paso del tiempo como lo interpretó –de modo condescendiente– el tribunal.

Se sorprende, además, que pese a tratarse –según los dichos de la denunciante– de un amigo al que acudió, mediante una llamada telefónica inmediatamente después de haber ocurrido tan grave e íntima situación, tras ello, la relación se interrumpió.

Manifiesta que también le resulta llamativo que M.Z. dijera que la puerta de la oficina estaba entreabierta y que en la sentencia se expresara que podía ser parte de la estrategia utilizada por el imputado. Sobre

ello, el recurrente considera que también se interpretó este dato a favor del relato de la denunciante, porque si un hombre piensa en abusar a una mujer, a su criterio, no cabe duda que cierra la puerta.

Todo lo cual lo lleva a pensar que la denuncia es parte de una estrategia dirigida a perjudicar a un político en plena época electoral. En función de todo ello, solicita se haga lugar al recurso de casación y se anule la sentencia recurrida, dictando –en consecuencia– «el sobreseimiento» (sic) de su representado por aplicación del art. 2 del CPP.

Finalmente, por entender comprometidas las garantías de defensa en juicio y debido proceso legal, formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del Señor Fiscal Adjunto en lo Penal

El representante del Ministerio Público Fiscal, al analizar los agravios formulados por la defensa técnica del imputado, entiende que el recurso extraordinario de casación promovido por esa parte debe ser rechazado, por lo que aconseja se confirme en esta instancia la totalidad de la sentencia impugnada.

Destaca que, contrariamente a lo argumentado por el recurrente, la resolución en análisis se encuentra debidamente fundada, con una explicación clara dada por el tribunal de juicio acerca de las razones por las cuales entendió que se encontraban acreditados los hechos y la autoría por parte del acusado.

Expresa que la sentencia analiza acabadamente, y en conjunto, la totalidad de la prueba producida e incorporada, para concluir en que el testimonio de la víctima contiene la verdad de lo acontecido.

Al respecto, advierte que el sentenciante entendió, razonadamente, que ese relato resultaba confiable, además de consistente y coherente.

Aprecia que, en esa valoración, el a quo consideró que los restantes elementos de prueba arrimados a la causa avalaban los dichos de la denunciante en cuanto a las circunstancias en que se produjeron los hechos objeto del proceso.

Señala, además, que ello resulta reforzado con los argumentos dados en la sentencia para rebatir cada uno de los argumentos invocados por la defensa para desacreditar su versión.

Concluye que los agravios aludidos por el quejoso, más que vicios en la sentencia, reflejan su discrepancia con la interpretación dada al plexo probatorio por el tribunal sentenciante.

Ello, sumado a la falta de arbitrariedad o apartamiento a las reglas de la sana crítica racional, lo llevaría a sostener que el planteo defensivo no debe prosperar.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Analizado el recurso casatorio promovido por el defensor del imputado y el acto sentencial impugnado, entiendo que aquel no puede ser acogido favorablemente por cuanto –en mi opinión– la sentencia no adolece de ninguno de los vicios denunciados por el recurrente. Paso a explicarlo.

De acuerdo a la estructura planteada en el libelo recursivo, debe resaltarse que el recurrente plantea vicios exclusivamente formales con el fin de hacer decaer la validez del razonamiento del tribunal de juicio. Para ello, presenta agravios que se nutren, esencialmente, de una crítica al grado de credibilidad otorgado por el tribunal a quo a la principal prueba de cargo producida en el proceso, esto es, la declaración de la víctima –M.N.Z.–.

Por esta razón, en lo siguiente, mis argumentos se centrarán en determinar si la sentencia del tribunal de juicio es arbitraria en este sentido.

a. Preliminarmente, me parece importante destacar que los magistrados que integraron el tribunal de juicio, conforme se desprende del voto que lidera el acuerdo alcanzado en el fallo condenatorio, han realizado un minucioso trabajo analítico de cada uno de los elementos de prueba ofrecidos por las partes. Esto puede advertirse rápidamente en una primera lectura de la sentencia, en la que se observa un estudio particular de las manifestaciones de la víctima, de las declaraciones de los testigos y de los informes psicológicos/psiquiátricos agregados.

Al mismo tiempo, esas pruebas son puestas en relación unas con otras, proceder que le permite al órgano juzgador tener una visión total del sentido del plexo probatorio.

Dicho en otros términos, advierto que el tribunal de mérito se ha valido de toda la prueba incorporada de común acuerdo al debate (ver fundamentos, fs. 243 vta./244) para arribar a un juicio de certeza sobre la existencia material del hecho intimado y la responsabilidad penal del imputado en el mismo.

Estos elementos probatorios han sido adecuadamente ponderados, esto es, en rigurosa observancia de las reglas de la sana crítica racional y de sus postulados de libre valoración de la prueba con los límites que surgen de los principios lógicos de coherencia (identidad, no contradicción y tercero excluido) y de derivación (razón suficiente) y de los incontrastables de las ciencias y de la experiencia común (arts. 206 y 409 del CPP.), cuyo apartamiento de ningún modo el censurante ha podido demostrar.

En otro orden de ideas, estimo pertinente mencionar que los hechos de este tipo se producen en ámbitos de absoluta intimidad, al margen del conocimiento o intervención de terceras personas; contexto por el que adquiere una especial relevancia los dichos de la víctima puesto que, además, suele ocurrir con frecuencia que tampoco quedan evidencias físicas que sirvan para acreditar el hecho, tales como lesiones o rastros de material genético.

Si a ello le sumamos que, tal como surge de las constancias que se tienen a la vista, el caso se enmarca en un contexto de violencia contra la mujer, el valor dirimente del testimonio de la persona afectada de estos comportamientos delictivos –delitos contra la integridad sexual– resulta indudable.

A su vez, las circunstancias apuntadas generan que, además testimonio del testigovíctima, cobren especial importancia a la hora de juzgar esa clase de comportamientos, las pericias psicológicas destinadas a evaluar la credibilidad de esos dichos.

Sobre estos aspectos he tenido ya la oportunidad de pronunciarme en forma previa a la presente en las que abordé, de modo más amplio, aspectos vinculados a la perspectiva que debe asumir en la valoración probatoria de aquellos casos que presentan matices similares al sub iudice, es decir, cuando nos encontramos ante hechos delictivos cometidos en un contexto de violencia de género; a los que remito, en lo pertinente, en honor a la brevedad (ver al respecto «**Teves Lucero**», «**Italiani**», «**Cruz Caporiccio**»; y más recientemente, «**Ojeda Pérez**»; «**Vázquez Tumbarello**»; y «**Brancello**», entre otros).

Precisamente el «contexto de violencia», comprendido como un fenómeno de múltiples ofensas de gravedad progresiva, debe ser ponderado en su capacidad de suministrar indicios.

Ello así, porque si bien los ilícitos penales están configurados como sucesos que aíslan ciertos comportamientos ofensivos contra determinado bien jurídico en general, esta segmentación no puede hacer perder valor probatorio al fenómeno pluriofensivo de la violencia en el particular contexto, en el que se entremezclan diferentes modalidades que incluyen, como en el caso de autos, atentados contra la libertad sexual.

En ese contexto, me interesa destacar que ese modo de interpretación de la prueba en casos el de autos, donde se investigan y juzgan comportamientos ilícitos materializados dentro de un contexto de género,

resulta asignado a los operadores del sistema de administración de justicia sobre la base de un especial «deber jurídico» que emerge de la legislación internacional y nacional sucintamente referida.

Sin necesidad de extenderme en profundidad sobre la cuestión, conviene resaltar que en los casos en que la víctima reviste la condición de mujer, se impone el deber jurídico de juzgar con perspectiva de género. Lo dicho resulta derivación de las obligaciones asumidas por nuestro Estado al suscribir la Convención Interamericana para prevenir sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (más conocida como la "Convención de Belém Do Pará" y aprobada por Ley 24632).

Dicho instrumento supranacional fija el estándar de la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer (art. 7 inciso "b"), directrices que se plasmaron a su vez en la Ley 26.485 ("Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales"), que fija entre sus objetivos el promover y garantizar el derecho a la mujer a vivir una vida sin violencia (art. 2), y específicamente a preservar su "integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial" (art. 3 inc. c).

De tal manera, «[...] ese texto normativo vino a imponer un verdadero "deber jurídico" para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas. Sus destinatarios directos son aquellos sujetos que integran los órganos decisores en el marco de los procesos judiciales penales, ya sea por el lado de quienes resultan facultados para disponer sobre el curso de investigación, como también, respecto de quienes son los encargados de su juzgamiento».

Ese deber jurídico no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley. Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que «los organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativos, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional [...] los siguientes derechos y garantías: i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son su naturales testigos [...]» (art. 16)».

Por ello, «[...] uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo. A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables» (ver «**Ojeda Pérez**»).

Además, tal como destacué en el precedente «**Vázquez Tumbarello**», la relevancia de la ley 27.499, denominada «Ley Micaela», en tanto dispuso la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra la mujer para todas las personas que desempeñen la función pública, en cumplimiento del objetivo señalado. En coincidencia con aquella normativa la Acordada n° 29.318 de esta Suprema Corte de Justicia, y su anexo «Programa de capacitación permanente para la incorporación de la perspectiva de género en el marco de la Suprema Corte de Justicia».

Así, con fundamento en el principio de igualdad y la consecuente prohibición de discriminación, se dispusieron una serie de acciones concretas para asegurar la «igualdad real» de las mujeres en sus relaciones interpersonales.

En conclusión, entiendo que la trascendencia de la ley 26.485 radica no en conformar un estatus jurídico distinto aplicable a la mujer, sino que mediante la capacitación dirigida a los funcionarios públicos y, en lo que aquí interesa, a funcionarios y magistrados del poder judicial, se otorgue una perspectiva para valorar los elementos probatorios bajo el prisma de la igualdad consagrada en la normativa nacional.

Ella debe estar despojada de estereotipos y prácticas relacionadas con la cultura jurídica patriarcal-inquisitiva, plasmada en usos y costumbres que importaron, e importan, prácticas que impiden poner en contexto los medios convictivos al momento de su ponderación.

Conforme lo expuesto, puede señalarse que en casos como el analizado, tal como lo ha realizado el magistrado de la instancia anterior, al momento de valorarse la prueba obrante en el proceso, es necesario considerar las normas dirigidas a la protección de la mujer.

Ello, sin dejar de considerar el valor de la garantía de la defensa en juicio de toda persona sometida a proceso, de tal manera que la solución que se adopte no penetre por debajo del valladar constitucional que implica el principio de inocencia.

b. Ahora, en lo que respecta al caso concreto, la defensa sostiene que no se ha alcanzado el grado de convicción exigido por una sentencia condenatoria para afirmar que el acusado cometió el delito de abuso sexual simple que se le imputa.

Para ello, el recurrente plantea –genéricamente– que el silogismo probatorio seguido por el tribunal de mérito resulta arbitrario al omitir valorar prueba decisiva y basarse en elementos probatorios no incorporados a la causa, los que han sido ponderados incumpliendo las reglas de la sana crítica racional. Mientras que, desde esa perspectiva de crítica –concretamente– se agravia de la valoración del relato de la víctima. Así refiere que la versión de ésta habría sido sobrevalorado por el tribunal a quo, en una labor axiológica «ilegítima» e «inconstitucional», además de arbitraria.

Sin embargo, verificadas –con base en la compulsas de las constancias de la causa– las premisas que subyacen a la conclusión de culpabilidad del a quo, advierto que ninguno de los agravios de la defensa pueden prosperar.

En efecto, en la sentencia no sólo se advierte un minucioso análisis de la hipótesis acusatoria, la cual entiende debidamente probada, sino también un estudio pormenorizado de la hipótesis defensiva, la cual es refutada con numerosos argumentos.

En lo que respecta a los hechos que dieron lugar a la imputación por abuso sexual simple, cabe decir que el tribunal sentenciante advirtió que ésta se basa fundamentalmente en el testimonio de la joven M.N.Z.. A partir de esa afirmación, realizó una interpretación restrictiva y profunda de la declaración de la denunciante, al mismo tiempo que –acertadamente– puso en relación a esta última con el resto del plexo probatorio que da cuenta de las circunstancias temporales y espaciales en las que se produjo la agresión. Respecto al testimonio de M.Z. –víctima y denunciante de autos–, el tribunal de juicio descartó la existencia de razones plausibles que permitieran sustentar la duda acerca de la veracidad de sus expresiones.

En ese sentido, destaca que la descripción que efectuó de los acontecimientos «[reunía] todas las condiciones de confiabilidad».

La afirmación anterior se basó, en primer lugar, en que el tribunal de mérito observó que el contenido del relato de M.Z. lucía «consistente y coherente pues nada de lo que afirma resulta contradictorio y además la testigo ha mostrado predisposición para proveer de información.

Ha respondido, en consecuencia, cada una de las preguntas que se le hicieron, tanto las de quien la examinó como las de quien la contraexaminó, y a todas dio una respuesta coherente con el resto de su testimonio» (ver fundamentos, fs. 247 vta.).

La verosimilitud de los dichos de M.Z. también se sustenta, en segundo lugar, en los restantes elementos convictivos distintos a su testimonio que confirman su versión (ver fundamentos, fs. 246 vta.).

Es que, como bien se aprecia del análisis de los fundamentos que acompañan el fallo, en la sentencia no se omite realizar una valoración integral del plexo probatorio.

Así, el testimonio de la víctima se articula armónicamente con las declaraciones de los testigos, con los exámenes psicológicos realizados al autor y a la víctima, así como la restante prueba instrumental debidamente incorporada a la causa (fs. 243 y vta.); elementos que constatan la existencia del acometimiento sexual que se le enrostró a C. respecto de Z.. En esa línea, el tribunal de la instancia anterior destacó que el informe de ..., permitía confirmar ciertos datos suministrados por la denunciante en cuanto a las circunstancias fácticas del hecho.

En efecto, quedó demostrado que al tiempo de producirse el acontecimiento objeto del proceso, el imputado trabajaba en el edificio que funciona como anexo ..., ubicado en calle Allí se desempeñaba como secretario y/o asesor del ... quien, además, tenía su oficina en el tercer piso del inmueble de mención, siendo éste el lugar en cuyo interior se produjo el acometimiento sexual contra Z..

Todos estos aspectos aparecen incluidos en el relato de la denunciante. Del mismo modo, valoró que la declaración en el debate de N. S., compañera de trabajo de C. a la fecha de los hechos, avalaba –también– ciertos tramos de la versión de la denunciante.

Específicamente, cita el tribunal sentenciante que la testigo afirmó que el imputado «trabajaba en el tercer piso, que lo hacía para ..., que sabía recibir gente, que normalmente dejaba la puerta entreabierta cuando lo hacía, que no sabía que hubiera en el piso en sus horarios de trabajo (15:00 a 20:00 hs.) más gente que ella, que C. y que un compañero suyo fallecido» y, además, que «la oficina de C. estaba bastante distante de la de ella, ya que había una oficina más contigua ... y que en su oficina había una ventana a la calle y que había mucho ruido a colectivos».

Desde allí confirmó lo narrado por la víctima en cuanto a que el acusado recibía gente en su oficina, que normalmente cuando lo hacía dejaba la puerta entreabierta, que gente que había en el piso estaba distante del sitio puntual donde ocurrió el hecho (fs. 248).

Asimismo, consideró el tribunal a quo que los dichos del testigo Carlos Agüero permitían sostener la explicación dada por la víctima acerca de la dinámica modal que asumieron los acontecimientos luego de producido el ataque sexual y, también, acerca del estado emocional de la misma inmediatamente después del hecho.

Mientras que, al mismo tiempo, esos mismos datos restaban fuerza a las hipótesis defensivas. Además de descartar todos los intentos de la defensa a través de los cuales pretendió desacreditar su relato de los hechos (ver fundamentos, fs. 249 y vta.), el tribunal de sentencia entendió que ese testigo ofreció una versión de los hechos que permite corroborar múltiples tramos del testimonio de Z..

En particular, cuando adujo que tras sufrir el acometimiento sexual de parte de C., y abandonar raudamente el lugar, se contactó telefónicamente con él pidiéndole ayuda, por cuanto era su amigo. Además, cuando afirmó que la víctima, en un estado de conmoción y llanto, le contó acerca de lo sucedido en cuanto a que habían querido abusar sexualmente de ella.

Por lo que, tras reunirse ambos en cercanías del sitio de los acontecimientos, regresaron ... donde confrontaron a C. y, posteriormente, radicaron en sede policial la denuncia pertinente (ver fundamentos, fs. 249).

En tercer lugar, el tribunal a quo evaluó el testimonio de Z. contrastando sus declaraciones contenidas en la denuncia con aquellas provenientes de otras fuentes de prueba, tales como el testimonio de su psicólogo y las constancias de la historia clínica que fuera elaborada en el marco de su tratamiento en el Hospital Dr. Carlos Pereyra.

Desde allí, verificó que la concordancia y coherencia de su relato lucían indemnes (ver fundamentos, fs. 250).

Por una parte, puso de relieve que «el relato de la Sra. Z. en el momento inmediatamente posterior al hecho, como el prestado tres años después del mismo, resulta idéntico, incluso en detalles».

Ello pese a que, desde su primera declaración, ocurrida inmediatamente después de ocurrido el hecho, hasta aquella brindada durante el curso del debate oral, transcurrieron tres años y ello influyó negativamente en su memoria. Esta circunstancia fue valorada por el tribunal de juicio como otro indicio más que revela confiabilidad en el testimonio de la denunciante (ver fundamentos, fs. 250).

Por otra parte, el tribunal valoró con especial atención que lo sostenido por la víctima en sede judicial – denuncia y declaraciones posteriores– aparece replicado en los mismos o idénticos términos ante otros auditores.

En esa línea, el tribunal incluye el testimonio prestado en debate por el Lic. Rogelio Olguín, psicólogo que atendió a la víctima durante un tiempo.

Al respecto, la sentencia puntualiza que ese profesional refirió que «tras el tratamiento obtuvo un diagnóstico presuntivo, que fue el de estrés postraumático. Que ese estrés fue efecto de una situación que la misma vivenció como traumática y que de acuerdo a lo que le narró fue un abuso. Explicó que Z., en el marco de la consulta, le dijo que había ido a una entrevista de trabajo, que allí se encontraba el señor C., que en un momento éste le pidió que hiciera una posición porque era para un trabajo de la policía municipal y que en ese momento él la tocó. Que la tocó adelante en su vagina y que la paciente sólo habló de tocamientos con la mano y que no mencionó la introducción de objetos o de penetración» (ver fundamentos, fs. 250).

También se dejó constancia en la sentencia que el profesional de mención refirió cuáles fueron las técnicas que utilizó para el diagnóstico, además de señalar los datos de los que se sirvió para arribar al mismo, entre los que destacó las secuelas psicológicas derivadas del evento traumático vivenciado. Aspectos sobre los que el tribunal a quo también puso de relieve al señalar que «alguno de esos síntomas, incluso, se hicieron patentes en el momento del debate, por ejemplo cuando la Sra. Z. se le preguntó por qué pedía declarar sin la presencia de C. en la sala, ella respondió: pedí declarar sin su presencia porque no lo quiero ver, me produce rechazo lo que él hizo» (ver fundamentos, fs. 250 vta.).

Esa información fue cruzada en la sentencia con aquellos datos contenido en la historia clínica de la denunciante de fs. 190/223. Confrontación que permitió a la tribunal de juicio apreciar que en esa pieza también se encuentran asentadas distintas referencias al abuso sexual sufrido y denunciado, y también, en cuanto respecta a su vivencia como trauma.

Puntualiza la sentencia en que, a fs. 194, surge que algunos meses después de la ocurrencia del hecho investigado, se consigna que «relata episodio psicotraumático severo, en el que había sido engañada y abusada, angustia intensa, llanto espontáneo motivado por el trauma, fragilidad interna, dependencia emocional...»; mientras que a fs. 196 también se lee «antecedente de abuso sexual en la ...».

Con lo cual, comparto con el tribunal de juicio cuando, sobre esta coincidencia, concluyó en que «M.Z. recibía atención psiquiátrica en el hospital Carlos Pereyra en fechas posteriores a octubre de 2016 y una de las situaciones que refería a los médicos tratantes como traumáticas, era precisamente, el abuso sexual padecido en Z. no sólo den. el hecho en la instancia judicial, sino que también en distintos ámbitos terapéuticos, dio a conocer su experiencia y lo hizo en términos similares: el engaño, la ...y el abuso» (ver fundamentos, fs. 250 vta.).

En suma, la crítica del lugar central que el tribunal de juicio le asigna a la declaración de la víctima, dado el contexto en el que se produjo el abuso sexual, no puede prosperar.

Ello en razón de que, como se analizó, ninguna de las premisas de las que parte el recurrente para calificar de arbitraria la valoración de ese testimonio encuentra respaldo en las constancias de la causa.

Pero, además, dado que la defensa tampoco ha logrado demostrar ni superar fundadamente el nivel de disconformidad personal con lo así decidido, ya que, sin perjuicio de presentarlo como un caso de arbitrariedad, ni destaca ni concreta cuál sería el vicio lógico o contrario a las reglas de la sana crítica que determinaron el razonamiento impugnado.

c. La conclusión precedente se refuerza tras verificar que todos los cuestionamientos mediante los que el recurrente sostiene que la declaración de M.Z. es «mendaz» y, además, que el proceso judicial se originó en base a una denuncia «falaz» e interesada, lucen idénticos a los que conformaron la estrategia defensiva desplegada por esa parte en sus alegatos de clausura del juicio oral (ver fs. 245 y vta.).

En tal sentido, la atenta lectura de la pieza impugnada, no solo permite advertir un tratamiento profundo y minucioso de las premisas con las que intentó –sin lograrlo– deslegitimar los extremos de la acusación. Sino que, además, entiendo que la defensa introduce nuevamente aquí meras conjeturas que, a la luz del plexo probatorio incorporado, resultan poco plausibles y no llegan a configurar hipótesis alternativas serias.

De acuerdo a ello, en relación al punto de agravio que indica contradicciones entre la declaración de la víctima y su amigo, específicamente en cuanto a que Z. le habría dado a A. una versión diferente de los hechos, comparto con los argumentos dados sobre este punto en la sentencia (ver fundamentos, fs. 251 vta.)

En efecto, si bien el recurrente alude a una variación en el debate sobre la mecánica que asumieron los hechos, dada una supuesta disquisición entre ambos deponentes, no puede dejar de resaltarse que, conforme se analizó de modo precedente, la víctima describió en forma idéntica el abuso sexual padecido de parte de C..

En cada ocasión que tuvo oportunidad de detallar los acontecimientos, mencionó que éstos consistieron en tocamientos por sobre sus prendas de vestir, de su vagina y sus glúteos (ver fs. 02/04 y fs. 241/242).

A ello puede adunarse que, como bien lo apunta el tribunal de sentencia, tampoco se observa entre las declaraciones de ambos sujetos diferencias que puedan resultar sustanciales en orden a la acreditación de los hechos.

Considero que, además, acierta la sentencia cuando refiere que el paso del tiempo –más de tres años– pudo incidir en el recuerdo del testigo, y explicar de este modo que puede por ello existir ciertas discordancias entre lo que su amiga le relató inicialmente y lo que recordó al respecto en debate.

Con ello entonces, no se advierte en ello motivo razonable para debilitar, del modo en que lo pretende el recurrente, el peso probatorio reconocido al testimonio de la víctima ni al de su amigo. La defensa tampoco consigue desvirtuar el análisis de la sentencia cuando ataca el sentido del testimonio del Lic. Olguín y de la historia clínica de fs.194/223 en los que se examina, en ámbitos y desde una perspectiva distinta, a la víctima en orden a determinar su perfil psicológico y cómo éste puede repercutir en la reconstrucción de los hechos.

Es que la defensa se limita a señalar que aquel profesional le diagnosticó un cuadro de estrés postraumático a la víctima sin conocer todos los demás padecimientos vivenciados por ella los que, a su criterio, y dada la gravedad de los mismos, son la verdadera causa de los síntomas psicológicos detectados. Sucesos que aparecen también consignados en la historia clínica aludida.

Sin embargo, más allá de estas consideraciones genéricas frente a la cuestión ligeramente planteada por la defensa, fueron debidamente abordadas —y descartadas— en la sentencia (ver fundamentos, fs. 251), advierto que el resultado de esos elementos de prueba se articulan armónicamente con el sentido de la prueba de cargo que el tribunal de juicio correctamente valora.

Es que, a la solidez del relato de la víctima destacada en la sentencia, sostenido a su vez en los testimonios brindados en la audiencia de debate, se suma el examen psicológico practicado en el Cuerpo Médico Forense, del que da cuenta el informe técnico de fs. 61.

En efecto, respecto a la victimización que padeció M.Z. y a la fiabilidad de su relato, el informe elaborado, que fuera además incorporado como prueba instrumental al debate —ver fs. 244— expresa que «es una personalidad inmadura e inestable emocionalmente. Se encuentra angustiada y con tendencia al llanto espontáneo frente al relato de los hechos, manifestando tener miedos por la denuncia efectuada. El relato de los hechos reúne indicadores de credibilidad. No se observan indicadores de fabulación ni mitomanía. Requiere realizar tratamiento psicológico».

De este modo, la opinión del Dr. Profili, a la vez que apoya la fiabilidad de lo narrado por la víctima, da base para afirmar la existencia de un perjuicio a su psiquis producto de las vivencias denunciadas. Todo lo cual debe, asimismo, leerse a la luz de la impresión personal que el tribunal tuvo de M.Z. al momento de declarar en la audiencia de debate (supra).

d. Tampoco la versión brindada por el imputado consigue erigirse como una explicación alternativa de los hechos que obligue a la absolución con base en el principio *in dubio pro reo*, tal como lo solicita el recurrente.

Ello en el convencimiento del acierto del tribunal de mérito cuando niega la existencia de razones para dudar de que el hecho efectivamente existió o que todo se trató de una maniobra mal intencionada de parte de la víctima o incluso, de su amigo —Carlos Agüero— como instigador de tal acción en perjuicio del imputado, por cuanto esta versión desincriminatoria de los hechos se encuentra huérfana de toda prueba.

e.- Desde esta óptica de análisis, es posible apreciar que la sentencia puesta en crisis ha valorado de forma articulada i) la coincidencia relativa a los aspectos centrales del hecho entre la declaración de la víctima en sede de instrucción y en sede de debate; ii) la articulación de su versión con las declaraciones testimoniales de Carlos Miguel Agüero, Nélica Elizabeth Scandura y del Lic. Rogelio Olgúin; iii) el resultado arrojado por el informes psíquicos de fs. 61 y su valoración de parte del *a quo*; vi) y, por último, la ausencia de una explicación alternativa a los hechos —basada en elementos objetivos externos— que desvirtúe la acusación.

En base a todo lo hasta aquí analizado, en concordancia con lo dictaminado por el señor Fiscal Adjunto en lo Penal, y a la luz de la fuerza con la que la hipótesis acusatoria ha sido verificada en la audiencia de debate y la correcta valoración de las pruebas que la sostienen, entiendo que corresponde rechazar las argumentaciones del recurrente y proceder a confirmar la sentencia puesta en crisis.

Por lo que la primera cuestión planteada debe contestarse negativamente. ASÍ VOTO

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Comparto los fundamentos por los cuales el voto preopinante considera que corresponde desestimar los agravios esgrimidos por la defensa de R.D.C.R.. En especial, adhiero a las consideraciones realizadas en torno a la valoración de los elementos de prueba en hechos acontecidos en un contexto de violencia de género, a los que ya me he referido en numerosos pronunciamientos (ver «**Concha, Jesús**», «**González Pringles**», y más recientemente «**Ojeda Pérez**», «**Rivero Gutiérrez**», «**Alaniz Pineira**», entre otros).

En esta última oportunidad señalé en relación a la valoración de los elementos de prueba en función de la perspectiva de género que «[...] que para juzgar los conflictos en los cuales las mujeres son víctimas de violencia en sus distintas manifestaciones, hay que partir de aceptar que la realidad se encuentra polarizada en torno a patrones de dominación masculina que reproducen la discriminación en los distintos ámbitos en donde la mujer desarrolla sus relaciones interpersonales».

Destaqué también que «[...] los distintos operadores del derecho, tanto en la recaudación de elementos probatorios como al momento de valorarlos, deben orientar también su labor a detectar las circunstancias estructurales que perpetúan la violencia estructural contra las mujeres con el fin de imprimir en su análisis una perspectiva de género».

En este entendimiento, y vinculado a esta específica forma de manifestación de la violencia contra las mujeres y niñas sostuve que «[a] fin de tener una mayor comprensión de esta problemática, debemos analizar el tema a partir de dos premisas fundamentales: i) la violencia sexual contra niñas y mujeres es una de las manifestaciones más claras de una cultura patriarcal que fomenta el control del cuerpo y la sexualidad de las mujeres; y ii) que los patrones de discriminación estructural que padecen las mujeres proveen el escenario donde se reproduce y fomenta la violencia sexual (cfr. CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; párr. 17)» (**«Concha, Jesús»**).

En suma, mi interés por visibilizar esta problemática es a partir de las dificultades estructurales que, en materia de acceso a la justicia, deben enfrentar las mujeres víctimas de violencia sexual y las responsabilidades que, al respecto, nos atañen en tanto Poder Judicial y, más aún, como autoridad suprema de la estructura judicial provincial. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Puesto a resolver el recurso casatorio promovido coincido con la solución a la que llega mi colega preopinante y, en cuanto a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género, me remito a lo oportunamente señalado en **«Di Cesare Morales», «Mejía Salvador» y «Narvárez Videla»** por resultar aplicable en ese aspecto el presente caso. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa del imputado.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

28- R. G. M. D.. 14-07-20.

| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
|-----------|--------------------|------------|------|------------|---------|---------|----------|---------|-----------|---------|---------|-------------|---|------------|
| VG | Vínc. Padre | NNA | - | PCE | - | - | A | - | CR | - | - | - | - | 474 |

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200714_FcRGM.pdf

Lex: Art. 119, 1°, 3°, 4°, inc. b, 55 del CP

Vox: VG. NNA. A.S.I.. Abuso sexual. Acceso carnal. Vínculo. Abuso sexual simple agravado. Concurso real. Intrafamiliar. Valoración de la prueba. Testimonio de la víctima.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **once años de prisión** como autor penalmente responsable de los delitos de abuso sexual con acceso carnal agravado por el vínculo y abuso sexual simple agravado por el vínculo en tres hechos independientes en concurso real (art. 119, 3° párrafo, en función del art. 119, cuarto párrafo, inc. b, 119, primer párrafo, en función del art. 119, cuarto párrafo, inc. b, en función del art. 55, todos del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 596, pronunciada por el TPC N°1- 2° CJ.

SCJM. Dres.: **Valerio**. Adaro. Palermo

Fallo

CUIJ: 13-04879676-6/1((028601-500159)) FC/ R. G. M. D. P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL Y AGRAVADO POR EL VINCULO (500159) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104963864*

En Mendoza, a los catorce días del mes de julio del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04879676-6/1, caratulada "F. C/ R. G. M. D. P/ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO POR EL VÍNCULO S/REC. EXT. DE CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO; segundo DR. OMAR A. PALERMO y tercero DR. MARIO D. ADARO.

La defensa oficial interpone recurso de casación (fs. 283/289 vta.) contra la sentencia N° 596 (f. 267) y sus fundamentos, mediante la el Tribunal Penal Colegiado de la Segunda Circunscripción condenó a M. D. R. G. a la pena de once años de prisión como autor penalmente responsable de los delitos de abuso sexual con acceso carnal agravado por el vínculo y abuso sexual simple agravado por el vínculo en tres hechos independientes en concurso real (art. 119, 3° párrafo, en función del art. 119, cuarto párrafo, inc. b, 119, primer párrafo, en función del art. 119, cuarto párrafo, inc. b, en función del art. 55, todos del CP).

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

I.- Sentencia recurrida

El Tribunal Penal Colegiado de la Segunda Circunscripción Judicial entendió probado con el grado de certeza exigido para una sentencia condenatoria que «M. D. R. G. abusó sexualmente en, al menos, tres oportunidades de su hija menor K.R. La primera de ellas tuvo lugar en fechas no determinadas, pero presumiblemente entre los días 09 de diciembre de 2016 y 10 de diciembre de 2017, cuando la menor tenía trece años de edad. El episodio ocurrió en ..., Provincia de Mendoza, oportunidad en la que el imputado accedió carnalmente con su miembro viril por la vagina a la niña, haciendo uso de fuerza física para doblegar la resistencia de aquella y lograr su cometido, amenazándola posteriormente para evitar que esta le contara a su madre lo que le estaba sucediendo.

El segundo episodio tuvo lugar en el año 2018, en fechas no determinadas con precisión, pero en el mismo domicilio mencionado anteriormente, sito en calle ... de General Alvear, Provincia de Mendoza, en el cual aún convivían imputado y víctima. En esa oportunidad, y a razón de atravesar una crisis matrimonial con su esposa V. G., el imputado M. R. se acostó en un colchón con su hija K.R. y procedió a realizar tocamientos en las partes íntimas de la niña, pese a la resistencia que la misma ofrecía.

El último episodio, tuvo lugar el día 28 de enero del corriente año, en horas de la mañana y en el mismo domicilio en que ocurrieron los dos episodios anteriores, sito en calle ... de General Alvear, Provincia de Mendoza, oportunidad en la que R. G. accedió carnalmente con su miembro viril vía vaginal a su hija K.R. utilizando el mismo modus operandi, es decir, haciendo uso de la fuerza para doblegar la resistencia que esta ofrecía y amenazándola posteriormente para que esta no le contara nada a su madre de aquellos episodios de los que estaba siendo víctima» (f. 271).

Para decidir en tal sentido, el magistrado interviniente valoró la declaración de la víctima K. R., así como la de V. G. (su madre), M. E. S. y E. D. V. T. (familiares), la declaración de la Lic. en Psicología I. P.

(perteneciente al C.A.I.) y el Dr. N. B. (perteneciente al C.M.F) y la demás prueba válidamente incorporada al proceso conforme el detalle obrante en el acta de debate.

II.- Recurso de casación

La defensa de R. interpone recurso extraordinario de casación contra la sentencia arriba individualizada, ello conforme los incisos 1 y 2 del art. 474 CPP Mendoza, esto es, por adolecer de vicios in procedendo e in iudicando en el razonamiento desplegado.

a.- Vicios in procedendo

i.- La defensa sostiene que se ha violado el principio in dubio pro reo, en tanto la correcta valoración de la prueba conduciría a la absolución del imputado por el beneficio de la duda.

Con este fin, cuestiona la solidez de la declaración de la víctima, así como que no se ha determinado circunstanciadamente la condición de tiempo en la que se habrían llevado a cabo los hechos enrostrados a R.

ii.- A su vez, la defensa afirma que el tribunal no ha valorado correctamente la circunstancia de que el trastorno distímico crónico era un padecimiento que debió derivarse de una evaluación psiquiátrica y no psicológica, debiendo, en consecuencia, suprimirse su valor como prueba de cargo.

iii.- Por último, cuestiona el análisis del testimonio de la madre de la víctima cuando hace referencia a la actitud pasiva del imputado al momento en el que fue confrontado por ella en relación con la existencia de los abusos.

Este tramo de su declaración sería, según la defensa, una valoración subjetiva del magistrado interviniente que no tendría relación con el fondo de la discusión y, al ser valorado como elemento de cargo, violaría la garantía constitucional prevista en el art. 18 CN de no autoincriminación.

b.- Vicios in iudicando

i.- En este nivel, la defensa objeta la argumentación desplegada por el a quo al momento de individualizar la pena. Ello en tanto, habría realizado una doble valoración de la relación de parentesco entre autor y víctima, en tanto circunstancia agravante prevista en el inc. b del cuarto párrafo del art. 119 CP y elemento fundamentador de la penalidad aplicable.

ii.- En otro orden de ideas, pero en este mismo plano, objeta que el juez ponderó como agravante la convivencia pre-existente entre R. y su hija, cuando este extremo no habría formado parte de la acusación. Realiza reserva del caso federal.

III.- Dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador General entiende que corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto, debiendo confirmarse la validez de la sentencia impugnada.

Después de realizar una breve reseña de los agravios esgrimidos por el recurrente, argumenta: En el nivel de los vicios in procedendo, valida los fundamentos de la sentencia en tanto análisis razonado de las pruebas recabadas durante la Investigación Penal Preparatoria y las producidas durante el debate, especialmente, en lo que hace al valor de la declaración de la víctima.

Agrega, en esta línea, que la verificación del trastorno distímico crónico en la víctima, la declaración de la madre y de dos de sus familiares, así como la declaración de la Lic. en Psicología I. P. y del Dr. N. B. refutan la existencia de una duda razonable que conduzca a la absolución del imputado. Finalmente, rechaza de plano que se advierta una indeterminación en los hechos imputados, ello en tanto, no puede exigírsele a una víctima que se encuentra en una situación como la descrita que recuerde con máxima precisión la fecha de cada uno de los episodios que dieron lugar a los abusos. En el nivel de los vicios in iudicando, por

su parte, advierte que la pena impuesta por el tribunal de juicio a R. no aparece como desproporcionada ni arbitraria.

A su vez, menciona que el juez sentenciante no incurrió en una doble valoración al individualizar la pena, habida cuenta de que la pena no se vio agravada por la calidad de padre de la víctima –elemento del tipo penal–, sino que tal calidad fue referida al momento de desarrollar el *modus operandi* del imputado al perpetrar los ataques contra la integridad sexual de su hija.

Por último, en este nivel rechaza que la convivencia preexistente haya sido una circunstancia no escrita en la plataforma fáctica objeto de la acusación, pues la misma quedó plasmada en los hechos que se tuvieron por acreditados.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso casatorio debe ser rechazado. Doy razones.

a.- En lo que respecta al cuestionamiento del grado de certeza alcanzado por el magistrado interviniente en relación con la existencia de los hechos objeto del debate y la autoría del imputado, entiendo, en contra de las pretensiones del recurrente, que no existe un estado de duda que amerite anular la sentencia. En concreto:

i.- En relación con la valoración del testimonio de la víctima, la defensa cuestiona su solidez, principalmente, en relación con las circunstancias temporales en las que se llevaron a cabo los abusos, las cuales no fueron completamente precisadas por la niña K.R.

En contra de esta visión de los hechos, cabe recordar, en primer lugar, que el testimonio de la víctima se encuentra corroborado por otras pruebas que hablan a favor de la existencia de los abusos y la responsabilidad del imputado.

Ello son: el informe del C.A.I. que concluyó que el relato de K. R. era creíble (f. 272 vta.); los testimonios de V. G. –su madre–, así como de sus familiares M. E. S. y E. D. V. T., quienes expresaron que le creyeron a la niña (véase fs. 271 vta./272); la declaración de la Lic. P., quien explicitó –solventemente a entender del magistrado sentenciante– las razones en las que se basaba tanto el informe de la entrevista en Cámara Gesell, como la pericia psicológica (f. 272).

Y, por último, el examen médico ginecológico conforme el cual se comprobó un desgarro himeneal unido a la reciente evolución de este, con la suficiente virtualidad –en opinión del *a quo*– para corroborar la existencia de un abuso (f. 272 vta.)

En segundo lugar, más allá del sentido unívoco del plexo probatorio en relación con la existencia de los abusos y la ausencia de una hipótesis alternativa que explique verosímilmente la prueba rendida en sede de debate, cabe decir que en los casos de delitos contra la integridad sexual –más aún cuando se trata de niños y niñas– el autor suele ejecutar los hechos en la intimidad, donde no existen testigos directos.

Extremo que aumenta la complejidad probatoria de estas imputaciones y, al mismo tiempo, coloca en un lugar central al testimonio de la víctima, el cual, como dije en el párrafo anterior, no sólo ha sido valorado como sólido por los profesionales intervinientes en la Cámara Gesell y por el magistrado interviniente, sino que, se encuentra articulado con el resto del plexo probatorio.

Por estas dos razones, no puede prosperar la visión de los hechos de la defensa, tanto en lo que hace a la incorrecta valoración del testimonio de la víctima, como en relación con la insuficiente determinación temporal de los hechos imputados.

En efecto, en la plataforma fáctica supra transcripta se lee que el primer hecho habría transcurrido entre el 10 de diciembre de 2016 y el 09 de diciembre de 2017; el segundo hecho durante el año 2018 y, el tercer hecho, para fecha 28 de enero de 2019 en horas de la mañana.

Así, la indeterminación propia del específico momento de las agresiones contra la integridad sexual de la niña K.R., no solo se explica por el específico modo de comisión de estos hechos, sino también por lo traumático de su vivencia, lo cual distorsiona el recuerdo y relato de las circunstancias en las que se llevaron a cabo los hechos, más cuando se trataba de una niña de trece años al momento de los hechos.

ii.- En línea con el cuestionamiento anterior, el recurrente sostiene que la prueba producida en sede de debate y que sostiene la acusación no alcanza para alcanzar un grado de certeza apodíctica en relación con la existencia de los hechos y la autoría de R. en relación con los mismos.

A la debilidad del testimonio de la víctima –que como vimos en el punto anterior, no puede asumirse– agrega que el lugar central dado al «trastorno distímico crónico» de la víctima en el razonamiento del juez, al momento de fundamentar la culpabilidad del imputado, no puede compartirse, pues el mismo ha sido afirmado por la psicóloga I. P. del C.A.I., mientras que, este dictamen debió emanar de un perito psiquiatra. Bien, en relación con este tramo del agravio defensivo, entiendo que tampoco alcanza lo que se propone, esto es, hacer decaer la sentencia como acto jurisdiccional válido.

Es que la Lic. I. P. ha sido especialmente clara al momento de explicar cuál era el estado de angustia, retraimiento, aislamiento, apatía y falta de entusiasmo que se generó después de la existencia de los abusos. Por otra parte, la defensa no explica por qué la Lic. interviniente en el análisis de la víctima no es experta, cuando su informe hace referencia a un trastorno psicológico que se refiere a su especialidad en tanto personal del C.A.I.

Por último, no debe perderse de vista que este planteamiento es una reiteración del realizado en los alegatos, el cual fue refutado correctamente por el a quo, quien explicó que «no es de recibo la alegación defensiva en su alegato relativa a que ese diagnóstico de trastorno distímico debe darlo un psiquiatra y no un psicólogo, dado que no surgió del debate sino que es una simple afirmación proveniente del esmerado letrado defensor, sin indicación siquiera de la fuente de la cual la habría extraído; la defensa tuvo la posibilidad de interrogar a la misma profesional del C.A.I., la Lic. P., acerca de si su ciencia la habilita o no a realizar ese diagnóstico y, recién en caso de recibir una respuesta negativa, podría tener sustento su afirmación en tal sentido; o podría haber ofrecido como prueba en el momento procesal oportuno la declaración de algún psiquiatra que sostuviera con bibliografía específica, tal aserto. Ninguna de estas cosas realizó» (f. 272 vta.). En definitiva, este tramo del agravio en el nivel de la valoración de la prueba no puede ser compartido.

iii. Finalmente, tampoco puede asumirse que la valoración del testimonio de la madre en relación con la actitud del imputado al momento en que fuera confrontado por los hechos denunciados sea una violación de la prohibición de autoincriminación contemplada en el art. 18 CN.

En efecto, la testigo se limitó a relatar cuál había sido la reacción de R. cuando le enrostró los dichos de su hija, tramo de su testimonio que el juez utilizó como un elemento más que se articuló armónicamente con el caso de la acusación.

Es que no se trata de una manifestación de autoincriminación del imputado al que fue compelido con fuerza, intimidación o error, sino sencillamente una omisión espontánea derivada del testimonio de V. G. a la que se le atribuyó un determinado sentido con base en la sana crítica racional.

En suma, en el nivel de los vicios in procedendo, la defensa no consigue conmover el razonamiento del a quo plasmado en los fundamentos aquí revisados en el marco de la casación interpuesta.

b.- Sentado lo anterior, corresponde verificar la corrección de la sentencia en el ámbito de la determinación de la pena. Aquí la estrategia defensiva es doble. Por un lado, cuestiona la violación de la prohibición de doble valoración respecto a la relación paterno-filial que vincula a autor y víctima; por otro lado, critica la incorporación de la circunstancia de la convivencia pre-existente como agravante.

i.- En relación con lo primero, entiendo que el juez no ha realizado una doble valoración prohibida del parentesco que amerite la nulidad de la determinación de la pena.

Es que, como bien explica el Procurador General, el juez interviniente, al momento de individualizar la pena, hizo referencia a la calidad de padre de la víctima, como extremo de interés relativo a la específica modalidad de ejecución del hecho.

Así, se lee a f. 274, al evaluarse la naturaleza de la acción, que la víctima «era presa de un atacante inesperado para ella, pues, como ella misma manifestó ‘que no decía nada porque una hija quiere a un padre».

Dicho con otras palabras, el ser padre no fue valorado como elemento del tipo, en tanto circunstancia calificante, y nuevamente en el plano de la culpabilidad, en tanto elemento fundamentador de la necesidad de pena, sino que únicamente fue mencionado con el fin de explicar cómo el autor tenía acceso a la víctima al momento de cometer los abusos sexuales.

De este modo, la referencia a la relación paterno filial en el desarrollo de los fundamentos relativos a la necesidad de pena a concretarse en su individualización, no implica una «doble punición», toda vez que el magistrado no hace referencia a la reiteración de la calidad especial del autor como elemento que grava el injusto y la culpabilidad del autor, sino a la particularidad de su ejecución en relación con la búsqueda del momento y lugar preciso en el que la víctima se encontraba desprotegida a efectos explicativos.

ii.- En relación con la circunstancia de la convivencia pre-existente, entiendo que el imputado en ningún momento se vio sorprendido por la acusación, habida cuenta este extremo del hecho emergió como una derivación lógica, necesaria y evidente de los hechos imputados desde un primer momento.

Se trata, en efecto, de la específica particularidad que posibilitó la ejecución de los abusos del modo en que se llevaron a cabo y como tal, nunca pudo ser desconocida por R., de modo que en ningún momento se ha visto menoscabado su derecho de defensa en juicio.

iii.- Por todo ello, entiendo corresponde contestar negativamente la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazar el recurso interpuesto y confirmar la sentencia analizada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo y Dr. Adaro. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa oficial.
- 2.- Tener presente la reserva de caso federal.
- 3.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

29- AHUMADA. 17-07-20.

| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
|----|----|----|------|--------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|-------------|---|------------|
| - | - | - | | PCE | - | - | A | - | - | UP | - | - | - | 495 359 |

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200717_FcANS.pdf

Lex: Art. 119, 1° párrafo del CP

Vox: Abuso sexual simple. Nulidad. JAI cuestionado. Nuevo debate.

Summa:

El **TPC** condenó al nombrado a la pena de **tres años de prisión** en suspenso como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual simple (arts. 119, primer párrafo), la cual unificó con la condena a dos años de prisión con el beneficio de la condicionalidad dictada por el Primer Juzgado Penal Colegiado de San Rafael en la sentencia N° 687 (autos N° P-102.465/18) en la **pena única de tres años de prisión de cumplimiento efectivo**.

La **defensa** interpone recurso de revisión. (Art. 495 del CPP).

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. La **SCJM** resolvió hacer lugar al recurso de revisión interpuesto por la defensa oficial y, en consecuencia, anular la sentencia N° 516 y sus fundamentos, remitiendo las actuaciones al TPC N° 2 a fin de que la OGAP practique el sorteo tendiente a determinar el tribunal que deberá realizar un nuevo debate y emitir un nuevo pronunciamiento conforme a derecho.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 516, pronunciada por el TPC N° 1- 2° CJ.

Parágrafos destacados

“...Sin embargo, el iter argumentativo anterior pierde sustento cuando se advierte que el consentimiento prestado por el acusado para la celebración del juicio abreviado y el reconocimiento de su responsabilidad penal fueron valorados al margen de su condición psiquiátrica, la cual fue constatada en el informe confeccionado por miembros del Cuerpo Médico Forense. En dicho examen se determinó «una clara insuficiencia de sus facultades mentales, con funciones cognitivas en general deficitarias, hipoprosexia (atención disminuida), memoria concreta, rendimiento intelectual inferior al normal, con pobreza ideatoria y simpleza en sus juicios. Lo que le limita al momento de comprender acabadamente las consecuencias de sus actos...”

SCJM. Dres.: **Palermo.** Valerio. Adaro.

Fallo.

CUJ: 13-04807664-9/1((018602-104748)) FC/ A.N.S.J. P/ ABUSO SEXUAL SIMPLE (104748) P/ RECURSO EXT.DE REVISIÓN *104887808*

En Mendoza, a los diecisiete días del mes de julio del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04807664-9/1, caratulada "F. C/ A.N.S.J. P/ABUSO SEXUAL SIMPLE S/ REC. REVISIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. OMAR A. PALERMO; segundo, JOSÉ V. VALERIO y tercero, DR. MARIO D. ADARO.

La defensa de S.J.A.N. interpone recurso de revisión (fs. 222/225) contra la sentencia N° 516 (f. 197) y sus fundamentos, mediante la cual el Segundo Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial condenó al nombrado a la pena de tres años de prisión en suspenso como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual simple (arts. 119, primer párrafo), la cual unificó con la condena a dos años de prisión con el beneficio de la condicionalidad dictada por el Primer Juzgado Penal Colegiado de San Rafael en la sentencia N° 687 (autos N° P-102.465/18) en la pena única de tres años de prisión de cumplimiento efectivo.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

I.- Sentencia recurrida

La sentencia puesta en crisis, en lo pertinente para la solución del recurso, establece en relación con la plataforma fáctica de los hechos por los que resultó condenado el acusado que «el día 16 de octubre de 2013, siendo las 03:30 horas aproximadamente, en la casa ubicada en callejón ..., el Sr. S.J.A.N, quien dormía en el piso de la misma habitación donde dormía la menor M. M. F., le bajó los pantalones a la víctima y le tocó la vagina». Para decidir en tal sentido, el a quo valoró la prueba reunida durante la instrucción y el reconocimiento de autoría prestado en la audiencia de juicio abreviado.

II.- Recurso de revisión

La defensa de A.N interpone recurso de revisión a tenor de lo dispuesto por el inc. 4 del art. 495 CPP. Así, señala que con posterioridad a que el acusado prestara su consentimiento para la celebración del juicio abreviado y reconociera su responsabilidad penal, se tomó conocimiento de un examen psiquiátrico-psicológico realizado con fecha 08 de abril de 2019 (esto es, con anterioridad a que tuviera lugar el acuerdo de partes en fecha 22 de abril del mismo año) el cual concluye que «como resultado del examen psicológico-psiquiátrico realizado al Sr. S.J.A.N, se informa que de acuerdo a lo obtenido en dicho examen estaría comprendido en las previsiones del art. 34 inc. 1° del CP y se recomienda tratamiento psicológico y psiquiátrico».

Dicho informe fue confeccionado por miembros del Cuerpo Médico Forense en la Ciudad de San Rafael, provincia de Mendoza (fs. 212/213). De este modo, la defensa considera que esta pericia desconocida por las partes al momento de la aplicación del instituto establecido en los arts. 418 y ss. CPP adquiere el carácter de prueba dirimente con la entidad suficiente para habilitar la revisión solicitada. Ello en tanto, dicho examen revelaría que el consentimiento requerido para la aplicación del juicio abreviado no habría sido prestado con libertad.

III.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General entiende que corresponde hacer lugar a lo solicitado en el recurso de revisión interpuesto (fs. 237/238).

Después de exponer sucintamente el contenido de la presentación defensiva y de realizar unas breves consideraciones sobre la naturaleza del recurso de revisión, sostiene que A.N. estaría comprendido en las previsiones del art. 34, inc. primero del CP.

Esta circunstancia no habría sido contemplada inicialmente al celebrarse el juicio abreviado, al no haberse incorporado la pericia que daba cuenta de ello.

Argumenta que, si bien no se puede afirmar que se trata de un «nuevo elemento de prueba que hace evidente que el hecho no fue cometido por el imputado», se trataría de un nuevo elemento de prueba, producido en el marco de un legajo que tramita en la Segunda Circunscripción Judicial, cuya copia ha sido agregada a los presentes obrados y que, como tal, daría cuenta del estado de salud mental del imputado, el cual podría haber condicionado el consentimiento prestado al momento de celebrar el juicio abreviado.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

Adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que corresponde hacer lugar al recurso de revisión incoado. Doy razones.

Mediante sentencia N° 516 de fecha 22 de abril de 2019, el Segundo Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial condenó A.N. a la pena de tres años de prisión en suspenso como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual simple (arts. 119, primer párrafo).

Establecido esto, corresponde señalar, a su vez, que la sentencia cuya impugnación persigue la defensa fue resuelta aplicando el procedimiento de juicio abreviado previsto por los arts. 418 y ss. del CPP.

Así, conforme se desprende de las constancias de fs. 195/196 el imputado, en compañía de su defensora acordó con la fiscalía la resolución de la causa mediante el procedimiento abreviado.

En esa oportunidad, A.N. en presencia del juez interviniente aceptó la aplicación del instituto solicitado; refirió que comprendía sus alcances, consintió la pena acordada y admitió su imposición, así como su unificación con la condena anterior.

Como consecuencia de esto, se dictó la sentencia que ahora se cuestiona por vía del recurso de revisión. De la lectura de sus fundamentos, se advierte que el inferior jerárquico no sólo valoró el acuerdo celebrado y la responsabilidad asumida por el imputado, sino que también meritó el resto de los elementos de juicio que sindicaban a A.N. como autor de los hechos por los que fue condenado, de manera tal que la sentencia cuestionada no se sustenta tan solo en la asunción de responsabilidad del imputado. Sin embargo, el iter argumentativo anterior pierde sustento cuando se advierte que el consentimiento prestado por el acusado para la celebración del juicio abreviado y el reconocimiento de su responsabilidad penal fueron valorados al margen de su condición psiquiátrica, la cual fue constatada en el informe confeccionado por miembros del Cuerpo Médico Forense.

En dicho examen se determinó «una clara insuficiencia de sus facultades mentales, con funciones cognitivas en general deficitarias, hipoprosexia (atención disminuida), memoria concreta, rendimiento intelectual inferior al normal, con pobreza ideatoria y simpleza en sus juicios. Lo que le limita al momento de comprender acabadamente las consecuencias de sus actos.

A pesar de que en lo aparente y en lo simple, tendría discernimiento, por ejemplo, se refiere a una conducta abusiva como algo que estaría mal. Distingue entre el bien y el mal, pero sin una adecuada capacidad de abstracción.

Conserva un juicio lógico primario, claramente deficiente, como para comprender la posible criminalidad de sus acciones y a partir de ello, dirigir su conducta. Teniendo en cuenta que en éstos cuadros de Retraso Mental Moderado, la persona se desarrolla y desempeña, con muestras de sus limitaciones en forma permanente» (f. 213). Continúan el Lic. Danilo Vallina (psicólogo) y el médico Claudio Habijan (psiquiatra) y señalan que S.J.A.N «presenta un déficit intelectual, evaluado clínicamente, que correspondería a un Retraso Mental Moderado, donde hay un fracaso en la capacidad de abstracción y conceptualización en el que las normas sociales se siguen por modelos concretos y no se comprenden totalmente» para concluir que «como resultado del examen psicológicopsiquiátrico realizado, S.J.A.N ... estaría comprendido en las previsiones del art. 34 inc. 1° del CP» (f. 213 vta.).

El informe transcrito –realizado con fecha 08 de abril de 2019, es decir, previamente a que tuviera lugar el acuerdo de partes en fecha 22 de abril del mismo año– pone de relieve que, al momento de la realización de los actos previos al juicio abreviado, el imputado no se encontraba en condiciones de prestar la conformidad para la celebración de este procedimiento o de reconocer su responsabilidad penal.

Asimismo, vale decir, tampoco encuentra razón de ser la imposición de una pena a una persona incapaz de culpabilidad, en tanto imposibilitada de comprender el alcance y las consecuencias de sus actos. Es que el principio de culpabilidad, en tanto eje sobre el que debe girar un Derecho penal de orientación liberal, se erige como fundamento y límite de la responsabilidad penal de los ciudadanos.

Por ello, cuando a alguno de los agentes involucrados en la lesión, en tanto causantes en sentido naturalístico, esta no se les pueda imputar como realización culpable necesitada de ser refutada mediante pena, deberá procederse a evaluar su peligrosidad de manera prospectiva.

Con todo, esta tarea excede con mucho la labor de revisión que puede practicarse en esta instancia. Con base en lo dicho hasta aquí, y considerando que el juicio abreviado omitió considerar la labor llevada a cabo por el Cuerpo Médico Forense sobre A.N en orden a determinar su imputabilidad, entiendo que no se encuentra alcanzado el grado de certeza necesario para considerar que el acusado consintió la aplicación del procedimiento de juicio abreviado y, menos aún, que se expresó libremente al reconocer su intervención en los hechos que le fueran enrostrados.

Por todo ello, y en línea con lo dictaminado por el Procurador General, entiendo que el informe supra analizado posee el carácter de prueba dirimente con la entidad para habilitar la revisión solicitada, lo que amerita la anulación de la sentencia puesta en tela de juicio y la realización de un nuevo debate en orden a la comprobación de los hechos y la intervención en ellos de A.N.

De este modo, corresponde contestar afirmativamente la primera cuestión planteada y, en consecuencia, hacer lugar al recurso interpuesto. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio y Dr. Adaro. Adhiere.

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y MARIO D. ADARO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: De conformidad a lo votado en la cuestión anterior, corresponde hacer lugar al recurso de revisión interpuesto a fs. 222/225 por la defensa oficial y, en consecuencia, anular la sentencia N° 516 de fs. 197 y vta. y sus fundamentos, debiéndose remitir las actuaciones al Tribunal Penal Colegiado N° 2 a fin de que la OGAP practique el sorteo tendiente a determinar el tribunal que deberá realizar un nuevo debate y emitir un nuevo pronunciamiento conforme a derecho. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Atento al mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de esta Suprema Corte de Justicia de Mendoza, fallando en forma definitiva se RESUELVE:

- 1.- Hacer lugar al recurso de revisión interpuesto a fs. 222/225 por la defensa oficial y, en consecuencia, anular la sentencia N° 516 de fs. 197 y vta. y sus fundamentos.
- 2.- Remitir las actuaciones al Tribunal Penal Colegiado N° 2 a fin de que la OGAP practique el sorteo tendiente a determinar el tribunal que deberá realizar un nuevo debate y emitir un nuevo pronunciamiento conforme a derecho.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

30- GARCIA. 17-07-20.

| | | | | | | | | | | | | | | |
|-----------|-------------|----|------|------------|------------|------------|------------|------------|------------|------------|------------|----------------|---|------------|
| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
| VG | Par. | - | - | PCE | - | - | A | - | CR | - | - | - | - | 474 |

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200717_FcGGE.pdf

Lex: Art. 119, 3° párrafo, 55 del CP. Ley 26485.

Vox: VG. Abuso sexual. Acceso carnal. Concurso real. Valoración de la prueba. Testimonio de la víctima.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **ocho años de prisión** como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal por dos hechos en concurso real (art. 119 tercer párr. en función del art. 55, todos del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia pronunciada por el TPC N° 1- 1° CJ.

Precedentes citados

a Voto Dr. Palermo.

- Di Cesare Morales. 26-06-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=156>
- Mejía Salvador. 10-09-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=197>

Parágrafos destacados

SCJM. Dres.: **Palermo.** Valerio. Adaro.

Fallo.

CUIJ: 13-05021671-8/1((018601-51748)) FC/ G. G. E. F .R. P/ ABUSO SEXUAL AGRAVADO (51748) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105186704*

En Mendoza, a los diecisiete días del mes de julio del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05021671-8/1, caratulada "F. C/ G. G. E. F. S/ RECURSO DE CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. OMAR A. PALERMO; segundo, DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero, DR. MARIO D. ADARO.

La defensa técnica de E. F. G. G. interpone recurso de casación (fs. 366/382) contra la sentencia de f. 337 y sus fundamentos mediante la cual el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial condenó al nombrado a la pena de ocho años de prisión como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal por dos hechos en concurso real (art. 119 tercer párr. en función del art. 55, todos del CP).

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

I.- Sentencia recurrida

El magistrado sentenciante tuvo por acreditado con la certeza requerida para el dictado de una sentencia condenatoria los hechos individualizados en la pieza acusatoria como: «HECHO UNO: En fecha y hora indeterminada, pero en el mes de noviembre de 2017, en horas de la noche, en el domicilio sito en calle ... de Guaymallén, más precisamente en una de sus habitaciones, E. F. R. G. G. agarró contra su voluntad a su pareja al momento del hecho, B. E. A. A., y la penetró por el ano al tiempo que le manifestaba 'sos una hija de puta tenés otro, puta, te gusta puta'. Hecho desplegado en un contexto de violencia en razón del género"; HECHO TRES: Para fecha y hora indeterminada, pero aproximadamente un mes antes del día 26 de junio de 2018, en el domicilio ut supra indicado, nuevamente en la habitación, en horas de la noche, G. G. tomó por los pies a su pareja al momento del hecho, B. E. A., la llevó al centro de la cama, la puso boca arriba, le abrió las piernas y la penetró por la vagina contra la voluntad expresa de la víctima que se resistía. Hecho cometido en un contexto de violencia en razón del género» (fs. 338 y vta.).

Para decidir en tal sentido, el a quo valoró las declaraciones testimoniales de J. A. G., A. A., B. A., D. A., M. B. A., C. G., G. L. y F. B., así como las demás pruebas válidamente incorporadas al proceso.

II.- Recurso de casación

La defensa técnica de G. G. considera que la resolución referida padece vicios in procedendo e in iudicando, conforme lo establecido por el art. 474 de la ley de rito.

a.- En primer lugar, el recurrente plantea que la a quo ha llevado a cabo una valoración arbitraria del relato de la denunciante, el cual califica de poco creíble.

Para sustentar este punto de vista, sus declaraciones en sede de instrucción y en sede de debate son comparadas con el resto del plexo probatorio.

b.- Anudado con las consideraciones que fundamentan el agravio anterior se encuentra una doble crítica que, por un lado, entiende que también ha sido arbitraria la negativa valoración de la declaración del imputado.

c.- Mientras que, por otro lado, ataca el valor dado a las declaraciones brindadas por J. A. G. y D. G.

d.- En cuarto lugar, el recurrente advierte contradicciones en el razonamiento de la a quo al momento de absolver por el delito de amenazas. Una conclusión que, en la misma inteligencia, explicaría la ausencia de responsabilidad penal de imputado en los delitos de abuso sexual por los que sí fue condenado.

e.- Por último, el recurrente cierra su crítica y realiza una conclusión global sobre la situación procesal de su representado a la luz de la prueba producida en el debate y expresa que no se ha alcanzado el grado de certeza necesario para afirmar su autoría.

Formula reserva del caso federal.

III.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador general se presenta a fs. 392/395 y entiende que no corresponde hacer lugar al recurso de casación analizado, debiendo convalidarse en su totalidad la sentencia impugnada.

Después de referirse a los antecedentes del legajo, la procedencia del recurso y resumir los agravios de la defensa, el titular del Ministerio Público Fiscal realiza una contestación ordenada de cada uno de los agravios.

En primer término, refuta la idea de que la declaración de la denunciante haya sido mal valorada.

En esta línea, pone de relieve el valor esencial que cobra en los delitos de abuso sexual el testimonio de la víctima, el especial contexto en que se producen estas agresiones y quita entidad a las contradicciones advertidas por la defensa.

En segundo lugar, advierte que el imputado no se ha visto sorprendido en ningún momento y que no se le ha endilgado un hecho del cual no haya podido defenderse.

Asimismo, advierte que la juzgadora brindó las razones que la persuadieron a calificar el relato que brindaron los hijos de la denunciante y denunciado como poco creíble, las cuales considera convincentes.

Acto seguido, en relación con la absolución por los delitos individualizados en los hechos numerados como 2 y 4, valida los motivos que fundamentaron tal temperamento y cancela cualquier contradicción que pudiera anular el razonamiento de la a quo en el tramo condenatorio de la sentencia.

En último lugar, conforme a lo expuesto, rechaza que nos hallemos frente a una sentencia que no haya sido valorada en forma razonable y, por ende, que sea susceptible de ser anulada.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

Adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que corresponde rechazar el recurso casatorio impetrado y, en consecuencia, convalidar la sentencia recurrida en su totalidad.

i.- Para la defensa es central atacar la validez del razonamiento de la a quo a partir de la valoración del testimonio de la denunciante. Es que en él se encuentran las coordenadas claves de la arquitectura del hecho imputado a E. G..

La crítica relativa a la falta de credibilidad de la versión de la víctima se sustenta en la existencia de contradicciones entre lo declarado en sede de instrucción y lo declarado en sede de debate, en la refutación de la fuerza convictiva de los exámenes psicológicos y en la inexistencia de lesiones físicas constatadas.

En relación con las variaciones en el relato de B. A., la defensa pone de relieve respecto del hecho N° 3 que mientras en la instrucción la denunciante declaró que se había producido en horas de la noche, posteriormente, en el plenario manifestó que había sido durante la siesta.

Asimismo, en lo que hace al hecho N° 1, subraya que la víctima nada recordaba, sino hasta ser asistida en su memoria por la señora fiscal. Bien, después de analizar las razones brindadas por la defensa para anular la sentencia condenatoria y compulsar las presentes actuaciones, así como los fundamentos obrantes a fs. 338/363, entiendo que no se advierte, en el caso concreto, contradicciones en el relato de la denunciante que hagan mella en la credibilidad de su testimonio.

En efecto, la variación del relato de la víctima en el marco de delitos tales contra la integridad sexual en relaciones de pareja, en las que se verifica una asimetría del varón para con la mujer, se explica debido a este especial contexto y lo traumático de tales experiencias.

En esta línea, de acuerdo a las constancias de la causa, la variación temporal de unas horas en la declaración de B. A. no es dirimente en tanto existen elementos de prueba que avalan la acusación, tales como los exámenes psicológicos y declaraciones testimoniales que dan cuenta de la agresión, así como de la credibilidad de su relato.

Como ya he desarrollado in extenso en «**Di Cesare Morales**» y «**Mejía Salvador**», las variaciones en el relato de la víctima en la mayoría de los casos deben ser consideradas un efecto clásico del ciclo de violencia de género en el que se encuentra inmersa, el que lógicamente influye en su testimonio.

Por ello, el cambio de horario del hecho –de la noche a la siesta– correctamente ha sido desestimado por el tribunal de juicio como una contradicción que debilite la verosimilitud del testimonio de la víctima.

En esta línea, se lee a fs. 358 se lee que «no hay contradicción en la testigo, en el caso de la ubicación temporal [...] en un marco como el que se ha justificado, cronicidad de actos ultrajantes, la eventual discordancia –siesta/noche– no es un aspecto que desestabilice la credibilidad de la testigo. El hecho en sus aspectos centrales ha conservado estabilidad en su declaración».

Consideraciones que la jueza aplica a su vez para explicar los matices en relación con el modo de penetración. En efecto, «la Sra. Azcurra no negó haber sido penetrada vaginalmente en contra de su voluntad, sino que, al relatar el hecho durante el debate, agregó que en esa oportunidad García la penetró también analmente» (fs. 358).

Por otro lado, el recurrente omite explicar cómo su estrategia defensiva podría haber variado en función de la hora de la comisión del abuso.

Es decir, la defensa no aporta una versión alternativa de los hechos con base en la variación del testimonio de la víctima. Así, si bien la defensa expresa que si el hecho se hubiese producido en la noche, el contexto hubiese hecho «imposible llevar a cabo un episodio de violencia sexual», considerando la cercanía de las habitaciones y que los hijos de la pareja se encontraban en la casa (f. 378); sin embargo, este último no es un argumento contundente ni necesario en relación con lo que se propone.

De hecho, la contigüidad de las habitaciones o la existencia de los hijos de la pareja en el domicilio no obstan a que se haya podido producir la agresión. Más aún, cuando el resto del plexo probatorio habla a favor de la existencia de los abusos.

Conforme con ello, entiendo que el recurrente insiste en la nulidad de la sentencia por la nulidad misma, permaneciendo su argumentación en un nivel de abstracción que no consigue integrarse con elementos concretos que ameriten modificar la solución dada por el juez interviniente al caso sometido a decisión. La defensa también ataca el testimonio de la víctima a través de la desacreditación de los exámenes psicológicos realizados a aquella, los cuales son contundentes, tanto respecto de la existencia del contexto

de asimetría y violencia de género en la relación vincular entre víctima y autor, así como en la verificación de los parámetros que permiten afirmar la credibilidad de su testimonio (véanse los fundamentos a fs. 356).

La defensa opta entonces por atacar el lugar que tal evidencia debe tener en el razonamiento de la a quo. En este sentido, califica a tales exámenes como poco fiables, al mismo tiempo que afirma que la ciencia pericial no es inequívoca, al sustentarse en dimensiones de verdad netamente subjetivas e inciertas.

En relación con dicha crítica a la evaluación psicológica practicada a B. A., entiendo que –más allá de la discusión que atraviesa a lugar de los exámenes de expertos en el razonamiento del juez y los métodos subyacentes a su práctica–, por un lado, sus resultados fueron categóricos en relación con las cuestiones puestas a consideración de los profesionales intervinientes (esto es, si la testigo es creíble) y, por otro lado, la defensa propone una opinión abstracta en relación con los exámenes periciales que no es puesta en relación con el resto de los datos objetivos de la causa.

Dicho con otras palabras, los exámenes avalaron el testimonio de la víctima y este se encuentra, además, sostenido en numerosa prueba. Finalmente, el recurrente intenta restarle fiabilidad al relato de la denunciante alegando que no obran en la causa exámenes físicos que avalen la existencia de lesiones que darían cuenta de la agresión sexual.

En este sentido afirma que «el informe obrante a fs. 180 es una prueba de descargo [...] ya que el mismo da cuenta que no hay lesiones traumáticas y visibles en la superficie corporal, y que no se encontraron hallazgos de certeza en relación a los hechos investigados».

Sin embargo, al tratarse de abusos sexuales cometidos en un marco de maltratos y sometimiento el resultado del examen físico ha sido correctamente relegado en tanto prueba dirimiente.

Es que la versión de la denunciante se encuentra avalada por el testimonio del Dr. A., quien advirtió que no solo era víctima de violencia sexual, sino también de otros tipos de violencia; así como el testimonio de la Dra. C. G. que reveló un estado crónico de violencia tanto sexual, como ambiental y, finalmente, la declaración de la Lic. G. L. quien verificó la adaptación de E. A. a un contexto de violencia ambiental, sexual y psicológica (véase extensamente f. 355).

A lo cual, corresponde agregar el testimonio de la hermana de la víctima, M. A., quien, como refiere el a quo, expresó que encontró a su hermana sentada, con la cabeza baja, que le dijo ‘me animé a hablar’, lo denuncié, que B. estaba llorando y como en shock.

ii.- El recurrente también ataca la valoración llevada a cabo por la a quo respecto del descargo material del acusado, el cual niega los hechos atribuidos y expresa que la raíz de la denuncia eran los celos de la denunciante para con él.

A su vez, sostiene su opinión en el testimonio de la Dra. G., según el cual la denunciante «tenía mucha bronca, quería que se fuera de la casa, no siente nada por él». Bien, en relación con este agravio, está fuera de duda que la versión E. G. no se encuentra respaldada por elementos probatorios que den cuenta de su verosimilitud como hipótesis alternativa a la de la acusación.

Es por esta razón, por la que la jueza interviniente la descarta a fs. 360 vta. cuando expresa que la existencia de relaciones y encuentros sexuales paralelos por parte del acusado no era asumida por B. A. como un fenómeno merecedor de ruptura. Ello en tanto, fue contundente al narrar la angustia que le significó interponer la denuncia, todo lo cual fue refrendado por su hermana.

Asimismo, el tribunal de juicio destacó un tramo de la declaración del Dr. A. en el que este narró que B. A. no odiaba al padre de sus hijos, sino que solo quería que la dejara tranquila.

Finalmente, la jueza brinda una razón adicional cuando postula que es ilógico razonar – de cara al escenario que padecía la víctima– que quisiera denunciar por celos, cuando hasta el más elemental instinto de autoconservación la hubiera hecho acudir a otras acciones vindicativas diferentes considerando las consecuencias previsibles que una acción judicial acarrearía para ella y su familia (desprotección económica, así como profundización de la soledad y el desamparo).

Es que el hecho de que la declaración del imputado no sea valorada del modo en que la defensa lo pretende no implica necesariamente que esté indebidamente valorada.

Del mismo modo, el hecho de que la denunciante tuviera bronca y quisiera que se fuera de su casa no implica que la denuncia fuera una artimaña para alcanzar esta finalidad.

En consecuencia, la visión de los hechos de la defensa no encuentra asidero en las constancias de la causa y, por ello, entiendo que ha sido correctamente refutada por la jueza sentenciante.

iii.- En la misma línea, el recurrente sostiene que la jueza interviniente ha valorado de manera arbitraria los testimonios de los hijos de la pareja, J. A. G. y D. G..

El primero, declaró que el acusado no había maltratado físicamente a su madre, aunque psicológicamente habría sido víctima de gritos e insultos. Sin embargo, dejó en claro que no había presenciado abusos y aunque su madre es buena, a veces exagera e inventa historias.

El segundo, por su parte, declaró en el mismo sentido y expresó, además, que nunca observó moretones en el cuerpo de B. A., de la misma manera que no oyó ruidos o signos de violencia en la habitación contigua. El letrado defensor critica que la a quo no le dio el lugar correspondiente en su razonamiento a estos testimonios, los cuales serían una prueba más de la inocencia de G. G. Sin embargo, estas declaraciones no solo fueron objeto de un minucioso análisis por la jueza sentenciante, sino que, a mi entender, de él fueron derivadas buenas razones para desconfiar de su verosimilitud.

A fs. 359/360 la jueza sentenciante brinda cuatro razones que fundamentan que los jóvenes no han traído al proceso un discurso confiable.

En primer término, debido a que sus testimonios habilitan a inferir que G. G. manipulaba a sus hijos, pues él ejercía una fuerte influencia sobre ellos para culpabilizar a su madre.

En segundo término, porque en las familias donde la violencia tiene estabilidad y permanencia se asume como natural el sistema patriarcal del que se derivan los abusos, todo lo cual es derivado de la indiferencia con la que los hijos se comportaban frente al drama familiar –conforme sus testimonios–, restándole relevancia a la versión de la madre y mostrando actitudes misóginas que les impedían empatizar con su relato.

En tercer término, porque en sus declaraciones el tribunal de juicio verificó una mimetización con el círculo de violencia y la adhesión a los estereotipos de género que no les permitieron ver los abusos.

Finalmente, en cuarto lugar, porque la mayor parte de los hechos de violencia sexual entre autor y víctima se produjeron a espaldas de los hijos, por lo que estos no habrían podido presenciarlos.

Cuatro razones que estimo razonables y sostenidas en el plexo probatorio, así como en consideraciones que integran la perspectiva de género a la tarea de valoración de la prueba y me convencen para dejar de lado las objeciones defensivas.

iv.- En otro orden de ideas, el recurrente advierte que el hecho de que su pupilo haya sido absuelto por un delito y condenado por otros –las amenazas y los abusos sexuales, respectivamente– pone de manifiesto lo contradictorio del razonamiento de la a quo.

Es que, en lo que para la defensa sería el agravio más controversial de todos se manifiesta la poca credibilidad del testimonio de la denunciante. En pocas palabras, lo que se objeta es cómo puede creérsele a B. A. en un tramo de su relato y en otro no.

Sin embargo, a aquella pregunta subyace una formulación parcial del problema, pues a cada parte del testimonio de la víctima, como dije al comenzar a analizar el planteo defensivo, subyace una tarea de valoración que las pone en relación con cada uno de los elementos que integran el plexo probatorio.

De este modo, el tribunal de juicio consideró en relación con las amenazas que habían dos preguntas abiertas que impedían alcanzar el estadio de certeza apodíctica necesario para condenar.

Una de ellas, relativa a la existencia misma de una acción jurídico-penalmente relevante, pues del relato de la víctima –la cual debió ser auxiliada para rememorar el hecho señalado como N° 2– se desprende que ella estaba durmiendo y cuando despertó sintió algo que se le acercaba y era un cuchillo en su cuello. Al percibir esto, B. A. aseguró que corrió el objeto de su cuerpo y que el acusado le pidió disculpas y «le dijo que estaba dormido» (f. 361). Un extremo del relato que lleva a la a quo a dudar de si el acto fue voluntario.

En este sentido, la jueza sentenciante agrega que la acusación no aclaró si el acusado había consumido alcohol, si era víctima de estados crepusculares o de inconsciencia, así como si había existido una discusión previa. Elementos que generan un escenario fáctico impreciso.

La otra de ellas, aun cuando se asumiera la existencia de una **acción jurídicopenalmente relevante**, relativa a la existencia de tipicidad penal, pues (la jueza se pregunta) «¿podemos subsumir el hecho en el delito de amenazas? ¿Cuál es el anuncio de mal futuro?». Interrogantes que no consigue responder ya que, si bien la amenaza no necesita un vaticinio verbal, que puede ser gestual, el gesto para constituir una amenaza tiene que comportar un aviso o conminación de mal y ello no surge nítidamente del acto descrito (fs. 361 vta.).

Es que del hecho que un tramo de la acusación no alcance el estándar probatorio requerido para condenar no se deriva necesariamente que el resto de la acusación deba igualmente decaer. La fundamentación no es arbitraria porque absuelve respecto de algunos hechos y condena frente a otros; es precisamente esta distinción lo que pone de manifiesto el trabajo de análisis distintivo practicado por la jueza sentenciante y el razonamiento celosamente acotado al sentido de la prueba.

v.- Finalmente la defensa cuestiona la calificación de la intervención dada al comportamiento atribuido al acusado, esto es, la autoría. Debido a que esta visión de los hechos se sustenta en consideraciones de tipo probatorio y no desde la teoría de la imputación, en lo que sería una visión global de las razones brindadas con anterioridad, entiendo que corresponde rechazarla sin más.

En efecto, con base en el análisis de la sentencia y las constancias obrantes en la causa, cada uno de los planteos defensivos ya ha sido debidamente refutado.

Por ende, al no brindarse nuevos argumentos, corresponde el rechazo del cuestionamiento de la calificación de la intervención, al tratarse de un hecho de autoría individual, donde existe un único sujeto competente por los hechos atribuidos.

vi.- **Conclusión** Sobre la base de lo señalado considero que corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado y, en consecuencia, convalidar en su totalidad la sentencia puesta en tela de juicio. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio y Dra. Adaro. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y MARIO D. ADARO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Conforme lo anterior, corresponde omitir pronunciamiento en este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse como afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Atento al mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de esta Suprema Corte de Justicia de Mendoza, fallando en forma definitiva se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de E. G. G. y convalidar en su totalidad la sentencia.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva federal formulada.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

31- FIGUEROA. 22-07-20.

| | | | | | | | | | | | | | | |
|-----------|-------------|------------|------|-------------------|------------|------------|------------|------------|------------|------------|------------|----------------|---|------------|
| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
| VG | Asc. | NNA | - | PCE IA | - | - | A | - | - | - | - | - | - | 474 |

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200722_FcFPD.pdf

Lex: Art. 119, 3° párrafo, en función del 4° párrafo incs. b y f del CP. Ley 26485.

Vox: VG. NNA. Abuso sexual. Acceso carnal. Vínculo. Convivencia. Amplitud probatoria.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **doce años años de prisión e inhabilitación absoluta** por igual término como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por el vínculo y por el aprovechamiento de la convivencia con una persona menor de dieciocho años (arts. 119, 3° párrafo, en función del cuarto párrafo incs. b) y f) del mismo art., todo del CP)

La **defensa** interpone recurso de casación.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 868, pronunciada por el TPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Voto Dr. Adaro

- Galdeano Reyes. 31-07-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=242>
- Concha, Jesús. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- Merlo Lassa. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf

Voto Dr. Valerio.

- Morales Quiroga.
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Merlo Lassa. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=243>
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>

Voto Dr. Palermo.

- Di Cesare Morales. 26-06-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=156>
- Mejía Salvador. 10-09-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=197>

b-CIDH

- «Castro Castro vs. Perú». Fondo, 25-05-06.
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf
- Caso Rosendo Cantú vs. México. 31-08-10
https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=339

SCJM. Dres.: **Adaro.** Valerio. Palermo

Fallo.

CUIJ: 13-05033456-7/1((018602-33037)) FC/ F. P. D. A. P/ABUSO SEXUAL AGRAVADO POR ACCESO CARNAL. AGRAVADO POR EL VINCULO Y POR SER COMETIDO CONTRA UN MENOR DE 18 AÑOS APROVECHANDO LA SITUACION DE CONVIVENCIA (33037) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105199124*

En Mendoza, a los veintidós días del mes de julio del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05033456-7 caratulada "FC/ F. P., D. A. P/ABUSO SEXUAL AGRAVADO POR ACCESO CARNAL AGRAV. S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, Dr. MARIO D. ADARO, segundo Dr. JOSÉ V. VALERIO y tercero Dr. OMAR A. PALERMO.

La defensa del imputado D. A. F. P. interpone recurso de casación a fs. 473/479 vta. contra la sentencia N° 868 dictada por el Segundo Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción que lo condenó por el delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por el vínculo y por el aprovechamiento de la convivencia con una persona menor de dieciocho años (arts. 119, 3° párrafo, en función del cuarto párrafo incs. b) y f) del mismo art., todo del CP) a la pena de prisión por doce años con inhabilitación absoluta por igual término.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

El Segundo Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción condenó a D. A. F. P. por el hecho atribuido en el requerimiento acusatorio fiscal, esto es que «[...] en fecha no determinada pero entre los años 2016 y el día 19 de abril de 2018, en las inmediaciones del domicilio ubicado en el Barrio ..., Manzana ... casa ... de ..., ...; D. A. F. P., alias G..., accedió vía vaginal en reiteradas oportunidades, a su hija menor [M.F.], desde los 13 años de edad y hasta la fecha referida, conviviendo ambos en el domicilio mencionado, y perpetrando dichos abusos en distintos lugares de la zona, principalmente dentro del auto propiedad del sindicado, manifestándole en varias de esas oportunidades que si decía algo iba a matar a la madre».

Para así resolver valoró el plexo probatorio incorporado en autos que constó de las declaraciones testimoniales prestadas durante el debate de H. G., D. V. y A. A.; las declaraciones prestadas durante la etapa de investigación de R. M. C. P., J. B. P. C., C. C. D. P., M. L. L. y M. M.; la declaración de la víctima prestado en Cámara Gesell; y toda la prueba instrumental y pericial detallada a fs. 466 de la sentencia.

2.- Recurso de casación

A fs. 473/479 vta. la defensa de D. A. P. F. interpone recurso de casación contra la sentencia de condena de conformidad con lo previsto en el art. 474 inc. 2° en función del art. 155, ambos del CPP; como así también con los arts. 14, primer párrafo, 5° del PIDCP, 8.2 h) de la CADH y 75 inc. 2° y 28 de la CN.

Afirma que la sentencia no cumple con la logicidad necesaria para sustentar una condena por ser arbitraria y perjudicial, en virtud de no haberse valorado correctamente la prueba producida durante el debate y no haberse adquirido la certeza necesaria para resolver como lo hizo el a quo.

Estima que debía meritar la totalidad del plexo probatorio en su conjunto y no analizar individualmente parte de la evidencia y descartar otra de forma injustificada. Así, concluye que el hecho no se encontraría probado y solicita la absolución del su representado.

Cuestiona la valoración de la retractación de la víctima y sostiene que las consideraciones de presiones familiares y falta de contención materna, expresadas en la sentencia condenatoria, no condicen con los informes psicológicos practicados a la niña después de la denuncia.

De forma subsidiaria, alega que no se encuentra probada la modalidad de abuso que ha sido atribuida, es decir, el acceso por vía vaginal.

Asevera que el análisis genético de la remera aportada por la denunciante no permite inferir la modalidad imputada y que el testimonio del Dr. Agasso tampoco la acredita.

Por último, hace reserva de caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

A fs. 488/490 dictamina el Procurador General en relación con el recurso de casación interpuesto por la defensa. Considera que procede formalmente por ser el medio de impugnación propio de la defensa del imputado, con un interés concreto en su objeto y específica indicación de agravios. Sin embargo, lo descarta sustancialmente y propicia la confirmación de la sentencia.

Afirma que el a quo efectuó un análisis global de la prueba aportada en autos, con especial referencia a la declaración de la víctima y las características particulares que presentaba, como es la retractación. Destaca que el sentenciante evaluó cada elemento de lo expresado en las declaraciones testimoniales que lo llevaron a concluir, luego de cotejar lo manifestado con el resto del plexo probatorio, que los hechos ocurrieron como surgen de la elevación a juicio.

Entiende que las pruebas detalladas en la sentencia son numerosas y claves para determinar la autoría y han sido pertinentes y útiles para acreditar el hecho de la forma relatada por la víctima, por lo que la tesitura defensiva no posee apoyatura en datos objetivos ni en la realidad probatoria de la causa por lo que debe ser desestimada.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Luego de analizar el recurso impetrado, el dictamen fiscal y todo el plexo probatorio incorporado en el debate, estimo que no corresponde hacer lugar al recurso de casación planteado por la defensa.

Ello en razón de los argumentos expuestos a continuación.

De manera inicial entiendo que la motivación de la sentencia es suficiente para su mantenimiento como acto jurisdiccional válido, no adoleciendo de falencias que impliquen su anulación.

A la luz de la reiterada jurisprudencia pronunciada por esta Sala para conllevar tal extrema solución los defectos del acto jurisdiccional deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros), lo que en la especie no ocurre.

En lo que refiere al núcleo de la crítica casatoria, debo destacar que los argumentos que lo componen son una reiteración de parte de los alegatos finales que fueron debidamente tratados por el a quo en la sentencia, sin aportar nuevos razonamientos.

La defensa cuestiona en el recurso dos líneas argumentativas diversas. La primera gira en torno a la valoración probatoria efectuada por el magistrado de instancia anterior, por estimarla arbitraria y no haber tenido presente el plexo probatorio global aportado en autos.

En este punto, discurre con la valoración judicial de lo expresado por la víctima y con su retractación.

La segunda, de forma subsidiaria, centra su análisis en la modalidad de comisión del abuso atribuida y cuestiona que se haya probado el acceso por vía vaginal durante la investigación y el debate.

Ahora bien, entiendo pertinente destacar ciertos extremos antes de ingresar a analizar los agravios específicos presentados por la defensa, en concordancia con lo que vengo afirmando en materia de delitos contra la integridad sexual que afectan a mujeres menores de edad.

En este sentido, en el precedente **«Concha, Jesús»** sostuve que la víctima «es titular de una doble protección jurídica: por ser mujer y niña. Se trata entonces de una doble condición de vulnerabilidad que la atraviesa, por cuanto cada una de dichas condiciones demandan una especial protección por parte de todos los agentes de la organización estatal a fin de prevenir la violencia de la que históricamente han sido objeto; y de los operadores del Derecho, quienes tienen la obligación de ser diligentes en la investigación, imprimiendo en el análisis de estos casos una lectura desde el enfoque de género, con el objeto de brindar una solución justa en cada caso».

Por su parte, allí destacué que se encuentra entre los compromisos asumidos por el Estado argentino el asegurar un efectivo acceso a la justicia (arts. 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), particularmente en lo que respecta a la garantía de acceder a una investigación penal seria respecto un delito cometido en ámbitos de incumbencia del SIDH.

Considerando, a su vez, que la investigación criminal realizada acorde a los mandatos de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos funge como una medida de reparación para la víctima y sus familiares y como una garantía de derecho a la verdad.

En esta misma línea, entiendo pertinente resaltar que la Corte IDH y la CIDH han sostenido que el derecho a la verdad se vincula de manera directa con los derechos a las garantías judiciales y de protección judicial, los cuales se encuentran establecidos en los artículos XVIII y XXIV de la DADH, así como en los artículos 8 y 25 de la CADH (Cfr. Informe CIDH, Derecho a la verdad en las Américas, 13 de agosto de 2014, párr. 66). Como bien expuse en ese precedente, este «compromiso implica que el Estado tiene la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para investigar seriamente lo sucedido y, en su caso, sancionar a los responsables de los hechos. Este derecho no sólo pertenece a la víctima y sus familiares, sino también a la sociedad en su conjunto, cuando se han vulnerado derechos humanos», como bien lo viene especificando la Corte de IDH desde el **«Caso Bámaca Velázquez vs. Guatemala»**.

Así, ya he afirmado que «[e]n pos de lograr tal objetivo, la Corte IDH ha determinado que las autoridades encargadas de las investigaciones tienen el deber de asegurar que en el curso de las mismas se valoren los patrones sistemáticos que permitieron la vulneración a los derechos y garantías reconocidos en las convenciones.

Sostuvo también que, para garantizar su efectividad, las investigaciones deben ser conducidas tomando en cuenta la complejidad de este tipo de hechos y de la estructura en la cual se ubican las personas probablemente involucradas en este tipo violaciones, de acuerdo al contexto en que ocurrieron, evitando así omisiones en la recaudación de prueba y en el seguimiento de líneas lógicas de investigación (Cfr. Informe CIDH, Derecho a la verdad en las Américas, 13 de agosto de 2014, párr.78)».

Por ello es relevante en casos como el de autos, y con el fin de tener una mayor comprensión de la problemática que abarca, que debamos «[...] analizar el tema a partir de dos premisas fundamentales: i) la violencia sexual contra niñas y mujeres es una de las manifestaciones más claras de una cultura patriarcal que fomenta el control del cuerpo y la sexualidad de las mujeres; y ii) que los patrones de discriminación estructural que padecen las mujeres proveen el escenario donde se reproduce y fomenta

la violencia sexual (cfr. **CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; parr. 17**)».

Así, para brindar una solución justa para el caso en cuestión debemos imprimir en su análisis una lectura desde el enfoque de género. Debe tenerse en cuenta al respecto que la violencia ejercida contra las mujeres en razón de su género ha merecido un especial amparo, a nivel supranacional a través de la «La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer» (Convención de Belém do Pará), a la cual adhirió nuestro país de manera soberana mediante la sanción de la ley N° 24.632, en donde se establecen las obligaciones del Estado respecto de la erradicación de la violencia de género.

Del mismo modo, las **100 Reglas de Brasilia sobre el Acceso** a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, adoptada durante la Cumbre Judicial Iberoamericana por los presidentes de las Supremas Cortes de Justicia, y aprobada por esta Corte mediante Acordada N°24.023, tiene por objeto garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad y, entre ellas, a las mujeres, niñas y niños que forman parte de la población vulnerable por hallarse discriminadas en razón de su género.

A ello cabe agregar lo que vengo sosteniendo desde el **precedente «Galdeano Reyes»** acerca de que la ley nacional 26.485 ha establecido criterio de interpretación de la prueba que importan un compromiso para el juzgador de valorar la prueba con perspectiva de género, es decir, con una mirada integral de la problemática, analizando las particularidades que presenta cada contexto en el que se desarrolla el hecho. En este sentido, en afirmé que el art. 16 de ese plexo normativo implica la «garantía de que la investigación se realice bajo un estándar de amplitud probatoria para acreditar los hechos “teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos”, en tanto el art. 31 conmina a los operadores judiciales a que ponderen, en orden a acreditar que el hecho tuvo lugar en un contexto de violencia de género, todas las presunciones que se construyan a través de indicios graves, precisos y concordantes».

Destaqué en el citado precedente que «[l]a jurisprudencia tanto en el sistema interamericano como a nivel nacional ha construido paulatinamente los lineamientos o estándares en la interpretación de la prueba en materia de género, reflejando en su análisis una visión integral de la temática y la especial ponderación del testimonio de la víctima».

Así como la Corte IDH ha receptado esta problemática por primera vez en el caso «**Castro Castro vs. Perú**», en donde meritó el testimonio de la víctima como «necesario y suficiente» para la determinación de los hechos, reiterando esta postura en los casos «**Rosendo Cantú e Inés Fernández Ortega vs. México**».

Sentado cuanto precede, considero que el tribunal sentenciante ha interpretado en forma satisfactoria los estándares probatorios delineados tanto en el sistema interamericano como en el orden nacional, en tanto para la acreditación de los hechos constitutivos de la agresión sufrida por la niña, ponderó todas las pruebas indiciarias bajo los parámetros de valoración que impone la temática en estudio. Por último, y como sostuve en el **precedente «Concha, Jesús»** «entiendo que una sentencia justa y dictada en tiempo razonable que ponga de manifiesto la verdad de los hechos, y la individualización y castigo de sus responsables constituye per se una medida de reparación para la víctima y, en casos como el presente, para sus familiares».

«En este sentido, la CIDH entendió que forma parte del derecho a la reparación por violaciones de los derechos humanos, en sus modalidades de satisfacción y garantías de no repetición, el derecho que tiene toda persona y la sociedad a conocer la verdad íntegra, completa y pública sobre los hechos ocurridos,

sus circunstancias específicas y quienes participaron en ellos (Cfr. **CIDH, Informe Nº 37/00, Caso 11.481, Monseñor Oscar Arnulfo Romero y Galdámez, El Salvador, 13 de abril de 2000, párr. 148**)».

Ahora bien, como anticipé, el recurso casatorio cuestiona la valoración aislada y arbitraria del plexo probatorio incorporado autos por parte del magistrado de instancia anterior.

Respecto a ello, en primer término, debo recalcar que la defensa efectúa descalificaciones generales sin especificar qué pruebas han sido dejadas de lado y cómo su valoración –a criterio de la defensa– conllevaría una solución diversa a la concluida por el a quo.

Ello no resulta irrelevante a la hora de analizar críticamente la sentencia de condena debido a que impide llevar adelante la revisión propia exigida por la parte recurrente. La única especificación radica en la forma de valorar la retractación de la víctima, que entiende que no se contrasta con lo acreditado en el debate. Así, critica que se haya considerado que lo expuesto por la adolescente en Cámara Gesell –negando que los hechos denunciados hayan ocurrido– forme parte de un proceso de retractación y que ello se justifique por las presiones familiares recibidas por la adolescente y la falta de contención materna.

Este argumento, ya expuesto por la defensa en sus alegatos, ha sido debidamente tratado durante la sentencia por el magistrado que intervino en el debate oral. Así, el a quo comenzó el análisis probatorio específicamente por el relato de la víctima de autos con especial consideración de las características que presentaba, como son la forma de exteriorización y las consecuencias que implicaron para la adolescente. Ello condice con la importancia que posee en esta clase de delitos lo que pueda aportar la víctima, lo que debe ser valorado con el resto del plexo probatorio incorporado en autos y bajo una perspectiva de género como ya expuse con anterioridad.

En este sentido, acertadamente el magistrado sentenciante tuvo en consideración que el primer develamiento de la adolescente del hecho investigado fue realizado a quien era su suegra y apreció aquello como uno de los indicios de búsqueda de una figura de protección ajena a su grupo familiar cercano.

Asimismo, el a quo aseveró que el relato de los hechos surge de lo que le expresó la víctima a quien por entonces era su novio y a la madre del joven, de lo denunciado por quien entonces era su suegra ante la Dra. González –Jefa de la guardia provincial de la Dirección de Promoción y Protección de Derecho y Asistencia del Menor– en su presencia en la Oficina Fiscal Nº 19 al realizar la denuncia y sus propias manifestaciones en la entrevista preliminar ante el EDeAAs, dirigida por el Dr. Agasso, cuando afirmó que su padre abusaba de ella.

Por su parte, entiendo que es correcto el análisis integral del plexo probatorio efectuado por el juez de debate al considerar que existen indicios para aseverar que forma parte del proceso de retractación de una víctima de abuso sexual intrafamiliar la negación del hecho realizada por la adolescente en su declaración en Cámara Gesell.

Ello ha sido fundamentado en la sentencia no sólo en el develamiento de los hechos a una persona fuera de su círculo familiar cercano sino también en la valoración de las propias declaraciones de la joven en la instancia de Cámara Gesell acerca de las reacciones recibidas por parte del entorno familiar directo luego de que se produjera la denuncia y su padre fuera detenido.

Como bien ha concluido el magistrado de instancia anterior, siguiendo lo manifestado por los peritos especialistas, estas reacciones habrían favorecido sentimientos de culpa y vergüenza en la joven y generaron carencia de redes de apoyo frente a lo sucedido, todo lo cual fue correctamente tenido en cuenta para contextualizar sus expresiones durante la instancia de Cámara Gesell.

En particular, frente al cuestionamiento de la valoración de contención materna, el a quo consideró acertadamente que «...la posible incredulidad por parte de la figura materna, como así también el intento de ésta por obtener el “status quo”, pued[e] resultar devastador para la víctima, ocasionando sentimientos de desesperanza y abandono.

A su vez cuanto más deficitario sea el funcionamiento del adulto protector, mayores serán las consecuencias postraumáticas...». El a quo evaluó pertinentemente todo lo declarado por la madre de la víctima a los fines de contextualizar lo sucedido durante la declaración en Cámara Gesell, en el que detectó serias contradicciones con el resto de las declaraciones manifestadas por M. C. –ex suegra de la víctima y denunciante en autos– y la Dra. González.

Así, concluyó que «[s]u relato, impresiona reticente, emocionalmente distante, propio de alguien que pretende desentenderse de lo sucedido; comprensible, en este aspecto si se quiere, teniendo en cuenta que los involucrados son su marido y su propia hija y que debió hacerse cargo del sostén económico de su grupo familiar, incluso con un niño recién nacido. Sin embargo, no logra conmover en absoluto el valor convictivo de las numerosas pruebas de cargo en que se sustenta la presente sentencia y que dan por cierto los hechos que se le enrostran al acusado».

Por lo que entiendo que el cuestionamiento defensivo no tiene sustento válido para desacreditar el razonamiento del juez al valorar la contención que tuvo la joven luego del primer develamiento del hecho y que explica sus expresiones de retractación en la instancia de Cámara Gesell.

Respecto al planteo esbozado subsidiariamente, es decir, la carencia de material probatorio de la modalidad de abuso atribuida, entiendo que tampoco corresponde hacer lugar.

Ello en virtud de lo ya expuesto respecto a que las declaraciones testimoniales aportadas en autos esclarecen la forma en la que habrían ocurrido los hechos. Así, correctamente el juez de debate consideró que «[l]a declaración de la Sra. M. C. es muy importante en esta causa, porque ella brinda un detalle pormenorizado de lo sucedido. Ella inmediatamente luego de que [M.F.P.] le contara de los reiterados abusos sexuales a los que era sometida por su padre, la llevó a la menor a radicar la respectiva denuncia. Fue la menor la que le dijo que tenía una evidencia de los abusos, la mentada remera cuyo secuestro obra a fs. 05 y que la menor le dijo que llevaba puesta ante[s] del último abuso y que luego la menor guarda en un bolso para ser ofrecida como prueba». También tuvo en cuenta la información aportada por M. C. acerca de cómo sucedían los hechos investigados, según le había contando su por entonces novia –quien los sufriera personalmente–.

En este sentido, el magistrado recalcó en la sentencia los dichos de las testigos según los cuales la joven «tenía relaciones sexuales con [M.F.P.], que se cuidaban pero que a veces ella se le atrasaba y él se sentía re mal porque pensaba que se iba a quedar embarazada de él y era de su padre, porque con su padre no se cuidaba. Que ella le dijo que esa vez que pasó ella se había limpiado con una remera y le dijo que el padre no se ponía nada, que esa noche había dejado todo en la remera».

Además, como bien valoró el magistrado sentenciante, la Dra. H. G. también aportó detalles del hecho investigado. Así, señaló que «debe valorarse sus dichos a la luz de los informes de fs. 28 y 88 evacuados por la Dra. H. G.. Del primero, de fecha 21 de abril de 2018, surge que a la menor se la observa preocupada por la seguridad de sus hermanos y por su progenitora que está embarazada y no puede trabajar. Que el día del hecho delictivo que se investiga su padre la abusó con acceso carnal pero eyaculó fuera de su vagina y por eso ella decidió sacarse la remera y limpiarse con ella, separándola para luego hacer entrega de la misma en la oficina fiscal. Asimismo, en ese informe se hace referencia a lo doloroso que resulta para la menor vivenciar de alguna manera o reconstruir en su mente la penosa y aberrante situación».

Todo lo que surge de estas declaraciones fue contrastado con las pericias realizadas a la prenda de vestir –remera– aportada por la víctima al momento de la denuncia.

Así, correctamente el juez de debate señaló que «el examen de ADN es categórico respecto tanto de la materialidad del hecho y de autoría del imputado».

Concluyó ello a partir del examen agregado a fs. 121 según el cual la remera presentaba antígeno prostático específico (PSA), fosfata ácida prostática (FPA) y cabezas de espermatozoides.

A su vez, el examen de ADN de fs. 207/208 determinó que el perfil genético hallado era compatible con D. A. F. P. y la víctima. Las declaraciones del Dr. M. M. durante el debate destacadas en la valoración de la sentencia aportan mayor claridad aún «precisa que el perfil genético de la evidencia está compuesto mayoritariamente por el perfil genético femenino y mayoritariamente por el masculino, esto hace difícil que el perfil femenino provenga de células epiteliales o de contacto.

Que los perfiles genéticos de células epiteliales o de contacto por lo general tienen muy poca cantidad de ADN que lo hacen prácticamente imperceptible. En caso de que las células epiteliales se encontraran en la misma mancha junto con la muestra de semen el perfil mayoritario pertenecería a este último y no al de las células epiteliales y en esta muestra hay perfil de la víctima mayoritariamente».

En consecuencia, entiendo que la sentencia ha sido fundada sólidamente en el plexo probatorio incorporado en autos y que es correcta la conclusión a la que ha arribado el magistrado sentenciante respecto a la existencia del hecho en la modalidad en la que atribuyo el representante del Ministerio Público Fiscal y la autoría de D. A. F. P. sobre el mismo.

Por tales razones y con opinión concordante del señor Procurador General, considero que debe contestarse de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN EL DR. JOSÉ V. VALERIO, POR SU VOTO, DIJO: Comparto las conclusiones a las que llega mi colega de Sala preopinante en cuanto a la improcedencia sustancial del recurso interpuesto. Ahora bien, en relación a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género entiendo oportuno remitirme a lo que he referido en los precedentes «**Morales Quiroga**», «**Cruz Caporiccio**», «**Ojeda P.**», «**Vázquez Tumbarello**», «**Narváez Videla**» y «**Brancello Urbón**».

En particular, como expuse en «**Ojeda P.**» «[...] comparto que aquella concepción según la cual la perspectiva o visión de género es una “categoría analítica que toma los estudios que surgen desde las diferentes vertientes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma, cuestionar los estereotipos y elaborar nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad al servicio de la igualdad y la equidad” (UNICEF, “**Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas**”, Buenos Aires, 2017).

Destaco la idea de igualdad contenido en la definición en tanto se encuentra no sólo consagrada expresamente en el texto constitucional (art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza), sino, también, en el ámbito de la normativa internacional. Así, entre otros, la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” - Belem Do Pará- , garantiza que toda mujer tiene “el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley” (art. 4, inc. “f”). En esa misma oportunidad destacué que «[...] en nuestro ordenamiento interno, la ley nacional 26.485 es una norma orientada pura y exclusivamente a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las “mujeres”.

En tal sentido, entre sus objetivos primordiales, el propio texto promueve y garantiza “la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida”, “el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia”, “las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos”, como también, “la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres”(art 2, inc. a, b, c y e respectivamente)».

Así, «[...] ese texto normativo vino a imponer un verdadero “deber jurídico” para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas. Sus destinatarios directos son aquellos sujetos que integran los órganos decisores en el marco de los procesos judiciales penales, ya sea por el lado de quienes resultan facultados para disponer sobre el curso de investigación, como también, respecto de quienes son los encargados de su juzgamiento».

Ese deber jurídico no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley. «Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que «[!]os organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativos, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional... los siguientes derechos y garantías: i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son su naturales testigos [...]» (art. 16)».

Junto a esta norma aparecen las disposiciones del art. 31 en cuanto establece el principio de «libertad probatoria». En función de lo señalado, agregué en el mencionado precedente que «[...] el texto legal vigente no introduce un nuevo método de valoración probatoria para los casos de violencia de género, puesto que siempre la prueba debe valorarse conforme al sistema de la sana crítica racional (**art. 206 y 409 del CPP**)».

Con lo cual, las referencias de la legislación vigente sobre esta cuestión se justifican ante la necesidad de evitar que los órganos jurisdiccionales decisores puedan apartarse en sus resoluciones del contexto fáctico que resulta propio a este género de conductas delictivas.

De este modo, «[...] el acierto de la ley consistió en establecer, en forma igualitaria, un método de valoración que evite la discriminación que en ocasiones ocurría por prácticas derivadas de la cultura jurídica patriarcal inquisitiva, que se transformaron en consuetudinarias, y que era necesario erradicar. Repárese que es la propia Convención Belem Do Pará donde se fija, como un deber de los Estados el “tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer” (art. 7, inc. “e”).

Ello no resulta novedoso para la labor jurisdiccional, puesto que siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba – objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento. Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto.

Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas».

Conforme a ello «[...] es el contexto en el que se inserta el hecho delictivo el que viene a determinar el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio. Es por ello que en los casos de violencia

contra las mujeres el testimonio de la víctima ostenta un valor fundamental en la comprobación de los extremos de una imputación delictiva, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la responsabilidad penal derivada del mismo».

Es por todo ello que concluí en aquella oportunidad que uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo. A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables.

En razón de las consideraciones señaladas, considero que aquel método de valoración no resulta novedoso para la labor jurisdiccional, puesto que siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba –objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento.

Por su parte, en el **precedente «Vázquez Tumbarello»** destaqué la relevancia de la ley 27.499 «Ley Micaela», en tanto dispuso la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra la mujer, para todas las personas que desempeñen la función pública, en cumplimiento del objetivo señalado. En este mismo orden, corresponde también mencionar la Acordada n° 29.318 y su anexo «Programa de capacitación permanente para la incorporación de la perspectiva de género en el marco de la Suprema Corte de Justicia» del 3 de septiembre de 2019, instrumentos que en aras del principio de igualdad y de la prohibición de discriminación, dispone una serie de acciones concretas para asegurar la igualdad real en las relaciones interpersonales. Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto.

Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas. En definitiva, considero que la trascendencia de la ley 26.485 radica no en conformar un estatus jurídico distinto aplicable a la mujer, sino que mediante la capacitación dirigida a los funcionarios públicos y, en lo que aquí interesa a funcionarios y magistrados del poder judicial, se otorgue una nueva perspectiva para valorar los elementos probatorios.

Esto es una mirada llevada a cabo bajo el prisma de la igualdad consagrada en la normativa nacional, despojada de estereotipos y prácticas relacionadas con la cultura jurídica patriarcal-inquisitiva, plasmada en usos y costumbres que importaron e importan prácticas que impiden poner en contexto los medios convictivos al momento de su ponderación (como expresé en **«Narvárez Videla»**).

En este sentido, en el **precedente «Brancello Urbón»** concluí que de no proceder de esta manera estaríamos recreando la sociedad estamental –con características propias– del Estado premoderno, lo que implicaría una vulneración del principio de igualdad –consagrado en el art. 16 de la CN y 7 de la CM–, el que, a su vez, constituye uno de los pilares de la República Federal.

Estas consideraciones, como adelanté, las entiendo plenamente aplicables al caso por cuanto nos encontramos frente a un supuesto de violencia de género en donde el tribunal de instancia anterior ha tenido en cuenta los parámetros antes referidos al momento de la ponderación contextual de los elementos de prueba obrantes en la causa, particularmente la declaración de la víctima y todo el material probatorio que agrega credibilidad. Ello conlleva al rechazo, en esta instancia, del recurso interpuesto por la defensa por lo que considero que debe contestarse de manera negativa la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN EL DR. OMAR A. PALERMO, POR SU VOTO, DIJO: Comparto las conclusiones a las que llegan mis colegas de Sala preopinantes en cuanto a la improcedencia sustancial del recurso interpuesto. Ahora bien, en relación a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género entiendo oportuno remitirme a lo que he expuesto en los precedentes «**Di Cesare Morales**» y «**Mejía Salvador**».

Así, he esbozado en dichos precedentes que la normativa nacional e internacional impone la incorporación de la perspectiva de género al momento de ponderar el plexo probatorio de autos y atribuir la calificación jurídica correspondiente a los hechos denunciados en casos en los que una mujer es víctima de violencia sexista, siendo la violencia sexual un claro ejemplo de ello.

En este sentido, una perspectiva integral en relación a los criterios de interpretación, establecidos en la Ley 26.485 (Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales), exhorta a los operadores judiciales a que al momento de tener por acreditado un hecho ocurrido en contexto de violencia de género, valoren todas las presunciones que se construyan a través de indicios graves, precisos y concordantes («**Mejía Salvador**»).

Particular atención se debe prestar al considerarse las posibles variaciones en que puede incurrir una víctima de violencia de género al prestar declaración testimonial.

Así, entiendo que sus manifestaciones deben especialmente ser articuladas con el resto de los elementos probatorios incorporados en autos «[...]y, dadas las circunstancias del caso, con su interpretación en el marco de un contexto de violencia de género» («**Di Cesare Morales**»).

Además, he afirmado que en caso de retractaciones, como ocurre en el caso de autos, «el desgravamiento de la víctima en los delitos sexuales no basta, una vez instada la acción, para liberar de responsabilidad al acusado, salvo que su retractación se articule con otros elementos de convicción» y que el magistrado sentenciante debe expresar las razones de forma fundada según las cuáles cree o descrea de cada una de las declaraciones de la víctima durante la investigación y el debate («**Di Cesare Morales**»).

En este sentido, considero que el a quo ha analizado detalladamente todo el plexo probatorio incorporado en autos y valorado las expresiones de la joven víctima correctamente al tomar en consideración su manifestación en la primera entrevista ante el EDeAAS, todas las declaraciones testimoniales que esbozan el hecho y las pericias sobre la prenda de vestir aportada al momento de la denuncia, para así darle sentido a lo manifestado por [M.F.P.] en la instancia de Cámara Gesell y concluir que forma parte de un procedo de retractación.

En consecuencia, comparto la conclusión a la que arriban mis colegas de Sala, y estimo que corresponde confirmar la sentencia de grado cuestionada. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los Dres. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los Dres. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de D. A. F. P..
- 2.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 3.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 4.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

32- GARRIDO. 29-07-20.

| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
|-----------|----|------------|------|------------|---------|---------|----------|---------|---------|---------|---------|-------------|---|------------|
| VG | - | NNA | - | PCC | - | - | A | - | - | - | - | - | - | 474 |

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200729_FcGOJ.pdf

Lex: Art. 119, 1° párrafo, 26 del CP.

Vox: VG. NNA. A.S.I.. Abuso sexual simple.

Summa:

La Excma. **Segunda Cámara del Crimen** -2° CJ condenó al señalado a la pena de **seis meses de prisión con los beneficios de ejecución condicional** (art. 26 del C.P.) como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual simple (art. 119 primer párrafo del Código Penal)

La **defensa** interpone recurso de casación.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1353 (20-09-17), pronunciada por la Segunda Cámara del Crimen - 2° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Voto Dr. Valerio.

- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>
- Brancello. 05-03-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200305_FcBUD.pdf
- Teves Lucero
- Italiani

SCJM. Dres.: **Valerio.** Adaro. Palermo. (Licencia).

Fallo.

CUIJ: 13-04264691-6/1((020502-5280)) FC/ G. O. J. A. P/ ABUSO SEXUAL SIMPLE A M. L. C. M. (5280) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104336250*

En Mendoza, a los veintinueve días del mes de julio del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04264691-6/1, caratulada “FC/G. O., J. A. P/ABUSO SEXUAL SIMPLE S/CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado con lo determinado quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores ministros del tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. MARIO D. ADARO, y tercero el DR. OMAR A. PALERMO.

A fs. 147/151 vta., la defensa técnica del acusado interpone recurso extraordinario de casación contra la Sentencia N° 1.353 de fecha 20 de setiembre de 2.017 (fs. 132 y vta.) y sus fundamentos (fs. 133/143) en cuanto condena al nombrado a la pena de seis meses de prisión con los beneficios de ejecución condicional (art. 26 del C.P.) como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual simple que se le atribuye en el marco de los autos N° 5.280 (art. 119 primer párrafo del Código Penal); pronunciamiento dictado por la Segunda Cámara del Crimen de la Segunda Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

La sentencia de la Segunda Cámara del Crimen de la Segunda Circunscripción Judicial, en Sala Unipersonal N° 2 a cargo de la Dra. María Eugenia Laigle, llegó a la certeza necesaria para condenar al acusado G. O. por el delito y en la medida individualizada ut supra.

Para así resolver, el tribunal a quo tuvo por acreditada la base fáctica contenida en la acusación fiscal (fs. 93/96), donde se acusa al imputado del siguiente hecho: «En el distrito de ..., para fecha 13 de diciembre de 2.015, entre las diecisiete y las diecinueve horas, en circunstancias en que la menor M. L. C., de 12 años de edad se apersonó en el domicilio del imputado J. A. G., ubicado a unos cien metros de su domicilio, en calle ..., el cual se encontraba a solas, y aprovechándose de la escasa edad de la menor, la hizo entrar a su casa, la sentó en sus piernas –falda–, y posteriormente le tocó sus pechos, y la besó en la boca, realizando de esta manera un acto de tocamiento sobre las partes pudendas de la menor víctima y de acercamiento de carácter sexual».

2.- El recurso de casación

Contra ese acto procesal, la defensa del enjuiciado interpuso recurso extraordinario de casación, ello con motivo en las previsiones del art. 474 inc. 2° del Código Procesal Penal, alegando inobservancia de las normas previstas bajo pena de inadmisibilidad, caducidad o nulidad.

Manifiesta que los vicios del razonamiento judicial se originan en que muchas de las premisas fácticas –objetivas y subjetivas– señaladas por el a quo como presupuestos de atribución de responsabilidad jurídico-penal, carecen de respaldo probatorio, lo que supone un déficit de fundamentación por violación al principio de razón suficiente; por lo que solicita se declare la nulidad de la sentencia cuestionada conforme lo prevé el art. 416 incs. 3° y 4° del C.P.P., y se ordene el reenvío de las presentes actuaciones al subrogante legal para la sustanciación de un nuevo juicio.

Alega que las pruebas incorporadas en autos no permiten arribar al grado de certeza requerido para condenar, debiéndose aplicar el principio de in dubio pro reo. Desde esta perspectiva, refiere:

a.1.- al declarar en cámara Gesell, la menor no dijo que el imputado la hubiera tocado, sino que refirió no acordarse de lo sucedido; que así se desprende del material fílmico de reproducido durante el debate y su transcripción literal agregada a fs. 43.

Aquella expresión de la niña que fuera utilizada por el tribunal para incriminar al acusado, habría surgido de una entrevista previa a su declaración, la que estuvo a cargo de la licenciada Peralta, aspecto que impide su valoración ya que no tiene la entidad suficiente para conferirle el carácter de declaración testimonial prestada ante la autoridad judicial.

a.2.- los hechos que resultaron acreditados en la sentencia no guardan coincidencia con el relato de la menor, quien tampoco mencionó que el imputado la hubiera subido sobre su falda, tocado los pechos o besado en la boca.

a.3.- ninguno de los progenitores de la niña fueron testigos directos del hecho; ambos tomaron conocimiento de lo sucedido a través de los dichos del hijo y de la esposa del acusado; a lo que agrega que el padre de la menor negó que ésta les haya contado que G. la había tocado, porque es muy vergonzosa.

a.4.- los testimonios de las psicólogas que trataron a la menor resultaron desnaturalizados en debate, por cuanto afirmaron que podía interpretar sola y que existían muchas hipótesis posibles sobre el contenido sexual del hecho, que pudo ser que ésta le haya dado connotación sexual o no.

a.5.- ni la esposa ni el hijo del acusado declararon ante la autoridad judicial; mientras la primera –H. R.– no compareció al debate, dejándose constancia que se iba a abstener de declarar conforme la facultad que le confiere el art. 233 del C.P.P., el segundo –A. G.–, ni declaró ni fue ofrecido como prueba por la fiscalía (fs. 104), pese a lo cual, su testimonio fue valorado por el a quo.

a.6.- la sentencia es arbitraria porque valora la declaración efectuada por la esposa del imputado en la denuncia pese que la misma no fue corroborada en sede judicial, violándose de ese modo, el debido proceso y el derecho de defensa en juicio, al no existir contradictorio respecto de esta prueba de cargo.

Formula reserva del caso federal.

3.- El dictamen del Procurador General

A fs. 175/176 vta., el señor Procurador General, tras reproducir los agravios formulados y evaluar la procedencia del recurso de casación interpuesto por la defensa del imputado, aconseja su rechazo y la confirmación de la sentencia recurrida.

Considera que la defensa pretende una revisión ex novo de lo que ya ha sido tratado en el debate y sometido al contradictorio, mediante la reiteración de la posición defensiva sin poder romper el cuadro probatorio e indiciario colectado y valorado.

Señala que la dificultad en la reconstrucción histórica del hecho, por sus particularidades, determinó que el tribunal recurra a los testimonios de quienes lograron que la menor, que presenta un grave retardo mental (calculado en 5 a 6 años) expresara algo de lo que le ocurrió, lo que hizo con su madre y con la Licenciada Peralta en una entrevista previa al abordaje oficial del CAI.

Menciona que el tribunal otorgó credibilidad al testimonio de la madre de la menor, del que extrajo el material principal para reconstruir el hecho, basándose asimismo en las declaraciones de los actuantes, que recibieron las manifestaciones espontáneas de la mujer del imputado, quien les indicó que la tenía sentada en la falda y le estaba tocando los pechos, testimonios indirectos que, por el contexto que rodea a la notitia criminis, permite corroborar su contenido.

Concluye en que no existen dudas sobre la existencia material del hecho denunciado, y que la estrategia de la defensa de separar y tratar de anular elementos probatorio e indiciarios cargos para establecer una duda de la autoría, no afecta la eficacia de la fundamentación del fallo.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso de casación interpuesto debe ser rechazado en tanto no logra desvirtuar la validez de la sentencia condenatoria que aquí se cuestiona. Paso a explicarlo.

Tal como surge del escrito recursivo, los agravios esbozados por el impugnante giran en torno a la valoración –a su juicio– arbitraria de los elementos de prueba incorporados al proceso, en desmedro del principio de inocencia previsto en el art. 2 del C.P.P..

Sin embargo, verificadas –con base en la compulsas de las constancias de la causa– las premisas que subyacen a la conclusión de culpabilidad del a quo, adelanto que este tramo de los agravios defensivos no pueden prosperar.

En efecto, en la sentencia no sólo se advierte un minucioso análisis de la hipótesis acusatoria, la cual entiende debidamente comprobada, sino también, un estudio pormenorizado de la hipótesis defensiva, la cual es refutada con numerosos – y convincentes– argumentos.

4.1. De manera preliminar, corresponde destacar que nos encontramos dentro de un ámbito de comportamientos delictivos con particularidades fácticas que necesariamente repercuten en el modo en que ellos deben ser probados en el marco de un proceso judicial penal.

Sobre ello me he pronunciado con anterioridad al analizar pormenorizadamente aquellos aspectos vinculados a la perspectiva que debe asumir en la valoración probatoria de los casos que presentan matices similares al sub iudice (ver al respecto «**Teves Lucero**», «**Italiani**», «**Cruz Caporiccio**»; y más recientemente, «**Ojeda Pérez**»; «**Vázquez Tumbarello**»; y «**Brancello**», entre otros).

No obstante ello, estimo oportuno reiterar, como bien lo apunta el tribunal de instancia anterior en los fundamentos que acompañan el fallo impugnado (ver fundamentos, fs. 470 vta./471), que el objeto del presente proceso se trata de conductas que, la mayor de las veces, suceden en ámbitos de absoluta intimidad, al margen del conocimiento o intervención de terceras personas, por lo que es poco usual contar con otros testigos directos del hecho además de la víctima.

Por tal motivo, el testimonio de ésta adquiere un valor fundamental como prueba en el proceso. En el presente caso, y en lo que a la ponderación de los diversos elementos prueba se trata, es necesario destacar que no sólo nos encontramos frente a una víctima mujer, sino que, además, es menor de edad. Ello genera que se encuentre doblemente protegida por el Estado por pertenecer al colectivo de personas que cuentan con esta doble protección especial.

Así, tratándose de una víctima menor de edad, estimo que constituye una regla de la experiencia común que el relato de un niño o niña no puede ser objeto de un control de logicidad con la misma estrictez que el de un mayor de edad.

Lo dicho se encuentra en plena sintonía con las directrices instituidas en documentos internacionales dictados en el marco de la ONU en materia de prevención del delito y justicia penal, que consagran –entre otras cuestiones– la fiabilidad de la declaración del niño en los procesos judiciales, destacando su derecho a ser tratado como testigo capaz y a que su testimonio se presuma válido y creíble, salvo que se demuestre lo contrario y siempre que por su edad y madurez pueda declarar en forma inteligible y creíble (conf. Directrices sobre la justicia para los niños víctimas y testigos de delitos, Consejo Económico y Social, Res.

2004/27 del 21/7/04, ap. II. B.18; Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos, Consejo Económico y Social, Res. 2005/20 del 22/7/05, ap. VI.18; Ley modelo sobre la justicia en asuntos concernientes a menores víctimas y testigos de delitos, de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito –UNODC–, en colaboración con el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia – UNICEF– y la Oficina Internacional de los Derechos del Niño, año 2009, art. 20).

Lo apuntado precedentemente resulta consecuencia necesaria del principio del interés superior del niño y su derecho a ser oído, ambos amparados por la Convención de los Derechos del Niño, instrumento que aquellos documentos mencionados anteriormente toman como base.

A lo señalado debe agregarse que cuando estamos frente a comportamientos de violencia sexual contra niñas, niños o adolescentes por parte de quienes tienen respecto de ellos una cierta vinculación o ascendencia vincular, también esa circunstancia debe ser considerada en el abordaje jurisdiccional de valoración de la prueba.

Ello en tanto, a lo traumático de lo experimentado, debe sumarse que la víctima no siempre se encuentra en las mejores condiciones de expresar lo que sufre, justamente por esa dependencia emocional que genera el hecho de que la persona responsable integra su «grupo de confianza». Por otra parte, revistiendo la víctima la condición de mujer, se impone el deber jurídico de juzgar con perspectiva de género. Lo dicho resulta derivación de las obligaciones asumidas por nuestro Estado al suscribir la Convención Interamericana para prevenir sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (más conocida como la "Convención de Belém Do Pará" y aprobada por Ley 24632).

Dicho instrumento supranacional fija el estándar de la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer (art. 7 inciso "b"), directrices que se plasmaron a su vez en la Ley 26.485 («Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales»), que fija entre sus objetivos el promover y garantizar el derecho a la mujer a vivir una vida sin violencia (art. 2), y específicamente a preservar su «integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial» (art. 3 inc. c).

De tal manera, «ese texto normativo vino a imponer un verdadero “deber jurídico” para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas.

Sus destinatarios directos son aquellos sujetos que integran los órganos decisores en el marco de los procesos judiciales penales, ya sea por el lado de quienes resultan facultados para disponer sobre el curso de investigación, como también, respecto de quienes son los encargados de su juzgamiento». Ese deber jurídico no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley.

Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que «los organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativos, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional ... los siguientes derechos y garantías: i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son sus naturales testigos ... (art. 16)». Por ello, «uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo.

A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables» (ver «Ojeda Pérez»). Además, tal como destacó en el precedente «Vázquez Tumbarello», la relevancia de la ley 27.499, denominada «Ley Micaela», en tanto

dispuso la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra la mujer para todas las personas que desempeñen la función pública, en cumplimiento del objetivo señalado.

En coincidencia con aquella normativa la Acordada n° 29.318 de esta Suprema Corte de Justicia, y su anexo «Programa de capacitación permanente para la incorporación de la perspectiva de género en el marco de la Suprema Corte de Justicia».

Así, con fundamento en el principio de igualdad y la consecuente prohibición de discriminación, se dispusieron una serie de acciones concretas para asegurar la «igualdad real» de las mujeres en sus relaciones interpersonales.

En conclusión, entiendo que la trascendencia de la ley 26.485 radica no en conformar un estatus jurídico distinto aplicable a la mujer, sino que mediante la capacitación dirigida a los funcionarios públicos y, en lo que aquí interesa, a funcionarios y magistrados del poder judicial, se otorgue una perspectiva para valorar los elementos probatorios bajo el prisma de la igualdad consagrada en la normativa nacional.

Ella debe estar despojada de estereotipos y prácticas relacionadas con la cultura jurídica patriarcal-inquisitiva, plasmada en usos y costumbres que importaron, e importan, prácticas que impiden poner en contexto los medios convictivos al momento de su ponderación.

Conforme lo expuesto, puede señalarse que en casos como el analizado, tal como lo ha realizado el magistrado de la instancia anterior, al momento de valorarse la prueba obrante en el proceso, es necesario considerar las normas dirigidas a la protección de la mujer, así como de niños, niñas y adolescentes previstas, de acuerdo a las particulares dificultades probatorias que generan los delitos sexuales. Ello, sin dejar de considerar el valor de la garantía de la defensa en juicio de toda persona sometida a proceso, de tal manera que la solución que se adopte no penetre por debajo del valladar constitucional que implica el principio de inocencia.

4.2. En el marco fijado precedentemente, y del modo en que lo adelantara, estimo que la valoración efectuada por la sentenciante no evidencia la arbitrariedad requerida para ser revertida en esta Sala, conforme las razones que paso a enunciar.

De acuerdo a la entidad de los vicios alegados por el recurrente, conviene aclarar que la función de este Cuerpo consistirá en revisar si los fundamentos de la resolución en crisis resultan ser contradictorios o insuficientes, fruto de una ponderación errónea o ilegal de la prueba o mediante violación a las reglas que impone el sistema de la sana crítica racional; y en tal caso, si corresponde su anulación por la arbitrariedad del pronunciamiento, a la luz de lo regulado por las normas procesales referidas por la defensa –art. 416, incs. 3° y 4° del C.P.P.–.

Sin embargo, de la atenta lectura del fallo y de las constancias de la causa, advierto que la crítica casatoria no resulta ser más que el disenso con las conclusiones a las que llegó la sentenciante, fundado en una valoración probatoria efectuada desde la perspectiva propia de su rol, más no desde una visión integral de los hechos sometidos a juzgamiento y sin aportar razones que avalen la revocación de la resolución que cuestiona. Además, no puede desconocerse que el recurrente viene por esta instancia casatoria, a reeditar todos y cada uno de los argumentos expuestos al tiempo de formular sus alegatos de clausura (v. acta, fs. 130 vta./131), los que fueron debidamente tratados y resueltos en la resolución que hoy cuestiona, sin incorporar fundamentos sólidos y convincentes que habiliten su revocación.

Es que, en esa tarea, el tribunal a quo contó con elementos de prueba suficientes –teniendo en cuenta la naturaleza de los hechos investigados–, de orden objetivo y subjetivo, ofrecidos tanto por el Ministerio Público Fiscal como por la defensa del acusado, para tener por acreditados los hechos y la autoría responsable que le cupo acusado sobre los mismos, en las circunstancias contenidas en la acusación.

Como se desprende de los fundamentos en estudio, no sólo tuvo en cuenta la entidad de cada elemento de prueba en sí mismo sino que, de su confrontación con el resto del cuadro probatorio –acta de procedimiento de fs. 1 y vta., examen médico de fs. 31, informes del C.A.I. de fs. 32, 48 y vta., copia certificada del acta de nacimiento de M.L.C., y las testimoniales recibidas– concluyó que las pruebas legítimamente incorporadas a la causa no hacían más que reforzar la hipótesis acusatoria.

Dicho en otros términos, el sentenciante ha valorado en forma integral el caudal de elementos de prueba incorporados debidamente a la causa para llegar así a la sentencia de condena.

Además, las particulares circunstancias del caso, hacen que la reconstrucción histórica de los hechos tenga una dificultad extra, dada porque la víctima presenta un cuadro de discapacidad intelectual y un contexto situacional que dificulta contar con su declaración como sujeto pasivo del ilícito reprochado, extremo que resulta verificado a través del examen practicado por personal profesional del Cuerpo Auxiliar Interdisciplinario, donde se constató que la menor adolece de un «nivel intelectual significativamente inferior al promedio» que «la expone a situación de vulnerabilidad frente a la incapacidad de comunicarse adecuadamente» (fs. 48).

En segundo lugar, ello justifica el silogismo deductivo seguido por el tribunal de juicio quien, para sortear las dificultades que presenta la reconstrucción histórica de los hechos, acudió a aquellos testimonios de quienes lograron, por diversos canales de comunicación, que la víctima relatara el hecho vivido con el acusado, dentro de lo que resulta esperable de una niña menor de edad, que además presenta un cuadro de grave retardo mental; en ésta línea se destacan los testimonios recogidos de su madre y de la Lic. Peralta del Cuerpo Auxiliar Interdisciplinario, lo que será motivo de análisis en lo que sigue.

Por último, estimo plenamente corroborar las circunstancias modales de los hechos recurriendo a otras fuentes de conocimiento, en particular, a prueba indiciaria; de esta manera, existen buenas razones para asignar razón al razonamiento expuesto por el a quo al valorar un conjunto de indicios que permiten darle sentido a la solución condenatoria arribada en la sentencia, en tanto tampoco el imputado ni su defensor logran ofrecer una versión alternativa que resulte atendible frente al cuadro cargoso incorporado y debidamente valorado.

4.3. Llegados a este punto, conviene ahora ingresar en el análisis particular de los agravios expuestos por el recurrente, alguno de los cuales, por su vinculación, serán tratados de manera conjunta.

4.3.1. La defensa cuestiona que la sentencia valore el testimonio de la madre y del padre de la víctima, cuando no fueron testigos directos del hecho. Sin embargo, estimo que los argumentos defensivos no pueden ser sostenidos en esta instancia por diversas cuestiones. Veamos.

Respecto al testimonio de la Sra. L. F.M. –madre–, el tribunal le asigna un alto valor probatorio para la reconstrucción del hecho, valor que resulta de considerar que según las circunstancias fácticas, se trató de la primera persona con la cual la víctima tuvo contacto directo luego de acaecido el hecho.

Resulta comprobado que la niña, luego del episodio abusivo cometido por G., se fue corriendo del lugar y se dirigió a su casa, en un estado claramente nerviosos, llorando, y que después de ello, le contó a su madre que G., a quien le dice «tío», la había tocado (v. acta procedimiento, fs. 1 y vta.).

Es decir, desde un primer momento de la investigación, sus dichos permiten abonar la hipótesis delictiva cuya noticia, como dato relevante, la brindó el propio hijo del imputado –A. G.–. Resultando motivo de agravio, debe efectuarse una aclaración previa. Si bien resulta cierto que como dice la defensa no conoció el hecho de manera directa, esto es, a través de sus propios sentidos, no puede desconocerse que, por un lado, esto nunca fue negado por la deponente; y por otro, ello no representa per se una limitación insalvable que impida asignarle el sentido cargoso dado por la sentencia.

A mi modo de ver, la circunstancia de que los testigos que han declarado no hayan visto por sí mismos los hechos que motivaron la causa penal, máxime en delitos como el que aquí se investiga, quienes se limitan a repetir lo que escucharon de terceras personas, no invalida sus declaraciones; por el contrario, en aquellos casos en los que no se cuenta con testigos directos, los «de oídas» pueden complementar el cuadro probatorio de que se disponga, sin que tal práctica resulte contraria a las reglas que impone el sistema de valoración de la prueba.

Ahora bien, esta circunstancia genera que el valor probatorio de estos testigos deba ser evaluado teniendo en cuenta las limitaciones que por su propia naturaleza posee.

Considero que la sentenciante ha cumplido con tales exigencias, atribuyéndoles eficacia probatoria a partir de su ponderación conjunta con el resto de los elementos incorporados al proceso –acta de procedimiento (fs. 1 y vta.), declaración durante la instrucción (fs. 12) y en debate (fs. 134 y vta.)–, sumado a la persistencia en el tiempo de su relato incriminatorio, desprovisto de algún tipo de animosidad o ganancialidad en la atribución de responsabilidad al acusado, además de interpretar aquellos datos emergentes de la impresión que causó durante el plenario (v. fundamentos, fs. 138 y vta.) y, especialmente, por la correspondencia de sus términos con las constancias de la causa. Todo lo cual me persuade a descartar el agravio propuesto.

4.3.2. Sobre la crítica a la interpretación del tribunal de las declaraciones de las psicólogas que entrevistaron a la menor, considero que tampoco puede tener acogida favorable en esta instancia. Alega el defensor que los dichos de ambas profesionales quedaron desnaturalizados en debate cuando ambas dijeron que la niña no puede interpretar sola y que hay muchas hipótesis posibles acerca del contenido sexual del hecho.

Sin embargo, considero que la valoración de sus testimonios resulta lógica, razonable y no luce arbitraria ni contradictoria ni padece de ningún otro vicio que la invalide, amén de no haber sido adecuadamente rebatida por la defensa. Si bien el recurrente procura insertar un cuadro de duda sobre la connotación sexual de los dichos de la niña, entiendo que sus apreciaciones resultan ser una reedición de lo que ya fuera expuesto por su parte en los alegatos de cierre (fs. 129 vta.).

En efecto, en esta instancia no agrega nada a lo que ya fuera cuestionado y resuelto satisfactoriamente en la sentencia.

De esta manera, no logro identificar qué segmento de sus declaraciones luce desprovisto de respaldo probatorio, de manera tal de habilitar la construcción de alguna hipótesis diversa a la acusatoria. Respecto de la Lic. Peralta del C.A.I., quien estuviera a cargo de la entrevista previa realizada a la menor, comparto con el a quo que la información que emerge de sus dichos resulta confirmada a través de los restantes testimonios recabados, especialmente de los padres de la menor quienes, entre otras cosas, confirman que su hija les dijo que G. la había tocado.

Sobre este extremo no existe duda alguna. A lo que se suma que fue la propia esposa del acusado quien describió el modo de los tocamientos, asegurándoles a los uniformados que «G. le estaba tocando los pechos», quienes dejaron expresa constancia de sus dichos en el acta de procedimiento cuyo valor no resulta cuestionado (fs. 1).

Con lo cual, más allá del déficit de desarrollo intelectual, lo cierto es que existen serios y contundentes indicios para tener por acreditado que el imputado realizó conductas impúdicas en el cuerpo de la menor; además, no puede desconocerse que pese a sus limitaciones, ella misma pudo contarle lo sucedido a su madre, expresiones en las que no se hallaron indicadores de mendacidad o la intención de perjudicar a su vecino (fs. 135 vta.).

Lo mismo puede decirse del testimonio de la Lic. Díaz Car, que fuera la profesional que dirigió la declaración de la menor en cámara Gesell, no logró obtener datos precisos en relación al hecho. Si bien es cierto que esta durante el debate dijo que lo planteado por el informe de la entrevista previa son hipótesis, no puede soslayarse que ésta audiencia tuvo lugar casi cinco meses después de aquella primera, lo que sumado al déficit de desarrollo intelectual de la niña, justifica que no haya recordado nada del hecho. Sin embargo, ciertas precisiones dadas en su informe de fs. 48, y particularmente de la transcripción de la declaración, como se analizará en lo sucesivo, reviste el carácter de elementos indiciarios para corroborar la verdad de lo acontecido.

Por último, la connotación sexual de los actos de tocamiento surge de las expresiones empleadas por la víctima para relatar a su progenitora el acontecimiento sufrido, de modo casi inmediato a que tuviera lugar; de este modo, si bien pudo no tener conocimientos en materia de sexualidad, el sólo hecho de haber expresado que el acusado le tocó sus pechos y además la besó, de por sí denota el carácter libidinoso de la conducta ilícita investigada.

4.3.3. Con relación al punto anterior, el recurrente señala que el tribunal no debió valorar aquella expresión incriminatoria dada por la menor ya que no tuvo lugar dentro del marco de una declaración testimonial.

Al respecto, cabe señalar que la frase cuestionada fue proferida por la menor en aquella entrevista previa a la declaración en cámara Gesell, donde dijo que «El Polvorita [G.] me tocó y yo me asusté» (fs. 32), ostenta un argumento más dentro de la construcción argumental de la sentencia.

A mi modo de ver, esta circunstancia no resulta obstativa al valor asignado por la sentencia; en este sentido, y más allá de lo cuestionable que puede resultar la técnica de abordaje utilizada por las profesionales intervinientes, no puede desconocerse que en hechos como el presente, con una víctima menor de edad con un grave retraso intelectual, debieron haberse tomado todos los recaudos para recibirle testimonio; esto supone, a su vez, evitar dilaciones innecesarias en el tiempo.

Tal como lo anticipé, si bien en cámara Gesell se mostró reticente a brindar mayor información y precisión sobre lo dicho en aquella entrevista, del desgravado de la declaración pueden apreciarse comportamientos gestuales que permiten acreditar la existencia de situación abusiva descripta (fs. 50 y vta.)

A lo que puede sumarse que la misma profesional que tuvo a su cargo el desarrollo de la testimonial, sostuvo que «Las características de la declaración son concordantes con el desarrollo cognitivo y madurativo de la menor, siendo esperables lagunas de tipo mnémicas frente a situaciones que le generen malestar o tensión», concluyendo que «el hecho de que la menor no lograra recordar lo sucedido ... no implica necesariamente un ocultamiento o invención de lo denunciado» (fs. 48 vta.). Lo dicho anteriormente permite descartar el agravio alegado por la defensa, ya que la actuación del tribunal, en el aspecto cuestionado, no merece reparo alguno que la invalide.

4.3.4. El recurrente manifiesta que la sentencia resulta arbitraria porque valoró indebidamente la declaración de la esposa del acusado contenida en la denuncia, instrumento que no integra el plexo probatorio al no resultar corroborada en sede judicial.

Considero que tampoco le asiste razón al recurrente, en tanto surge de las constancias de la causa que los dichos de la Sra. H. R. T. se hallan insertos, no en una denuncia, sino en el acta de procedimiento labrada por personal policial a cargo del procedimiento (fs. 1).

De este modo, se trata de una prueba instrumental que resultó ofrecida por el representante del Ministerio Público Fiscal (fs. 104) y por la defensa (fs. 107), e incorporada al debate sin oposición de las

partes (v. acta, fs. 129), lo que permite válidamente al tribunal su ponderación como un elemento indiciario más.

Dicho con otras palabras, no se trata de incorporar y valorar como prueba una declaración brindada por un sujeto por fuera del proceso judicial, sin la observancia de aquellas exigencias normativas en cuya vigencia reparan las garantías constitucionales del debido proceso y la defensa en juicio. Sólo se aprecia, como dato indiciario, el relato de un testigo que estaba en el lugar de los hechos cuando arribó el personal policial. Cabe aclarar que esta solución no varía por el ejercicio de su derecho de abstención, conforme lo prevé el art. 233 del C.P.P.

4.3.5. Se critica la plataforma fáctica tenida por acreditada en la sentencia, en tanto se considera que la misma excede incluso aquello que resulta de los dichos de la menor en la entrevista analizada precedentemente, al describir no sólo que el imputado tocó a la menor, sino además que la subió a su falda, le tocó los pechos y la besó en su boca.

No comparto los argumentos que la defensa propone en este apartado, por varias razones: primero, porque a mi criterio, resulta una actitud contradictoria de su parte el restarle valor incriminatorio a la expresión de la víctima, con afirmar simultáneamente que ella impone una limitación fáctica a la conducta endilgada a su asistido; y segundo, no se advierten cuáles habrían sido los motivos que motivaron a la propia esposa del acusado a su incriminación, al relatarle a los uniformados que al llegar a su domicilio lo vio «sentado al lado del televisor y tenía a su vecina menor [la víctima] de apellido C. entre las piernas y le estaba tocando sus pechos» (fs. 1).

Lo propio sobre la madre de la menor quien en un sentido coincidente, afirmó que su hija «me dijo que la había subido en la falda el J. G. que le dicen Polvorita y la había tocado los pechos y la había besado ... estaban solos y justo llegó la señora de él y los vio» (fs. 12), máxime que no se advirtieron indicadores de ganancialidad en sus declaraciones, esto es, que haya estado mintiendo o inventando.

Con lo cual, no existe contradicción entre los hechos acreditados con aquellos que surgen de los elementos de cargo analizados debidamente por el sentenciante.

Además, éstos resultan enteramente coincidentes con los que conforman el objeto de la acusación fiscal (fs. 93/96).

4.3.6. Tampoco a través de la versión defensiva se introduce una duda razonable y atendible, capaz de conmover la contundencia de los elementos de cargo considerados por el tribunal de juicio.

Considero que existen indicios que resultan plurales, graves, concurrentes y concordantes para confirmar la materialidad de los hechos y la autoría del acusado, ya que de ellos se desprenden inferencias convergentes hacia el mismo resultado; por lo que los mismos merecen plena credibilidad y confirman el acierto del tribunal a quo sobre el hecho investigado.

En ese orden de ideas, las circunstancias relatadas por la víctima y por los testigos, con más el hecho no controvertido dado por la presencia del acusado en el lugar el día y la hora señalada, dan por correcta la conclusión arribada por el tribunal.

Además, resulta altamente llamativo la reacción asumida por el hijo y la esposa del enjuiciado al momento de tomar conocimiento del hecho; el primero, dando aviso a la policía, y la segunda, dirigiéndose a la casa de los padres de la menor y contándoles lo ocurrido. Esto último se vincula estrechamente con la precisión brindada por la Sra. H. al describir el cuadro de situación vista al momento de ingresar a su casa, quien detalló las maniobras de tocamiento realizadas por G. sobre partes pudendas del cuerpo de la víctima.

4.3.7. En definitiva, de lo expuesto advierto que el tribunal de juicio llegó a la certeza necesaria – descartando la existencia de un estado de duda razonable – para adoptar la decisión condenatoria que

aquí se cuestiona, plasmando su análisis en una resolución sin arbitrariedades y motivada de una manera lógica y convincente en cuanto a la acreditación del hecho y la intervención culpable del acusado en el mismo.

Por todo ello, y en sentido coincidente con el señor Procurador General, entiendo corresponde contestar negativamente la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado, confirmándose la sentencia impugnada en su totalidad ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Comparto la solución a la que arriba el ministro que lidera el voto preopinante, por cuanto entiendo que el tribunal de sentencia construyó sus argumentos a partir de indicios serios y concordantes, con una mirada integral de la problemática y, particularmente, consideró la especial situación de vulnerabilidad de la víctima.

No obstante ello, entiendo relevante destacar algunos aspectos en torno a las condiciones en que se llevó a cabo la declaración testimonial mediante el método de Cámara Gesell de la víctima M. L. C, ello a fin de destacar las garantías que deben rodear la producción de este tipo de pruebas, teniendo en cuenta la especial situación de vulnerabilidad de la víctima, y con el fin de posibilitar un efectivo acceso a la justicia de este sector vulnerable de la población.

Preliminarmente, estimo oportuno precisar que conforme los estándares internacionales y regionales, la situación de M. L. C, quien fue víctima de abuso sexual por parte del imputado, debe ser analizada desde una mirada que abarque las distintas condiciones que el género engloba, en el caso: por ser niña y por su condición de discapacidad, lo que merece una especial atención por cuanto esta última condición implica una situación de extrema vulnerabilidad.

Dicho de otro modo, el imputado al perpetrar la violencia sexual contra la víctima en autos, se sirvió de una condición diferencial que ubica a estas víctimas en una posición de desventaja a nivel social, adicionalmente a cualquier otra, como pueden ser el género o el nivel socioeconómico.

Se trata entonces, de diversas situaciones de vulnerabilidad que la atraviesan, por cuanto cada una de ellas demanda una especial protección por parte de todos los agentes de la organización estatal, a fin de prevenir la violencia de la que históricamente han sido objeto; y de los operadores del derecho, quienes tienen la obligación de ser diligentes en la investigación.

Ello implica el deber de imprimir en el análisis de estos casos una lectura no sólo desde el enfoque de género sino también, y muy especialmente, se debe ponderar los obstáculos que nuestra praxis judicial presenta para el efectivo acceso a la justicia de este sector vulnerable de la población.

En este sentido, me interesa destacar que en el nuevo modelo social la discapacidad es percibida como una característica de la diversidad humana con el mismo valor y dignidad que las demás, lo que supone centrar las respuestas sociales y jurídicas en la no discriminación e igualdad de oportunidades, incluyendo la diferencia en la construcción y diseño de la sociedad.

De esta manera, entiendo que los principales problemas que enfrentan las personas con discapacidad no son consecuencia de sus diferencias funcionales, sino del modo en que se encuentra diseñada la sociedad, a través de la construcción de barreras de distinta índole, actitudes discriminatorias y estereotipos culturales negativos hacia este sector vulnerable de la población. Por ello, debe entenderse que la discapacidad no es un problema individual de la persona, sino un problema social.

Precisamente estos principios inspiraron a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad (en adelante, CDPD), aprobado en el ámbito de las Naciones Unidas en fecha 13 de diciembre de 2006, y ratificada por nuestro país mediante ley 26.378, e incorporada al bloque

constitucional mediante ley 27.044, en donde la idea de igualdad y no discriminación atraviesa todo el articulado.

Así, el problema social se evidencia en el concepto de discapacidad que proporciona la CDPD, al definirla como «... un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás» (inciso e) del Preámbulo, CDPD).

En la misma línea, la citada convención define a la persona con discapacidad como «... aquellas que tengan deficiencias físicas,...que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás» (art. 1 párrafo 2, CDPD).

De esta manera, se desprende de los conceptos apuntados, que la diversidad funcional no es lo que determina la capacidad de una persona, sino que ésta es en función de las barreras que impone la sociedad, es decir, de cómo esta diagramada la sociedad.

De esta concepción, se desprende que resulta de vital importancia el cumplimiento de los deberes impuestos al Estado a fin de asegurar el efectivo acceso a la justicia de este sector especialmente vulnerable de la población.

En este entendimiento, la CDPD prevé la obligación de los Estados partes de asegurar a las personas con discapacidad el acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, realizando ajustes de procedimientos adecuados a la edad y madurez para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos (art. 13, CDPD).

Los ajustes razonables son, según la citada convención «las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas, que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales» (art. 2, CDPD).

Estos estándares de accesibilidad, según entiendo, garantizan a este colectivo de personas una tutela judicial efectiva en sentido amplio, esto es, la consideración de todas las circunstancias sociales, económicas, personales y de cualquier otra índole, que puedan en la práctica impedir a las personas acceder al amparo de la justicia.

En este entendimiento, se ha establecido lineamientos con el fin de orientar la actuación de los distintos operadores del derecho en esta temática, con el objetivo de mejorar las condiciones y la calidad del abordaje que se le brinda a este sector vulnerable de la población que se presentan como víctimas o testigos en el marco de un proceso, abarcando las distintas etapas, desde la recepción de la denuncia hasta el seguimiento de la víctima o testigo con posterioridad a la culminación del proceso (**Guía de Buenas Prácticas para el abordaje de niños/as**, adolescentes víctimas o testigos de abuso sexual y otros delitos, «Protección de sus derechos, acceso a la justicia y obtención de pruebas válidas para el proceso», JUFEJUS, ADC Asociación por los Derechos Civiles y UNICEF, Argentina, 203).

Todo ello por considerar que los delitos contra este sector vulnerable de la población son delitos complejos en cuanto a su corroboración, por lo que se requiere que «... los estados y los sistemas judiciales contengan estructuras, procedimientos y mecanismos adecuados que faciliten la exteriorización de denuncias, optimicen las oportunidades existentes para la recolección de las pruebas y aseguren un abordaje que proteja a la víctima» (ob. cit, p. 13).

La referida guía establece en el capítulo de «Principios generales» como objetivo para proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes víctimas y testigos de delitos contra integridad sexual, tener

en cuenta las necesidades de este sector vulnerable de la población, optimizando las oportunidades existentes para la recolección de pruebas y teniendo en cuenta sus necesidades, asegurando, de esta manera, un abordaje de la problemática que proteja a la víctima.

De este modo, entiendo que el nuevo modelo social de discapacidad al que adhirió el Estado argentino, implica la realización de ajustes razonables en la forma en que se recepcione la prueba testimonial de este sector vulnerable de la población víctima de abuso sexual, lo que implica –entre otros aspectos– la prestación de apoyos técnicos para la realización plena de sus derechos.

Con base a todo lo expuesto, y con el fin de analizar los distintos actos procesales en los que intervino la víctima, y que fueron objeto de agravio por parte de la defensa, me interesa destacar –por su relevancia probatoria en este tipo de delitos– la importancia o conveniencia de realizar la video-grabación, no sólo de la declaración testimonial de la menor en Cámara Gesell, sino también de todo acto procesal donde la víctima sea sujeto de prueba, ello con el fin de sostener el necesario equilibrio que tiene que existir entre el derecho de la víctima a no ser revictimizada en el sistema judicial y, por el otro, salvaguardar el derecho de defensa del imputado, a fin de que pueda tener la debida intervención en los actos procesales que debieran ser considerados irreproductibles desde el punto de vista de evitar la revictimización secundaria de la víctima en el sistema judicial.

En este sentido, dentro del capítulo que trata los lineamientos a tener en cuenta para evitar la revictimización, la citada guía establece que debe limitarse al mínimo toda injerencia en la vida privada y cantidad de intervenciones en las distintas etapas del proceso, asegurando de esta manera que la víctima no se exponga innecesariamente a lo largo del proceso.

Sostiene al respecto que «... es fundamental que, por un lado, se realice la video-grabación de la entrevista por una profesional específicamente capacitada asegurando que dicho videograbación sea utilizado en las distintas instancias y etapas del proceso judicial ...» (Ob. cit., p.15).

En el mismo sentido, el decreto 1011/2010, reglamentario de la ley 26.485, de protección integral a las mujeres, entiende como revictimización «el sometimiento de la mujer agredida a demoras, derivaciones, consultas inconducentes o innecesarias, como así también a realizar declaraciones reiteradas [...]» (art. 3, inc. k) Este lineamiento, según entiendo, debe hacerse extensivo a la entrevista previa contemplada en el art. 240 ter de nuestro ordenamiento procesal, en donde faculta al tribunal a requerir informe del especialista a cargo del procedimiento, a fin de verificar la existencia de riesgo para la salud psicofísica del niño/a víctima que deba ser sometido a la prueba testimonial mediante el método de Cámara Gesell.

La importancia de que esta entrevista preliminar se realice mediante el método de Cámara Gesell o el sistema de circuito cerrado de televisión (CCTV) en esta instancia del proceso –en caso que el Fiscal lo considere pertinente–, es con el objeto de resguardar en soporte técnico lo manifestado por el niño/a en los primeros momentos de la investigación, lo que constituye en la mayoría de los casos prueba relevante en orden a acreditar los extremos de la imputación.

De este modo, y como adelantara, se protege al niño/a de la revictimización y, por el otro, se garantiza el derecho de defensa, en tanto podrá controlar lo manifestado por la víctima en cualquier etapa del proceso. Por otro lado, y no obstante ser facultad del fiscal solicitar la entrevista preliminar, entiendo que la calidad de la declaración testimonial del niño/a en el sistema de Cámara Gesell, depende en gran medida de la posibilidad de contar con información previa sobre la víctima y su contexto, como así también, sobre la conveniencia y posibilidad de la recepción de su testimonio, garantizando de esta manera el derecho de la víctima a ser oído en toda su plenitud.

Es por ello, que entiendo necesario que se procure obtener esta información para facilitar el proceso de evaluación y planificación de la entrevista, donde se identifiquen todos los temas y áreas de exploración que orienten el trabajo de la entrevistadora (Conf. Ob. cit. p. 49).

Por otro lado, estimo relevante considerar en este tipo de casos, el tiempo transcurrido entre el acontecimiento del abuso de la niña en situación de vulnerabilidad y la declaración testimonial prestada por ésta mediante el método de Cámara Gesell.

En el caso bajo estudio, si bien debo destacar que el Ministerio Público Fiscal ordenó la realización de la entrevista preliminar en forma inmediata de haber recibido la denuncia, no aconteció lo mismo con la recepción de la testimonial de M. L., la que fue realizada casi cuatro meses después de ser entrevistada por la licenciada Ivana Peralta, evidenciándose una falta de diligencia en la producción de este acto procesal.

Así, la mencionada guía establece que, salvo situaciones excepcionales, es recomendable que la declaración testimonial se tome a la víctima en un plazo que no exceda los diez días hábiles desde la recepción de la denuncia. Ello a fin de evitar tanto el deterioro del recuerdo, como las presiones o influencias que la menor pueda recibir del entorno, lo que puede condicionar la predisposición a declarar. (Conf. Ob. cit. p. 56).

La importancia de los distintos aspectos analizados precedentemente, se pone de manifiesto en la presente causa en donde la niña María Laura manifestó espontáneamente en la entrevista preliminar que «El Polvorita [G.] me tocó y yo me asusté», en tanto en la declaración testimonial realizada casi cuatro meses después, la víctima refirió no acordarse del hecho.

Es por ello que, según entiendo, por un lado debió registrarse –por la situación de máxima vulnerabilidad de la víctima– la entrevista preliminar ordenada por el titular de la acción pública y, por el otro, debieron tomarse los recaudos a fin de que en un plazo razonable, y conforme al particular contexto de la niña víctima, se produzca la prueba testimonial, ello a fin de no obstaculizar el efectivo acceso a la justicia de este sector vulnerable de la población.

No obstante la observación realizada en este sentido, cabe destacar que –tal como referí ut supra–, si bien la defensa cuestionó el valor probatorio atribuido por el a quo al testimonio brindado por la licenciada Ivana Peralta –quien tuvo a su cargo la entrevista previa– por no haber sido controlado por su parte, la crítica esgrimida contra este acto procesal fue satisfactoriamente superada por los argumentos del sentenciante, los que fueron reiterados por el ministro preopinante, y a los que –reitero– adhiero en su totalidad. Por otro lado, estimo que resulta conveniente que sea la misma profesional la que intervenga en la entrevista preliminar y la que lleve a cabo la entrevista de declaración testimonial.

Ello por cuanto esta modalidad supone aumentar las posibilidades de que se construya una relación de confianza que facilite la declaración de la víctima abusada. De este modo, este aspecto a considerar en el desarrollo de las entrevistas, y que pudo influir en el caso sub examine, constituye –a mi entender– una condición necesaria para obtener una mejor respuesta en la declaración de la víctima. Ello por cuanto «por lo general las víctimas solo están dispuestas a relatar lo sucedido a personas que les transmiten confianza y con las que se sienten cómodas ... la primera fase de toda entrevista implica la construcción de este vínculo con la víctima» (ob. cit, p. 52).

Como corolario de lo expuesto, pretendo destacar la importancia de que los operadores del derecho lleven adelante una investigación diligente y guiados por los particulares contextos en que se desarrollan los hechos violatorios de derechos humanos, y la aplicación de los estándares probatorias ya delineados

a fin de obtener una decisión justa que determine la verdad de los hechos y, en su caso, el castigo de sus responsables.

Todo ello implica, en definitiva, y como medida de reparación, poner en valor a las personas como titulares de los derechos reconocidos en las convenciones de derechos humanos. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recuso de casación interpuesto por la defensa del acusado M. L. C. O..
- 2.- Tener presente la reserva del caso federal.
- 3.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 29 de julio de 2020.-

33- OLMOS. 30-07-20.

| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
|-----------|--------------|------------|------|-------------------|---------|---------|----------|---------|---------|---------|---------|-------------|---|------------|
| VG | Conv. | NNA | - | PCE IA | - | - | A | - | - | - | - | - | - | 474 |

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200730_FcOGJ.pdf

Lex: Art. 119, 2° párrafo en función del 4° párrafo inc. f del CP. Ley 26485. CEDAS. CEDAW.

Vox: VG. NNA. A.S.I. Abuso sexual. Gravemente ultrajante. Convivencia.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **ocho años de prisión** e inhabilitación absoluta por igual término, por resultar autor del delito de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por el aprovechamiento de la situación de convivencia preexistente con una menor de 18 años de edad (arts. 119 segundo párrafo en función del cuarto párrafo letra f) del Cód. Penal). SA, pareja de la madre de la niña víctima.

La **defensa** interpone recurso de casación.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 903, pronunciada por el TPC N°1-1-2° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Voto Dr. Adaro

- Galdeano Reyes. 31-07-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=242>
- Concha, Jesús. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- Merlo Lassa. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf

Voto Dr. Valerio.

- Morales Quiroga.
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Merlo Lassa. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=243>
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>

Voto Dr. Palermo.

- Di Cesare Morales. 26-06-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=156>
- Mejía Salvador. 10-09-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=197>

b-CIDH

- «Castro Castro vs. Perú». Fondo, 25-05-06.
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf
- Caso Rosendo Cantú vs. México. 31-08-10
https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=339

SCJM. Dres.: **Valerio.** Adaro. Palermo

Fallo.

CUIJ: 13-04957258-6/1((018601-61796)) FC/ O. G. J. J. P/ ABUSO SEXUAL (61796) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105126819*

En Mendoza, a los treinta días del mes de julio del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04957258-6/1 caratulada "FC/ O. G., J. J. P/ ABUSO....S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, Dr. JOSÉ V. VALERIO, segundo Dr. MARIO D. ADARO y tercero Dr. OMAR A. PALERMO.

El defensor de J. J. O. G. interpone recurso de casación (fs. 459/467) contra la sentencia N° 903 en tanto condena al nombrado a la pena de ocho años de prisión e inhabilitación absoluta por igual término, por resultar autor del delito de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por el aprovechamiento de la situación de convivencia preexistente con una menor de 18 años de edad (arts. 119 segundo párrafo en función del cuarto párrafo letra f) del Cód. Penal).

El pronunciamiento fue dictado por el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- Resolución recurrida

La sentencia cuestionada tuvo por acreditados los hechos sostenidos por la acusación, ocurridos a partir del año 2015 hasta agosto de 2018, en la vivienda en la convivían bajo la modalidad de familia ensamblada desde el año 2005, en ... Maipú, Mendoza. Allí el imputado desde que la niña A. G. D. tenía 10 años, aprovechando el efecto intimidatorio que se derivaba de que representaba para ella una figura paterna y tenía incluso la guarda de hecho, por ser la pareja de la madre de la menor, y mientras aquélla se retiraba para trabajar, especialmente en el cuidado nocturno de enfermos y sus hermanos estaban ausentes, la tocaba por sobre y debajo de la ropa, la besaba en labios o cuello, y con el tiempo comenzó a quitarle las ropas hasta desnudarla, obligándola a tomar su órgano sexual con las manos o labios para satisfacerse. En otras ocasiones le introducía los dedos en la vagina.

Estas prácticas que se repitieron con periodicidad desde esa fecha, en un número imprecisable de veces, provocaron que ante el miedo que le tenía a su agresor, la niña comenzara a efectuarse cortes superficiales en distintas partes de su cuerpo, particularmente en brazos y piernas, buscando mitigar el dolor emocional que le ocasionaban esos tocamientos.

2.- Recurso de casación

Se queja el defensor porque considera que la sentencia es nula, ya que no se ha valorado de acuerdo a las reglas de la sana crítica racional la prueba rendida, que básicamente consiste en el relato de la menor y la opinión de los profesionales.

Alega que el a quo absolvió al imputado del delito de abuso con acceso carnal, porque el informe del Dr. R. no pudo comprobar ese extremo, a pesar de que la niña así lo manifestó en la Cámara Gesell, por lo

que el relato de la menor no puede ser tenido como coherente, toda vez que hay falsedades y contradicciones, que surgen de su evaluación con el resto de las pruebas.

Agrega que la menor dijo que le había contado a su madre y que ella lo había enfrentado al imputado, advirtiéndole que no lo volviera a hacer, pero que la progenitora negó la situación, manifestando no saber por qué su hija dijo eso, que no era cierto, aspecto que evidencia una nueva falsedad en el relato de la víctima, que no valoró el juzgador.

Señala que esas contradicciones provocan dudas respecto de la veracidad de la declaración. Refiere que el Lic. M. fue perito de parte en las dos entrevistas que se le realizaron a la menor y concluyó en que su relato no era del todo creíble, porque existía prueba empírica.

Por su parte, el Dr. A. dijo que la niña no fabulaba ni mentía, pero en el debate reconoció que no tuvo en cuenta el informe médico del Dr. R., que permitiría advertir cierta falsedad en sus dichos.

Destaca que el perito de parte pudo contar con ese informe médico y el otro profesional, no. Se agravia igualmente porque el inferior no midió con la misma vara los dichos de la menor D. L. O. B. que los de la víctima, dejando de lado el testimonio de la menor A. G. D. en la parte que no es cierta y valorando el resto como prueba única, para tener por cierta la existencia del abuso gravemente ultrajante.

Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador opina que el recurso debe ser rechazado porque las pruebas fueron analizadas en su totalidad, resultando concordantes los dichos de la víctima en Cámara Gesell con la exposición que realizó antes, mientras estuvo internada en el Hospital Notti, procurando la defensa separar los elementos probatorios para establecer una duda, sin lograrlo.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso de casación debe ser rechazado.

Ello por cuanto la crítica se centra en la motivación de la sentencia, y de la revisión practicada surge que es suficiente a los fines de su mantenimiento como acto jurisdiccional válido, a tenor de la jurisprudencia de este Cuerpo en el sentido que los posibles defectos de la resolución, para conllevar la extrema solución de su nulidad, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (**L.S.186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros**), lo que en autos no ocurre.

En efecto, el a quo se basó no sólo en los dichos de la víctima en la Cámara Gesell, sino también en los exámenes realizados por diversos profesionales; las declaraciones prestadas por éstos y por los demás testigos que depusieron en el marco de estas actuaciones, entre ellos, la de su amiga, de la madre de ésta y la de su propia progenitora; en la denuncia, las constancias de la internación de la menor en el Hospital Notti; los cortes superficiales que con una cuchilla se infringía en distintas zonas de su cuerpo, por citar algunos elementos probatorios.

Dichos elementos, analizados por el a quo según las reglas de la sana crítica racional, cuyo apartamiento no se logró demostrar, convergen en la responsabilidad penal del imputado y en la fiabilidad de la versión de la víctima, tema que el recurrente cuestiona, sin más base que su opinión personal, discrepando con el criterio valorativo del inferior, lo que impide que su impugnación prospere, según se ha dicho reiteradamente (L.S. 333-64, 400-240, 407-155, entre otros).

Así, los especialistas en minoridad que entrevistaron a la víctima, rechazaron la existencia de fabulación, mitomanía o venganza, aspecto al que el inferior adhiere «... plenamente» (fundamentos, fs. 443 vta), y justifica en forma extensa.

Esta opinión de los expertos no es contradicha por el perito psicólogo que propuso la defensa, toda vez que surge de autos, que al expedirse sobre el punto pericial «**Credibilidad de los dichos que relata**», este profesional dictaminó que «...no se observan indicadores de influencia de terceros en el relato» y que «...Sin perjuicio de la ocurrencia del hecho denunciado, se evidencia un relato que reúne criterios de credibilidad», para luego aclarar que «...los mismos pueden estar sesgados o influidos por una personalidad premórbida, conflictuada o en función del estadio del desarrollo (adolescencial)...» (pericia, fs. 298), por lo que de esta pieza pericial no puede extraerse, que el relato de la niña «...no era del todo creíble...», tal como afirma sin sustento alguno, el impugnante (recurso, fs. 455 vta).

En similar modo, pretende derivar la falta de credibilidad de la versión de la víctima, de la circunstancia de que no se acreditara que el encartado la haya accedido carnalmente.

Sin embargo, el defensor omite considerar la explicación que brinda el a quo sobre lo dicho por la menor en la Cámara Gesell, que originó que se acusara en un primer momento al encartado del delito de abuso sexual con acceso carnal, del que finalmente resultó absuelto por falta de acusación, sobre que «...me hacía relaciones con el pene...»

Así, el magistrado infiere a partir de una valoración contextual de las pruebas, que los mismos no encubren una falsedad, sino que pueden deberse a su inexperiencia sexual o a sus dificultades para verbalizar los hechos, poniendo de relieve la posibilidad enunciada por el profesional médico, Dr. R., que verificó la ausencia de vestigios de acceso carnal en los órganos de la menor, de que con esos términos se refiera a un coito vestibular, cuya «...ejecución no deja ninguna secuela en el tiempo que pueda hacerlo verificable» (fundamentos, fs. 444 vta).

En consecuencia, el agravio centrado en que el Dr. A. dictaminó a favor de la credibilidad del relato de la menor, porque no había leído el informe del Dr. R. (recurso, fs. 455 vta), tampoco puede ser acogido.

Además, se desestima que resulte un elemento que demuestre la falta de veracidad de la víctima, la circunstancia puesta de manifiesto por la defensa, en torno a si le contó a su madre sobre los abusos a los que era sometida cuando se iniciaron, o tres años después, en el momento en que se formuló la denuncia, toda vez que la inclusión mental hipotética de ese dato carece de relevancia para modificar la decisión adoptada, frente al contundente cuadro cargoso existente.

Resta decir que la crítica relativa a que el inferior no le acordó credibilidad al relato de la menor D. L. O. B., que dijo que la víctima le había confiado que tenía relaciones sexuales con un primo, y sí al de A. G. D. no puede prosperar, por evidenciar una mera discrepancia con su criterio valorativo, tal como he referido en párrafos anteriores. A esto se suma que el inferior se ajustó en la presente causa, a los lineamientos dados por esta Sala en distintos pronunciamientos.

Efectivamente, he sostenido en «**Brancello Urbón**», en términos aplicables al presente, «...que el sentenciante asumió una perspectiva integral en relación a los criterios de valoración señalados en la Ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollan sus relaciones interpersonales».

Debo señalar que sobre la cuestión tuve ocasión de pronunciarme en diversos precedentes («**Cruz Caporiccio**», «**Merlo Lassa**»; «**Quiroga Morales**»; «**Ojeda Pérez**»; «**Vázquez Tumbarello**»; entre otros).

En especial en «**Ojeda Pérez**» sostuve que «[...] comparto que aquella concepción según la cual la perspectiva o visión de género es una “categoría analítica que toma los estudios que surgen desde las

diferentes vertientes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma, cuestionar los estereotipos y elaborar nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad al servicio de la igualdad y la equidad” (UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017).

Destaco la idea de igualdad contenido en la definición en tanto se encuentra no sólo consagrada expresamente en el texto constitucional (art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza), sino, también, en el ámbito de la normativa internacional.

Así, entre otros, la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” - Belem Do Pará -, garantiza que toda mujer tiene “el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley” (art. 4, inc. “f”)».

Señalé también en esa ocasión que «[...] en nuestro ordenamiento interno, la ley nacional 26.485 es una norma orientada pura y exclusivamente a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las "mujeres".

En tal sentido, entre sus objetivos primordiales, el propio texto promueve y garantiza “la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida”, “el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia”, “las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos”, como también, “la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres”(art 2, inc. a, b, c y e respectivamente)».

Así, «[...] ese texto normativo vino a imponer un verdadero “deber jurídico” para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas.

Sus destinatarios directos son aquellos sujetos que integran los órganos decisores en el marco de los procesos judiciales penales, ya sea por el lado de quienes resultan facultados para disponer sobre el curso de investigación, como también, respecto de quienes son los encargados de su juzgamiento».

Ese deber jurídico no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley. Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que «[l]os organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativos, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional [...] los siguientes derechos y garantías: i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son su naturales testigos [...]» (art. 16)».

Ahora bien, «[...] además de ese deber genérico, ya en el terreno que resulta propio a la actuación de los órganos de justicia dentro de los procedimientos jurisdiccionales penales, el texto legal contiene dos normas que consagran lineamientos funcionales para los operadores del sistema de administración de justicia en el abordaje de la problemática de género.

En consonancia con el sistema de protección integral, se consagra el principio de «amplia libertad probatoria» para tener por acreditados “los hechos denunciados, evaluándose las pruebas ofrecidas de acuerdo con el principio de la sana crítica. Se considerarán las presunciones que contribuyan a la demostración de los hechos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes” (art 31)».

De esta manera «[...] el texto legal vigente [ley 26.485] no introduce un nuevo método de valoración probatoria para los casos de violencia de género, puesto que siempre la prueba debe valorarse conforme al sistema de la sana crítica racional (art. 206 y 409 del CPP).

A mi modo de ver, la imposición de un método de valoración de la prueba como herramienta obligatoria para el abordaje de esta problemática, se justifica ante la necesidad de evitar que los órganos jurisdiccionales decisores puedan apartarse en la adopción de decisiones, del contexto fáctico que es propio a este género de conductas delictivas».

Así, «[...] el acierto de la ley consistió en establecer, en forma igualitaria, un método de valoración que evite la discriminación que en ocasiones ocurría por prácticas derivadas de la cultura jurídica patriarcal inquisitiva, que se transformaron en consuetudinarias, y que era necesario erradicar.

Repárese que es la propia Convención Belem Do Pará donde se fija, como un deber de los Estados el “tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer” (art. 7, inc. “e”).

Ello no resulta novedoso para la labor jurisdiccional en razón de que «[...] siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba –objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento.

Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto. Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas».

Conforme a lo expresado «[...] es el contexto en el que se inserta el hecho delictivo el que viene a determinar el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio.

Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres el testimonio de la víctima ostenta un valor fundamental en la comprobación de los extremos de una imputación delictiva, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la responsabilidad penal derivada del mismo».

De tal modo «[...] uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo. A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables».

De no proceder así, estaríamos recreando la sociedad estamental –con características propias– del Estado premoderno, lo que implicaría una vulneración del principio de igualdad –que, como ya dije, se encuentra consagrado en el art. 16 de la CN y 7 de la CM–, el que, a su vez, constituye uno de los pilares de la República Federal.

A lo indicado debe sumarse, como destacué en el precedente «Vázquez Tumbarello», la relevancia de la ley 27.499, denominada «Ley Micaela», en tanto dispuso la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra la mujer para todas las personas que desempeñen la función pública, en cumplimiento del objetivo señalado.

En coincidencia con aquella normativa la Acordada n° 29.318 de esta Suprema Corte de Justicia, y su anexo «Programa de capacitación permanente para la incorporación de la perspectiva de género en el marco de la Suprema Corte de Justicia».

Así, con fundamento en el principio de igualdad y la consecuente prohibición de discriminación, se dispusieron una serie de acciones concretas para asegurar la «igualdad real» de las mujeres en sus relaciones interpersonales.

En conclusión, entiendo que la trascendencia de la ley 26.485 radica no en conformar un estatus jurídico distinto aplicable a la mujer, sino que mediante la capacitación dirigida a los funcionarios públicos y, en lo que aquí interesa, a funcionarios y magistrados del poder judicial, se otorgue una perspectiva para valorar los elementos probatorios bajo el prisma de la igualdad consagrada en la normativa nacional.

Ella debe estar despojada de estereotipos y prácticas relacionadas con la cultura jurídica patriarcal-inquisitiva, plasmada en usos y costumbres que importaron, e importan, prácticas que impiden poner en contexto los medios convictivos al momento de su ponderación.

Estas consideraciones, como adelanté, las entiendo plenamente aplicables al caso por cuanto nos encontramos frente a un supuesto de violencia de género en donde el tribunal de instancia anterior ha tenido en cuenta los parámetros antes referidos al momento de la ponderación de los elementos de prueba obrantes en la causa.

A esto se suma que la víctima de autos, es doblemente vulnerable dada su minoría de edad y por lo tanto, es sujeto de una doble protección normativa, aspecto que el inferior consideró.

Por lo tanto, y opinión concordante del señor Procurador General, corresponde confirmar la sentencia cuestionada, por no adolecer de los vicios endilgados ni de arbitrariedad alguna. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Puesto a resolver el recurso casatorio promovido coincido con la solución a la que llega mi colega preopinante y, en cuanto a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género, me remito a lo oportunamente señalado en **«Di Cesare Morales» y «Mejía Salvador»** por resultar aplicable en ese aspecto el presente caso. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Comparto los fundamentos por los cuales el voto preopinante considera que corresponde desestimar los agravios esgrimidos por la defensa de J. J. O. G.. En especial, adhiero a las consideraciones realizadas en torno a la valoración de los elementos de prueba en hechos acontecidos en un contexto de violencia de género, a los que ya me he referido en numerosos pronunciamientos (**ver «Concha, Jesús», «González Pringles», y más recientemente «Muñoz García», «Ojeda Pérez», «Rivero Gutiérrez»**, entre otros).

En la primera oportunidad señalé en relación a esta forma de manifestación de violencia contra las niñas que «[s]e trata entonces de una doble condición de vulnerabilidad que la atraviesa, por cuanto cada una de dichas condiciones demandan una especial protección por parte de todos los agentes de la organización estatal, a fin de prevenir la violencia de la que históricamente han sido objeto; y de los operadores del derecho, quienes tienen la obligación de ser diligentes en la investigación, imprimiendo en el análisis de estos casos una lectura desde el enfoque de género, con el objeto de brindar una solución justa en cada caso».

En función de lo señalado sostuve que «(a) fin de tener una mayor comprensión de esta problemática, debemos analizar el tema a partir de dos premisas fundamentales: i) la violencia sexual contra niñas y mujeres es una de las manifestaciones más claras de una cultura patriarcal que fomenta el control del cuerpo y la sexualidad de las mujeres; y ii) que los patrones de discriminación estructural que padecen las

mujeres proveen el escenario donde se reproduce y fomenta la violencia sexual (cfr. **CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; parr. 17**)».

En este entendimiento, resulta necesario ponderar que en el caso bajo estudio, debido a las particularidades propias del ataque –como es sabido, suelen ser llevados a cabo frente a víctimas desprotegidas o en la intimidad– el relato de quien ha sido violentada en su libertad sexual, máxime cuando se trata de una niña, debe ser cuidadosamente analizado y ha de atribuírsele un lugar privilegiado en la construcción de la premisa fáctica que integra el razonamiento del juez.

Así las cosas, entiendo que el tribunal sentenciante interpretó en forma satisfactoria los estándares probatorios delineados tanto en el sistema interamericano como en el orden nacional, en tanto para la acreditación de los hechos constitutivos de la agresión sufrida por la víctima, ponderó todos los elementos de juicio incorporados legítimamente al debate bajo los parámetros de valoración que impone la temática en estudio. ASI VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los Dres. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los Dres. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de J. J. O. G.
- 2.- Tener presente la reserva federal formulada.
- 3.- Imponer las costas al imputado vencido y diferir la regulación de honorarios para su oportunidad.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

34- MARTINEZ. 02-09-20.

| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
|-----------|-------------|----|------|------------|---------|---------|----------|---------|-----------|---------|---------|-------------|---|------------|
| VG | Vínc | - | - | PCE | - | - | A | - | CR | - | - | - | - | 474 |

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200902_FcMMR.pdf

Lex: Art. 119, 1°, 2°, 5° en función del inc. b del 4° párrafo, 55 del CP.

Vox: Abuso sexual simple. Gravemente ultrajante. Vínculo. Delito continuado. Concurso real. Amplitud probatoria. Defensa eficaz. Determinación de la pena.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **catorce años de prisión** por el delito de abuso sexual simple agravado por el vínculo, abuso sexual gravemente ultrajante agravado por el vínculo y abuso sexual gravemente ultrajante agravado por el vínculo bajo la modalidad de delito continuado, todo en concurso real (arts. 119 párrafos 1º y 5º en función del inc. b del cuarto párrafo, 119 párrafos 2 y 4 inc. b y 55 del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 702, pronunciada por el TPC N°1- 2° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Voto Dr. Adaro

- Galdeano Reyes. 31-07-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=242>
- Concha, Jesús. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- Merlo Lassa. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf
- Cordero Manoni. 04-05-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180504_FcCMO.pdf
-

Voto Dr. Valerio.

- Morales Quiroga.
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Merlo Lassa. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=243>
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>

Voto Dr. Palermo.

- Di Cesare Morales. 26-06-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=156>
- Mejía Salvador. 10-09-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=197>

b-CIDH

- «Castro Castro vs. Perú». Fondo, 25-05-06.
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf

- Caso Rosendo Cantú vs. México. 31-08-10

https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=339

c-CSJN

- Rojas Molina. 1941.
- Pancia. 23-10-01

SCJM. Dres.: **Adaro.** Valerio. Palermo

Fallo.

CUIJ: 13-05058681-7/1((028601-4190)) FC/ M M R P P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO POR EL VINCULO (4190) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105224687*

En Mendoza, a los dos días del mes de septiembre del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05058681-7/1, caratulada “F. C/ M M, R P. P/ ABUSO SEXUAL SIMPLE AGRAVADO POR EL VINCULO, ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE AGRAVADO POR EL VINCULO Y ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE AGRAVADO POR EL VINCULO BAJO LA MODALIDAD DE DELITO CONTINUADO, TODO EN CONCURSO REAL S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. JOSÉ V. VALERIO, y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

La defensa del imputado R P M M interpone recurso de casación contra la sentencia n° 702 (fs. 372 y vta.) y sus fundamentos, en cuanto condena al imputado a la pena de catorce años de prisión por el delito de abuso sexual simple agravado por el vínculo, abuso sexual gravemente ultrajante agravado por el vínculo y abuso sexual gravemente ultrajante agravado por el vínculo bajo la modalidad de delito continuado, todo en concurso real (arts. 119 párrafos 1º y 5º en función del inc. b del cuarto párrafo, 119 párrafos 2 y 4 inc. b y 55 del CP), pronunciamiento dictado en la causa n° P4.190/19 por el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Segunda Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

I.- Sentencia recurrida

La resolución establece, en lo que aquí respecta, que ha quedado acreditado en el debate que «[e]n el año 2010, pero en mes y día no determinado, R P M , en horas de la madrugada, ingresó a la habitación donde pernoctaban su hija G M , y sus nietas K L y P A, sito en el domicilio de calle; seguidamente M , aprovechando que la víctima P dormía, tocó con sus manos la vagina de la mencionada por debajo de su ropa interior, la que se despertó como consecuencia de los tocamientos. En el mismo año 2010, en tiempo de receso escolar por vacaciones y época de calor, luego del horario de comercio, R M ingresó a la pieza ubicada detrás de su casa, en el mismo predio de su vivienda [...] donde se encontraba P N A –nieta del mencionado–, a la cual le introdujo por debajo de la ropa interior dos dedos en la vagina, y ante la negativa de la niña, M tomó por la fuerza a la joven y la arrojó sobre la cama, le bajó el pantalón corto que llevaba puesto y le practicó sexo oral en la vagina, y ante la negativa de la niña, retirándose M cuando lo llamó su pareja, menoscabando en estas dos oportunidades la integridad sexual de la víctima, quien al momento de los hechos mencionados contaba con trece años de edad». Segundo hecho: «[q]ue desde el año 2010 y hasta el mes de julio del año 2017 inclusive, en mes y día no precisado, pero teniendo lugar los hechos en horario matinal, con una frecuencia de dos veces por mes, R P M ingresaba a la pieza ubicada detrás de su casa [...] donde pernoctaba C D B –nieta del mencionado– con sus primas, a la cual, aprovechando que las mismas dormían, despertaba y le introducía por debajo de la ropa interior dos dedos en la vagina, durante el lapso de cinco minutos, y ante la negativa de la niña, M continuaba con la acción, causándole

dolor a la víctima. Uno de los episodios, diferente a los descriptos ut supra, tuvo lugar en el mes de julio del año 2018 en horario de la noche; M ingresó a la habitación donde pernoctaban su hija G M y nietas Luana, K L y C B, y aprovechando que todas dormían, despertó a esta última, le indicó que no hiciera ruido, y le introdujo sus dedos en la vagina de B por debajo de la ropa interior de la joven, menoscabando en estas oportunidades la integridad sexual de C D B, quien al momento de los hechos era menor de edad». Para así decidir, la sentenciante valoró, entre los elementos de juicio más relevantes, las declaraciones testimoniales de las víctimas, C D B y P N A, la Lic. Roxana L Dardanelli, el Dr. Roberto Cesáreo y los informes psicológicos realizados a las víctimas por el Cuerpo Médico Forense.

II.- Recurso de casación

La defensa del imputado R M M plantea recurso de casación contra la resolución antes individualizada en razón de lo dispuesto por el art. 474 incs. 1 y 2 del CPP, es decir, por adolecer el pronunciamiento cuestionado de vicios in iudicando y vicios in procedendo.

En el aspecto formal, impetra la nulidad absoluta de la sentencia por entender que se ha vulnerado el derecho de defensa en juicio de su representado.

Asegura que el estado de indefensión en el que se vio inmerso el imputado es fruto de una defensa técnica ineficaz por parte de su anterior defensor, la que se desprende de la simple revisión de todo el proceso, en particular, de la etapa de la instrucción penal.

Asegura que ello se evidencia por la falta de presentaciones tendientes a demostrar la inocencia del imputado, como declaraciones de testigos de partes, la falta de presencia del defensor en los actos útiles e importantes para garantizar el derecho de defensa en juicio, sin comunicación con el órgano jurisdiccional y, por ende, su control.

Cuestiona también que la defensa ante la escasa prueba existente, no presentó oposición al requerimiento de citación a juicio, como así tampoco, propició la inculpabilidad del encausado, en virtud del error de prohibición, entre otros posibles planteos.

Del mismo modo refiere que la defensa anterior habría aconsejado al imputado la entrega de una suma de dinero para entregársela al Fiscal a fin de obtener su libertad.

Alega que en la etapa del juicio, el anterior defensor asumió una conducta pasiva, la que se evidencia en la falta de interrogatorios a los testigos y peritos de cargo, en la falta de cuestionamientos a circunstancias que contrarían el interés del imputado y en la ausencia de un alegato coherente que procure obtener el mejor resultado posible para el acusado.

Entiende que hubo una total ausencia de estrategia defensiva en la etapa del juicio, lo que equivale a una inexistencia de defensa técnica, lo que no puede convalidarse con la designación de un abogado defensor. Concluye el recurrente, basándose en el **precedente «Rojas Molina»** de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que la asistencia prestada por su anterior letrado fue meramente formal y, por ello, ineficaz en orden a ejercer debidamente su derecho de defensa.

Ello por cuanto la defensa técnica debe cumplir con un standard mínimo de eficacia en la defensa de los intereses de su representado. Como vicio sustancial, luego de transcribir los fundamentos brindados por la sentenciante para determinar el monto de la pena, cuestiona que su motivación es arbitraria. Explica las razones por las cuales la pena debe ser motivada, y cita doctrina y jurisprudencia que da sustento a su postura.

En virtud de lo expuesto, solicita se declare la nulidad de la sentencia cuestionada y se reenvíe al subrogante legal que corresponda para la realización de un nuevo debate.

III.- Dictamen del Procurador General

El señor Procurador General estima que el recurso de casación interpuesto por el imputado no puede prosperar, en tanto no se advierte en la sentencia cuestionada una inobservancia de las normas que pudieran acarrear la nulidad.

Así, en relación al primer agravio esbozado por la defensa entiende que el imputado estuvo en todo momento asistido por el anterior defensor, quien tuvo una participación activa y profusa en el proceso, por lo que no se advierte la existencia de una defensa técnica formal o ineficaz.

En relación al agravio vinculado a la arbitrariedad en la determinación del monto de la pena, entiende que no puede prosperar.

Ello en tanto advierte que la defensa no ha desarrollado ningún agravio respecto de ningún punto en concreto de la fundamentación de la pena la que, por otra parte, aparece adecuada a la culpabilidad del imputado.

Por tal motivo, concluye que la sentencia cuestionada no contiene vicios en su motivación, por lo que corresponde convalidar en su totalidad la sentencia impugnada.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

En adelanto de las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso de casación articulado debe ser rechazado en tanto no logra desvirtuar la validez de la sentencia condenatoria impugnada.

Preliminarmente, debe destacarse que el tribunal ha valorado la prueba recolectada siguiendo los estándares internacionales aplicables en casos de violencia contra las mujeres y, en concreto, de abusos sexuales cometidos contra niñas.

En efecto, conforme los estándares internacionales y regionales, las víctimas en autos son titulares de una especial protección por ser niñas y por ser mujeres. Se trata de una **doble condición de vulnerabilidad** que las atraviesa y que demandan una especial protección por parte de todos los agentes de la organización estatal a fin de prevenir la violencia de la que, históricamente, han sido objeto.

En concreto, una situación de vulnerabilidad que imprime a los operadores del derecho el deber de ser diligentes en la investigación, y de adoptar el enfoque de género en el análisis de estos casos. De esta manera, se cumple con la garantía reconocida en el bloque constitucional argentino de asegurar un efectivo acceso a la justicia a las víctimas y sus familiares –arts. 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos– (ver causa «F. y Querellante c/**Concha Jesús**»). Sobre este punto, no puede soslayarse que los hechos por los que R M fue condenado constituyen un supuesto de violencia sexual contra la mujer y que, por ello, se impone el deber de diligencia por parte del Estado en la prevención, erradicación y sanción de este tipo patrón de conducta.

Asimismo, que el hecho ha sido cometido contra una niña y que el reconocimiento de este tipo de hecho conlleva la necesidad de que el análisis del plexo probatorio reunido deba serlo teniendo en cuenta los diversos instrumentos internacionales vigentes en la materia, particularmente la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer –«Belem Do Pará»–, y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer –«CEDAW»–; como así también, los lineamientos contenidos en la ley 26.485, destinada a la protección integral de las mujeres (ver al respecto, la causa «F.c/ **Galdeano Reyes**»).

Este criterio es el que, acertadamente, ha seguido el tribunal de juicio al momento de la ponderación de los diversos elementos de convicción obrantes en la causa.

Según entiendo, no es posible concebir un derecho penal moderno que no contemple, reconozca y tutele de manera efectiva, los derechos y garantías no sólo de las partes de un proceso penal, sino especialmente de quienes han resultado víctimas de comportamientos delictivos.

Caso especial se presenta en la violencia contra la mujer, supuesto en que la tarea de revisión sobre la valoración de la prueba no puede prescindir de otorgar singular relevancia a su testimonio.

En esta perspectiva, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido jurisprudencialmente que la declaración de las víctimas en casos de violencia constituye un elemento probatorio fundamental (ver Corte IDH, caso «**Fernández Ortega y otros. vs. México**», sentencia del 30/08/2010, serie “C” N° 215 y caso «**Rosendo Cantú y otra Vs. México**», sentencia de 31/08/ 2010, serie C No. 216, cf. párr. 100 y 89 respectivamente).

El valor de esta clase de testimonios frente a ilícitos como los investigados en autos resulta incuestionable, no solamente porque resultan sujetos pasivos de delitos que atentan contra derechos que son inherentes a su propia personalidad sino, además, porque se caracterizan por producirse en ausencia de otras personas más allá de la víctima y el agresor o los agresores y, por lo tanto, no se puede esperar en todos los casos la existencia de pruebas gráficas o documentales (Corte IDH, **Caso «Rosendo Cantú vs. México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas»**, sentencia del 31/08/ 2010, párr. 89).

Es por esto que el art. 16, inc. i de la ley 26.485 dispone que se debe garantizar a la mujer «[...] la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos».

En definitiva, considero que en la presente causa se ha dado cumplimiento a la diversa normativa nacional e internacional en materia de protección de las mujeres contra actos de violencia, constituyendo la sentencia que aquí se confirma una respuesta oportuna y efectiva al hecho cometido (art. 16, inc. b de la ley 26.485).

Sentado ello, y conforme al esquema argumentativo planteado por el recurrente, en primer lugar (a) se abordarán los vicios en que se sustenta la alegada vulneración al derecho de defensa en juicio, derivados de las irregularidades apuntadas por el recurrente, aspectos estos que- según entiende el censurante- acarrearían necesariamente la nulidad de la sentencia cuestionada.

En segundo lugar, (b) se ingresará en el análisis de lo expresado por el recurrente en relación a la arbitraria determinación del monto de la pena impuesta a R M .

a- Acerca de la defensa ineficaz del anterior defensor del imputado La defensa del imputado M sostiene que su asistido no ha contado con una defensa eficaz en el proceso, en tanto no ha cumplido con un standard mínimo de eficacia en la defensa de los intereses de su representado.

Entiendo que corresponde desestimar el agravio esgrimido en este sentido por cuanto, en primer lugar, y tal como se desprende de las constancias de autos, el imputado se encontró durante el proceso debidamente asistido por un defensor, quien llevó a cabo actos propios de una defensa eficaz.

Al respecto, y en orden a determinar si la garantía del imputado a un ejercicio eficaz de su defensa se cumple, este Tribunal se ha pronunciado en el sentido de que «[...] para el Cíbero Tribunal lo relevante no radica en objeciones de tipo estratégico o interpretaciones sobre el sentido preciso de las normas, ni mucho menos en discrepancias que se puedan tener sobre la aplicación de una corriente doctrinaria determinada.

Por el contrario, lo importante reside, por un lado, en que los jueces aseguren la intervención de asistencia letrada cuando no la haya y cuiden que dicha intervención no se satisfaga con meros formalismos, es decir, que se traduzca en una actividad defensiva efectiva y concreta» (ver «**Cordero Manoni**»).

Del mismo modo, resulta importante destacar al respecto lo expresado en el **precedente «Pancia»** de la CSJN donde se refirió que «[...] para determinar la viabilidad del agravio referente a la carencia de asistencia legal eficaz, este Tribunal debe analizar "la totalidad de las circunstancias" del proceso; pues no existe un catálogo exhaustivo de reglas que permita determinar a través de su confrontación si la conducta del defensor ha sido satisfactoria o no; por el contrario, un sistema de ese tipo significaría "restringir la amplia latitud que debe tener la defensa para tomar decisiones tácticas" pues "el acto u omisión de un defensor que ... es impropio en un caso puede ser legítimo e incluso inteligente en otro" (**Strickland v. Washington, 466 U.S. 668, 1984**).

Además, un desacierto en la estrategia de la defensa, un error en la ponderación de los hechos y el derecho o desacuerdos entre el defensor y su pupilo no implican necesariamente lesión a la garantía constitucional analizada; de otro modo, en todos aquellos casos donde la decisión de los jueces no condice con las expectativas del justiciable éste podría rebatir incesante y caprichosamente las decisiones judiciales a partir de una valoración ex post facto de los resultados obtenidos por su asistencia legal técnica, afectando principios esenciales como lo son los de preclusión, cosa juzgada y economía procesal» (**CSJN, Fallos 324:3632**).

De este modo, y en cuanto a la actividad probatoria desplegada por el anterior representante de M durante la investigación penal preparatoria, etapa en la que la actual defensa centra sus críticas, se advierte que tuvo una profusa y activa participación.

Así, el anterior defensor participó activamente en las declaraciones testimoniales de S M , P A M y C D B (fs. 46/49, 53/54, 55/56).

Por otra parte, ofreció prueba testimonial (fs. 84, 198 y 252), la que fue aceptada y producida por el Ministerio Fiscal mediante las declaraciones testimoniales de G M , K L, B M y B V (fs. 87/88, 89/90, 206/207 y 262 respectivamente).

A fs. 252 ofreció prueba documental (captura de conversaciones de Whatsapp) tendientes a poner en duda la credibilidad de uno de los testigos, como así también, fotografías del dormitorio donde habrían acontecido los hechos.

Asimismo, solicitó audiencia a fin de que el imputado ejerciera su defensa material (fs.183 y 190/7194). Por otra parte, el anterior defensor realizó distintas presentaciones vinculadas a mejorar la situación de detención del imputado (fs. 72, 110 y 174), mediante las cuales logró el otorgamiento de la prisión domiciliaria para M (fs. 136).

En los actos preliminares al debate, se opuso al ejercicio unipersonal de la jurisdicción, por entender que los delitos endilgados al imputado revestían complejidad (fs. 309). Asimismo solicitó el cese de la prisión preventiva (fs. 334), la que fue desestimada por la jueza a quo a fs. 344. A fs. 350 obra la presentación de ofrecimiento de prueba a fin de ser producida en el desarrollo del debate.

Finalmente, participó en la actividad probatoria llevada a cabo durante el debate (ver registros audiovisuales del día 31/10/19, en la primera parte, a partir de los minutos 2:15, 38:25; y en la segunda parte, a partir de los minutos 30:44, hora 1:02:07; del día 1/11/19, a partir de los minutos 15:28, 28:30, 49:45, 54:11 y hora 1:24).

Del mismo modo, debe señalarse que al presentar sus alegatos el anterior defensor solicitó la absolución de M por el beneficio de la duda por los delitos que se le atribuían (ver registros audiovisuales del día 5/11/19, a partir del minuto 49:44).

Dicho esto, cabe referir que el impugnante no logra demostrar, de qué manera la intervención del anterior letrado ha perjudicado, de manera concreta, los intereses de su actual defendido, más aún cuando para

nulificar una determinada actuación jurisdiccional por ineficacia en el ejercicio de la defensa, resulta necesario que se demuestre la ostensibilidad del menoscabo y esencialidad; lo que en el caso en análisis no acontece.

De acuerdo a ello, el agravio no puede prosperar en tanto el recurrente realiza críticas genéricas y no aporta elementos de peso para calificar la tarea del anterior defensor como defectuosa o inexistente. De tal modo, aquellos cuestionamientos aparecen como una mera discrepancia con la estrategia defensiva oportunamente asumida que no logra configurar un supuesto de defensa ineficaz. b. Acerca de la arbitraria determinación del monto de la pena.

Como vicio sustancial la defensa cuestiona las razones brindadas por la a quo para determinar el monto de la pena. Sin embargo, luego de citar doctrina y jurisprudencia al respecto y transcribir los fundamentos, no realiza un análisis crítico de ellos.

Es decir, el recurrente no especifica cuáles serían los motivos por los que considera que debe modificarse la pena impuesta, como así tampoco cuál sería la pena que considera debería aplicarse al caso concreto. Sin perjuicio de ello, estimo que la juzgadora ha tenido en cuenta de manera correcta aquellos elementos de mensura referidos en el código de fondo (arts. 40 y 41 del C.P.) para arribar a una solución justa.

Es decir, dentro de la escala aplicable, que presenta un mínimo y un máximo que se encuentra entre los ocho y los cincuenta años, la pena impuesta se encuentra comprendida dentro del primer tercio de ella (catorce años de prisión).

A su vez, la sentenciante brindó adecuados motivos por los cuales consideró que el monto de la pena seleccionada resultaba proporcional a los injustos y a la culpabilidad de M (fundamentos de fs. 390 y vta.). De este modo, la jueza a quo meritó como circunstancias agravantes, la edad del imputado, a quien por su madurez consideró que le era exigible una mayor reflexión y control de sus actos, como así también, ponderó que el largo periodo en el que los abusos fueron ejecutados, importaba un tiempo en el cual el autor pudo reflexionar y dimitir de su conducta.

Asimismo destacó la sentenciante la extensión del daño causado a las víctimas y que se trataba de un caso de violencia de género.

Como circunstancia atenuante, la jueza de la instancia anterior ponderó la edad actual del imputado, ello a fin de evitar la imposición de una pena que, a la postre, resultaría eliminatoria.

Con lo cual, surge evidente que no estamos ante un caso de motivación aparente o meramente dogmática de este aspecto de la sentencia cuestionada, sino que, como se explicó, la jueza ha motivado adecuadamente el monto de la pena que consideró aplicable al caso, de modo tal que debe ser confirmado como acto jurisdiccional válido.

Por todo ello, y en opinión concordante del Procurador General, corresponde contestar negativamente la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazar el recurso interpuesto. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: De lo expuesto considero oportuno destacar que al momento de resolver el sentenciante asumió una perspectiva integral en relación a los criterios de valoración señalados en la Ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollan sus relaciones interpersonales.

En este sentido debo señalar que sobre la cuestión tuve ocasión de pronunciarme en diversos precedentes («Cruz Caporiccio», «Merlo Lassa»; «Quiroga Morales»; «Ojeda Pérez»; «Vázquez Tumbarello»; entre otros).

En especial en «**Ojeda Pérez**» sostuve que «[...] comparto que aquella concepción según la cual la perspectiva o visión de género es una “categoría analítica que toma los estudios que surgen desde las diferentes vertientes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma, cuestionar los estereotipos y elaborar nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad al servicio de la igualdad y la equidad” (UNICEF, “**Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas**”, Buenos Aires, 2017).

Destaco la idea de igualdad contenido en la definición en tanto se encuentra no sólo consagrada expresamente en el texto constitucional (art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza), sino, también, en el ámbito de la normativa internacional. Así, entre otros, la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” - Belem Do Pará -, garantiza que toda mujer tiene “el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley” (art. 4, inc. “f”).

Sostuve también en esa ocasión que «[...] en nuestro ordenamiento interno, la ley nacional 26.485 es una norma orientada pura y exclusivamente a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las "mujeres".

En tal sentido, entre sus objetivos primordiales, el propio texto promueve y garantiza “la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida”, “el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia”, “las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos”, como también, “la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres”(art 2, inc. a, b, c y e respectivamente)».

Así, «[...] ese texto normativo vino a imponer un verdadero “deber jurídico” para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas.

Sus destinatarios directos son aquellos sujetos que integran los órganos decisores en el marco de los procesos judiciales penales, ya sea por el lado de quienes resultan facultados para disponer sobre el curso de investigación, como también, respecto de quienes son los encargados de su juzgamiento». Ese deber jurídico no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley.

Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que «[l]os organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativos, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional [...] los siguientes derechos y garantías: i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son sus naturales testigos [...]» (art. 16)».

Ahora bien, «[...] además de ese deber genérico, ya en el terreno que resulta propio a la actuación de los órganos de justicia dentro de los procedimientos jurisdiccionales penales, el texto legal contiene dos normas que consagran lineamientos funcionales para los operadores del sistema de administración de justicia en el abordaje de la problemática de género. En consonancia con el sistema de protección integral, se consagra el principio de «**amplia libertad probatoria**» para tener por acreditados “los hechos denunciados, evaluándose las pruebas ofrecidas de acuerdo con el principio de la sana crítica. Se considerarán las presunciones que contribuyan a la demostración de los hechos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes” (art 31)».

De tal manera «[...] el texto legal vigente [ley 26.485] no introduce un nuevo método de valoración probatoria para los casos de violencia de género, puesto que siempre la prueba debe valorarse conforme al sistema de la sana crítica racional (art. 206 y 409 del CPP).

A mi modo de ver, la imposición de un método de valoración de la prueba como herramienta obligatoria para el abordaje de esta problemática, se justifica ante la necesidad de evitar que los órganos jurisdiccionales decisores puedan apartarse en la adopción de decisiones, del contexto fáctico que es propio a este género de conductas delictivas».

Así, «[...] el acierto de la ley consistió en establecer, en forma igualitaria, un método de valoración que evite la discriminación que en ocasiones ocurría por prácticas derivadas de la cultura jurídica patriarcal inquisitiva, que se transformaron en consuetudinarias, y que era necesario erradicar.

Repárese que es la propia Convención Belem Do Pará donde se fija, como un deber de los Estados el “tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer” (art. 7, inc. “e”).

Ello no resulta novedoso para la labor jurisdiccional en razón de que «[...] siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba –objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento.

Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto.

Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas».

Conforme a lo expresado «[...] es el contexto en el que se inserta el hecho delictivo el que viene a determinar el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio.

Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres el testimonio de la víctima ostenta un valor fundamental en la comprobación de los extremos de una imputación delictiva, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la responsabilidad penal derivada del mismo».

Por todo ello, uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo.

A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables.

De tal manera «[...] uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo.

A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables».

De no proceder de esta manera estaríamos recreando la sociedad estamental –con características propias– del Estado premoderno, lo que implicaría una vulneración del principio de igualdad –consagrado en el art. 16 de la CN y 7 de la CM–, el que, a su vez, constituye uno de los pilares de la República Federal. A lo señalado debe sumarse, tal como destacó en el **precedente «Vázquez Tumbarello»**, la relevancia de la ley 27.499, denominada «Ley Micaela», en tanto dispuso la capacitación obligatoria en la temática

de género y violencia contra la mujer para todas las personas que desempeñen la función pública, en cumplimiento del objetivo señalado.

En coincidencia con aquella normativa la Acordada n° 29.318 de esta Suprema Corte de Justicia, y su anexo «Programa de capacitación permanente para la incorporación de la perspectiva de género en el marco de la Suprema Corte de Justicia».

Así, con fundamento en el principio de igualdad y la consecuente prohibición de discriminación, se dispusieron una serie de acciones concretas para asegurar la «igualdad real» de las mujeres en sus relaciones interpersonales.

En conclusión, entiendo que la trascendencia de la ley 26.485 radica no en conformar un estatus jurídico distinto aplicable a la mujer, sino que mediante la capacitación dirigida a los funcionarios públicos y, en lo que aquí interesa, a funcionarios y magistrados del poder judicial, se otorgue una perspectiva para valorar los elementos probatorios bajo el prisma de la igualdad consagrada en la normativa nacional.

Ella debe estar despojada de estereotipos y prácticas relacionadas con la cultura jurídica patriarcal-inquisitiva, plasmada en usos y costumbres que importaron, e importan, prácticas que impiden poner en contexto los medios convictivos al momento de su ponderación.

Estas consideraciones, como adelanté, las entiendo plenamente aplicables al caso por cuanto nos encontramos frente a un supuesto de violencia de género en donde el tribunal de instancia anterior ha tenido en cuenta los parámetros antes referidos al momento de la ponderación de los elementos de prueba obrantes en la causa. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Puesto a resolver el recurso casatorio promovido coincido con la solución a la que llegan mis colegas preopinantes y, en cuanto a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género, me remito a lo oportunamente señalado en «**Di Cesare Morales**» y «**Mejía Salvador**» por resultar aplicable en ese aspecto el presente caso. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO y OMAR A. PALERMO, adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO y OMAR A. PALERMO, adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación deducido por la defensa técnica de R P M M y, en consecuencia, confirmar la sentencia dictada por el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Segunda Circunscripción Judicial.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

35- PAZ. 03-09-20.

| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
|-----------|----|------------|------|------------|---------|---------|----------|---------|---------|---------|---------|-------------|---|------------|
| VG | - | NNA | | PCE | - | - | A | - | - | - | - | - | - | 474 |

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200903_FcPPJ.pdf

Lex: Art. 119, 2° párrafo del CP

Vox: VG. NNA. A.S.I. Abuso sexual. Gravemente ultrajante. Testimonio de la menor. Valoración de la prueba. Principio de congruencia. Determinación de la pena.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **cuatro años de prisión**, con costas, como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual gravemente ultrajante (art. 5, 45 y 119 párrafo segundo del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación. Los agravios esgrimidos por la defensa pueden sintetizarse de la siguiente manera: a) errónea valoración de la prueba, en particular, sobre la declaración testimonial del menor víctima; b) crítica la decisión del tribunal de instancia previa que denegó el pedido formulado por la defensa para que se reiterara la declaración del menor; c) violación del principio de congruencia; y, d) resistencia de la pena impuesta.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 725, pronunciada por el TPC N°1-2° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Santander. 03-05-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190503_FcSLA.pdf
- Torres Surget. 03-05-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180503_FcTSD.pdf
- Ficara. 16-04-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180416_FcFMF.pdf
- Orellana Sepúlveda. 10-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=29>

Doctrina citada

Guía de Buenas Prácticas para el abordaje de niños/as, adolescentes víctimas o testigos de abuso sexual y otros delitos, «Protección de sus derechos, acceso a la justicia y obtención de pruebas válidas para el proceso», JUFEJUS, ADC Asociación por los Derechos Civiles y UNICEF, Argentina, 203

SCJM. Dres.: **Adaro.** Palermo. Valerio.

Fallo.

CUIJ: 13-05063415-3/1((028601-19853)) FC/ P. P. J. B. P/ ABUSO SEXUAL (19853) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105229749*

En Mendoza, a los tres días del mes de septiembre del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N°13-05063415-3/1 caratulada "FC/ P. P., J. B. P/ ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. OMAR A. PALERMO, y tercero DR. JOSÉ V. VALERIO.

La defensa de J. B. P. P. interpone recurso de casación contra la sentencia N° 725 que condena al nombrado a la pena de cuatro años de prisión, con costas, como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual gravemente ultrajante (art. 5, 45 y 119 párrafo segundo del CP); fallo pronunciado por el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Segunda Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

Según requerimiento de citación a juicio se le atribuye a P. P. que en la ciudad de ... departamento de General Alvear, a mediados del mes de julio de 2017, en días y horas no determinadas, P. P. se encontraba en el living de su vivienda sita en calle ... de General Alvear, mientras que el menor TEL con quién convivía, se encontraba sentado en un sillón mirando televisión.

En esas circunstancias P. P. se acercó, le bajó los pantalones y comenzó a succionar su pene abusando sexualmente del niño y, luego lo amenazó diciéndole que si hablaba o decía algo, iba a matar a sus hermanos.

Para así decidir el Tribunal valoró los elementos probatorios reunidos, tales como el acta de denuncia de fs. 1, el informe de lesiones de fs. 12, la declaración testimonial del menor de fs. 30/31, entre otros.

2.- Recurso de casación

El recurso se articula en función del art. 474 inc. 1° y 2 del CPP.

Ello por cuanto estima que la resolución cuestionada adolece de vicios formales y sustanciales que la invalidan como tal.

Entiende que el juzgador no ha explicado adecuadamente la forma de comisión del hecho y que se ha apartado del principio in dubio pro reo, toda vez que no ha ponderado ninguna de las pruebas existentes en la causa.

Expresa que el a quo ha seleccionado las pruebas de cargo para dictar una sentencia condenatoria y descartó las favorables al encartado.

Señala así vulnerada la presunción de inocencia de su asistido pues considera que el hecho no se ha probado fehacientemente.

En esta dirección cuestiona la valoración de la declaración en Cámara Gesell del menor víctima y, sostiene que los dichos de TEL no son veraces, por estar teñidos de mendacidad.

Agrega además que el tribunal no permitió una nueva declaración del menor, que a criterio de la defensa hubiera sido esclarecedora de los hechos. En otro orden, considera que el juzgador no ha respetado el principio de congruencia, toda vez que el hecho por el que resultó condenado el imputado resulta diverso respecto del descrito en la denuncia original y en la pieza requirente, con lo que entiende violentado el derecho de defensa.

Como vicio sustantivo denuncia la errónea aplicación del art. 40 del CP. Considera que su asistido carece de antecedentes y que el examen psicológico de fs. 162 ratifica, en todos los aspectos, la personalidad de P. P..

Entiende que el juzgador no ha tenido en cuenta la edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del imputado. Conforme a los argumentos señalados, alega la violación de **los incisos 2 y 4 del art. 416 del CPP** y por ello solicita la anulación de la sentencia y el reenvío de la causa al subrogante legal para la substanciación de un nuevo juicio. Formula reserva de caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

A fs. 438/439 vta. el Procurador General contesta la vista de ley y aconseja el rechazo del remedio intentado, por considerar que la estrategia defensiva más que señalar vicios concretos en el razonamiento del a quo, reedita su versión negando los hechos, cuestionando además la valoración de las declaraciones de la víctima.

A ello agrega que el recurso interpuesto constituye una discrepancia con las conclusiones del a quo interpretando el plexo probatorio desde su comprensible postura defensiva, pero sin alcanzar a demostrar que sus agravios sean suficientes para desvirtuar la sentencia condenatoria.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Por diversos motivos considero que el recurso de casación formulado por la defensa del acusado no puede prosperar. Paso a explicarlo.

De manera preliminar entiendo oportuno destacar que los agravios esgrimidos por la defensa pueden sintetizarse de la siguiente manera: a) errónea valoración de la prueba, en particular, sobre la declaración testimonial del menor víctima; b) crítica la decisión del tribunal de instancia previa que denegó el pedido formulado por la defensa para que se reiterara la declaración del menor; c) violación del principio de congruencia; y, d) resistencia de la pena impuesta.

Establecido el marco general de los cuestionamientos defensivos esbozados, entiendo que el deber de fundamentación de los pronunciamientos jurisdiccionales adquiere un mayor nivel de exigencia cuando, como ocurre en el caso sub examine, se trata de juzgar comportamientos que integran un género delictivo con matices y dificultades muy propias.

Me estoy refiriendo a los casos **de abusos sexuales infantil (ASI)** ocurridos en el ámbito intrafamiliar, en los que la violencia sexual cometida afecta a personas que integran un grupo social altamente vulnerable. La especialidad que hace a la naturaleza de este género de conductas ilícitas no sólo incide en cuanto a la necesidad –y deber– de ajustar las reglas de valoración de la prueba al contexto en el que se producen, esto es, adoptar un particular modo de ponderación de cada uno de los elementos probatorios incorporados a la causa, atribuyendo un significado de acuerdo a la naturaleza del caso.

Considero además que, de acuerdo a los compromisos asumidos por el Estado Nacional a través de los diversos instrumentos internacionales suscriptos en la materia, los órganos estatales, y en particular, los judiciales, deben concentrar –y redoblar– sus esfuerzos en procura de proteger prioritariamente a la

víctima de estos hechos, poniendo en marcha los mecanismos de los que dispone el sistema para ello, en procura de no profundizar innecesariamente el **grado de victimización sufrido**.

En este entendimiento, y tal como referí en el **precedente «Garrido Olivares»**, se ha establecido lineamientos con el fin de orientar la actuación de los distintos operadores del derecho en esta temática, con el objetivo de mejorar las condiciones y la calidad del abordaje que se le brinda a este sector vulnerable de la población que se presentan como víctimas o testigos en el marco de un proceso, abarcando las distintas etapas, desde la recepción de la denuncia hasta el seguimiento de la víctima o testigo con posterioridad a la culminación del proceso (**Guía de Buenas Prácticas para el abordaje de niños/as, adolescentes víctimas o testigos de abuso sexual y otros delitos, «Protección de sus derechos, acceso a la justicia y obtención de pruebas válidas para el proceso», JUFEJUS, ADC Asociación por los Derechos Civiles y UNICEF, Argentina, 203**).

Todo ello por considerar que los delitos contra este sector vulnerable de la población son delitos complejos en cuanto a su corroboración, por lo que se requiere que «[...] los estados y los sistemas judiciales contengan estructuras, procedimientos y mecanismos adecuados que faciliten la exteriorización de denuncias, optimicen las oportunidades existentes para la recolección de las pruebas y aseguren un abordaje que proteja a la víctima» (ob. cit, p. 13).

La referida guía establece en el capítulo de «Principios generales» como objetivo para proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes víctimas y testigos de delitos contra integridad sexual, tener en cuenta las necesidades de este sector vulnerable de la población, optimizando las oportunidades existentes para la recolección de pruebas y teniendo en cuenta sus necesidades, asegurando, de esta manera, un abordaje de la problemática que proteja a la víctima.

Con base a todo lo expuesto, me interesa destacar –por su relevancia probatoria en este tipo de delitos– la importancia o conveniencia de realizar la video-grabación, no sólo de la declaración testimonial del menor en Cámara Gesell, sino también de todo acto procesal donde la víctima sea sujeto de prueba, ello con el fin de sostener el necesario equilibrio que tiene que existir entre el derecho de la víctima a no ser revictimizada en el sistema judicial y, por el otro, salvaguardar el derecho de defensa del imputado, a fin de que pueda tener la debida intervención en los actos procesales que debieran ser considerados irreproducibles desde el punto de vista de evitar la revictimización secundaria de la víctima en el sistema judicial. En este sentido, dentro del capítulo que trata los lineamientos a tener en cuenta para evitar la revictimización, la citada guía establece que debe limitarse al mínimo toda injerencia en la vida privada y cantidad de intervenciones en las distintas etapas del proceso, asegurando de esta manera que la víctima no se exponga innecesariamente a lo largo del proceso.

Sostiene al respecto que «[...] es fundamental que, por un lado, se realice la video-grabación de la entrevista por una profesional específicamente capacitada asegurando que dicho video-grabación sea utilizado en las distintas instancias y etapas del proceso judicial [...]» (ob. cit., p.15).

Ello en tanto, resulta materia indiscutible el daño irreparable a la integridad física, psíquica y moral que estos acometimientos sexuales provocan en sus víctimas.

Así el agresor sexual vulnera el derecho a la integridad, a la intimidad, a la privacidad de los menores, y, principalmente, a no ser expuestos a ningún tipo de violencia, abuso, explotación o malos tratos. Derechos que se encuentran protegidos a nivel internacional por la Convención sobre los Derechos del Niño. A nivel nacional y provincial, en diversas normas, entre las que se destaca la **Ley Nacional 26.061** de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes.

De este modo, el deber de fundamentación de un pronunciamiento sentencial en casos en que se hayan comprometidos los derechos de quienes integran un componente social altamente vulnerable, importa asumir un compromiso por parte del órgano juzgador en profundizar la exigencia de claridad y completitud, a los fines de impedir que el error o déficit de fundamentación pueda trasuntar en una revictimización de quienes han sido víctima de este tipo de hechos –abusos sexuales infantiles–. Considero, como a continuación se expondrá, que estos aspectos reseñados precedentemente se encuentran cumplidos en la sentencia cuestionada por el recurrente.

a. Sobre la alegada errónea valoración de la prueba y la negativa del tribunal de instancia previa de reiterar la declaración del menor.

A fin de llevar a cabo el control solicitado por vía casatoria, encuentro que el juzgador ha valorado el material probatorio con arreglo a las reglas de la sana crítica racional para tener por acreditado que, en el mes de julio de 2017, en días y horas no determinadas, pero durante la jornada diaria, J. B. P. P. le bajó los pantalones a TEL, de doce años de edad en ese momento, e introdujo el pene del niño en su boca succionándolo. Luego lo amenazó que si hablaba o decía algo, iba a matar a sus hermanos.

En este orden el a quo descartó el descargo del imputado realizado durante la investigación penal preparatoria en tanto negó los hechos y afirmó que A. B. L., progenitora del menor formuló la denuncia con la finalidad de quedarse con la vivienda del acusado.

Para el juzgador las razones invocadas por el acusado no encontraron sustento en el material probatorio, constituido principalmente por el acta de denuncia de fs. 1, la declaración testimonial del menor de fs. 30/31, la transcripción del testimonio de TEL brindado en Cámara Gesell; el informe psicológico de fs. 162 y vta., el informe psicológico del CAI de fs. 216/ 217, entre otros. A su vez, descartó los testimonios de R. S., de M. A. y de F. E.,- ofreciendo las razones por las que dichas declaraciones testimoniales no lograron enervar el valor convictivo esencialmente del testimonio del menor.

La narración de TEL, de doce años de edad al momento de los hechos, según copia de la partida de nacimiento agregada a fs. 108, fue decisiva y precisa para el juzgador en tanto señaló que el comportamiento gestual del menor resultó acorde con las experiencias vivenciadas. De este relato claro pudieron constatar las circunstancias de tiempo y de lugar.

A su vez, y en su estructura, resultó coherente. De tal manera, el hecho narrado por el menor a su progenitora coincide con el que fue expuesto en la Cámara Gesell, destacándose que los profesionales no advirtieron inconsistencias en el relato.

Ahora bien, de un análisis conjunto de la prueba valorada por el a quo, labor que el defensor omite considerar en el reclamo casatorio y que resulta necesario a fin de constatar la arbitrariedad que denuncia, advierto que la ponderación del testimonio del menor no aparece en forma aislada sino que se encuentra respaldada con el informe psicológico de fs. 216/217 y la declaración testimonial de la Lic. Vanesa Díaz Car prestada en la audiencia oral.

En este sentido el informe practicado por la Lic. Díaz Car de fs. 216/217 da cuenta que el menor no presentaba indicadores de alguna patología mental, y que tenía una significativa ansiedad y resistencia a conectarse con lo sucedido, malestar y angustia con marcada necesidad de evitar en pensar en el suceso. Se agrega allí, que es muy poco probable que existiera complicidad por parte de otros adultos de la familia frente a la situación de abuso, en tanto el relato del niño se presentaba coherente y concordante, sin advertirse criterios evidentes de haber influenciado o inducida su declaración testimonial ni una interpretación personal de los eventos.

De tal manera al aparecer el testimonio del niño con coherencia y verosimilitud en su relato, así como debida contextualización y corroboración periférica, no encuentro vicio alguno en la valoración realizada por el a quo en relación a esta declaración.

Ello en tanto todos aquellos parámetros fueron debidamente ponderados por el a quo, razón por la que el cuestionamiento de la defensa no puede prosperar. En esta misma línea considero que corresponde rechazar el agravio relativo a la negativa del tribunal frente a la petición de la defensa de que el menor declarara en el marco del debate oral.

El cuestionamiento del defensor no resiste el menor análisis cuando el a quo brindó debidas razones sobre la inconveniencia de la citación pretendida en función del informe suscrito por la Lic. Vanesa Diaz Car.

Expresamente señala ese informe que «citar nuevamente al menor implica una revictimización, sumado a una posible sensación de descreimiento o desconfianza, afectando su dignidad lo que podría causar un daño adicional, por lo que se sugiere **evitar la re victimización**» (fs. 376).

En tal sentido, y en la misma línea, ver lo oportunamente referido por este Tribunal en el **precedente «Santander»**.

Por otro lado, es necesario señalar que el defensor no indica en qué hubiera variado las resultas del juicio con la reiteración del testimonio de TEL, ni señala concretamente cual es el interés jurídico en reiterar su declaración, ni qué aspectos relevantes, puntuales y decisivos podían conocerse a través de una nueva declaración de la víctima. Esta falencia, aunada a las razones brindadas, conducen al rechazo de la pretensión formulada.

En conclusión, la revisión de la valoración conjunta de la totalidad del plexo probatorio me conduce a afirmar que el recurso de casación articulado se sustenta en una visión fraccionada de ciertos elementos probatorios, sin la debida correlación con los distintos elementos que restan eficacia a la estrategia defensiva.

De tal manera, la defensa reedita los argumentos debidamente rechazados por el juzgador, sin que se suministren en esta instancia otros elementos o consideraciones que conlleven a una respuesta diversa a la ya brindada.

b. Acerca de la pretendida violación del principio de congruencia

Idéntica suerte debe correr el agravio relativo a la violación del principio de congruencia, toda vez que el defensor esgrime de manera genérica la pretendida afectación al referir que P. P. fue condenado por un hecho diverso por el que fue denunciado, como también del contenido del requerimiento de citación a juicio. Entiendo que de la simple lectura de la denuncia formulada por A. B. L. surgen los aspectos fácticos que luego fueron corroborados a lo largo del proceso.

En efecto, en aquella ocasión, la progenitora del menor sostuvo que «su hijo se puso un poco triste, agachó la cabeza y le contó que su padrino en algunas ocasiones le había practicado sexo oral durante un largo rato, y que no quería contarle nada porque la primera vez que se dio esta situación fue en el mes de enero del corriente, donde P. le dijo que no contara nada, que era un secreto entre ellos dos, que no dijera nada».

En tanto que la pieza acusatoria de fs. 315/318, se reitera aquella base fáctica con detalles propios que luego surgieron con la investigación.

Así, allí se expresa que «para mediados del mes de julio de 2017, en días y horas no determinados, el acusado se encontraba en el living de su vivienda sita en ... de General Alvear y en oportunidad que estar solo con el menor TEL con quién convivía encontrándose el menor sentado en un sillón mirando televisión,

P. P. se acercó, le bajó los pantalones y comenzó a succionarle el miembro viril abusando sexualmente del niño y amenazó al menor diciendo que si hablaba o decía algo, iba a matar a sus hermanos».

De ello surge, según lo entiendo, una correlación debida entre la acusación fiscal contenida en el requerimiento de citación a juicio -y mantenida durante el debate- y la contenida en la sentencia, por lo que no advierto violación alguna al principio de congruencia y al derecho de defensa en juicio del encartado.

En este sentido ver los precedentes «Torres Surget»; «Ficara» (Palermo-AdaroNanclares), «Orellana Sepúlveda» (Valerio-Palermo-Adaro) entre otros.

En razón de lo expuesto debe rechazarse también este agravio.

c. Cuestionamiento sobre la pena aplicada al acusado

Finalmente, considero que tampoco puede prosperar el agravio de la defensa del acusado vinculado a la determinación de la pena impuesta por el tribunal de la instancia anterior.

Esto por cuanto, y como se explicará, en la sentencia cuestionada se han detallado de manera adecuada las circunstancias objetivas y subjetivas precisas para individualizar la pena aplicada, resultando suficiente la fundamentación en la que se sustenta el razonamiento judicial.

Entiende el defensor que el tribunal de sentencia sólo consideró las circunstancias agravantes pero que omitió meritar aquellos aspectos favorables al imputado, tales como no haber cometido ningún delito con posterioridad a la presente causa.

Al respecto señala que «siendo la primera condena del encartado debió absolverlo por aplicación del principio de inocencia».

Asimismo estima que no fueron tenidas en cuenta otras circunstancias que considera relevantes. Ahora bien, al momento de fundamentar el monto de la pena impuesta, el tribunal de anterior instancia consideró como circunstancias agravantes, el vínculo que mantenía el imputado con la víctima y su familia, la notoria diferencia de edad entre acusado y víctima, el estado de vulnerabilidad del niño por ausencia de su padre y, finalmente, la amenaza posterior al hecho que le anunció al niño.

En otro orden, y como circunstancias atenuantes, el a quo consideró relevante el gesto anterior del acusado de asistir a la familia del niño cuando carecía de vivienda, las ayudas económicas que realizó por la amistad que mantenía con el padrastro del menor y en especial la ausencia de antecedentes criminales y el excesivo lapso de duración del proceso.

Estimo que todas estas circunstancias han sido correctamente valoradas como agravantes y atenuantes, motivo por el que no se advierte de qué modo la sentencia se encuentra viciada en el punto aludido.

En este sentido debe señalarse que el recurrente se limita a formular una serie de apreciaciones generales, sin reconducir estos aspectos al caso concreto y sin tener en cuenta las circunstancias antes apuntadas.

Esto, más aún, cuando el juzgador impuso el mínimo de la escala penal prevista para el delito por el que se lo condenó.

Por lo expuesto, a mi juicio la sentencia se encuentra adecuadamente fundada también en este aspecto vinculado a la determinación de la pena impuesta. Por tales razones y opinión concordante del señor Procurador General, doy respuesta negativa a la primera cuestión propuesta en el acuerdo que lidero. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo y Dr. Valerio. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a favor de J. B. P. P..
- 2.- Tener presente la reserva federal formulada.
- 3.- Imponer las costas al recurrente vencido y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

36- ZURITA. 11-09-20.

| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
|-----------|--------------|------------|------|------------|---------|---------|-------------|---------|---------|---------|---------|-------------|---|------------|
| | Conv. | | | | | | | | | | | | | |
| VG | EG | NNA | - | PCE | - | - | P 1° | - | - | - | - | - | - | 474 |

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200911_FcZAJ.pdf

Lex: Art. 119, 1° párrafo en función con el 5° párrafo letra b y f, 54, 125 3° párrafo, 45, 2° supuesto, 12 y 29 inc. 3° del CP. Ley 26485. Ley 27499. Ley 26061. CEDAW. Convención Belem Do Pará. CDN. CADH. Ley 8869, 8896, 8929, 9040 y 9106. Art. 403 del CPP.

Vox: VG. NNA. A.S.I.. Abuso sexual simple agravado. Convivencia. Encargada de la guarda. Concurso real. Corrupción de menores agravada. Valoración de la prueba. Estereotipos. Perspectiva de género. Fundamentos orales. Fundamentos escritos. Principio de interseccionalidad. Imparcialidad. Imparcialidad. Nueva prueba. Preclusión.

Summa:

El TPC condenó a la nombrada a la pena de **diecinueve años de prisión como partícipe necesaria** del delito de abusos sexuales simples agravados por la convivencia y por ser encargado de la guarda en concurso real (reiterados en un número indeterminado de hechos) en concurso real con abusos sexuales con acceso carnal en concurso real (dos hechos) agravados por ser encargado de la guarda y la convivencia preexistente en concurso ideal con promoción a la corrupción de menores agravada por la situación de guarda y convivencia (arts. 119 primer párrafo en función con el quinto párrafo letra b y f, 54, 125 3° párrafo, 45 segundo supuesto, 12 y 29 inc. tercero del Código Penal).

La **defensa** interpone recurso de casación.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. La **SCJM** resolvió hacer lugar al recurso de casación promovido por la defensa de M. F. A. P. y, en consecuencia, anular el punto II de la Sentencia N° 944, la parte respectiva de los fundamentos vertidos oralmente y el debate, sólo en lo que a M. F. A. concierne, remitiendo, en función de lo resuelto en el resolutive 1, las presentes actuaciones al TPC N° 1 – 1° CJ, a fin de que la OGAP siga el trámite de ley, conforme al resultado aquí arribado, a efectos de que realice un nuevo juicio (art. 486 del CPP).

Resolución cuestionada: Sentencia N° 944(18-10-19), pronunciada por el TPC N°1-1-2° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Chacón Moyano.
- Gonzalez Pringles.
- Ontiveros. 22-05-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180522_FcOAJ.pdf
- Robledo Vergara. 09-05-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190509_FcRVBE.pdf
- Riquelme Valdez
- Flores González. 10-04-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190410_FcFGM.pdf
- Mopardo Dupox. 18-05-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180518_FcMDH.pdf
- Ferreyra Ordoñez. 05-06-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190605_Ferreyra.pdf

b-CIDH

- Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. 24-02-12.
https://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=196
- Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala. 19-11-15.
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_307_esp.pdf
- Gutiérrez Hernández y otros Vs. Guatemala. 28-08-18.
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_339_esp.pdf
- Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala. 09-03-18.
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_351_esp.pdf
- V.R.P., V.P.C y otros vs. Nicaragua. 08-03-18.
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_350_esp.pdf

Doctrina citada

DI CORLETO, Julieta «La Valoración de la prueba en casos de violencia de género» en Garantías Constitucionales en el proceso penal, (Florencia Plazas y Luciano Hazan), Bs.As., Editores del Puerto, 2015, p. 1

COUSSIRAT, Jorge, Código Procesal Penal Comentado de la Provincia de Mendoza, Tomo II, Ed. La Ley, pág. 274.

HERRERA, Marisa, Comentario al artículo 638 del CCyCN, en: Lorenzetti, Ricardo (Dir.), Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, tomo IV-Arts. 594 a 723, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2015,)

SCJM. Dres.: **Palermo**. Adaro. Valerio. (Disidencia)

Fallo.

CUIJ: 13-05037523-9/1((018601-40710)). QUERELLANTE Y F. C/ ZURITA ABREGO JESUS M. Y ALCARAZ PEREZ MARIA FERNANDA P/ ABUSO SEXUAL AGRAVADO (40710/18) (40710) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN. *105203365*

En Mendoza, a los once días del mes de septiembre del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N°13- 05037523-9 caratulada “**FC/ZURITA ABREGO JESÚS MANUEL Y ALCARAZ PÉREZ MARÍA FERNANDA P/CASACIÓN**”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, **DR. OMAR A. PALERMO**, segundo Dr. **MARIO D. ADARO** y tercero Dr. **JOSÉ V. VALERIO**.

A fs. 820/831vta. la defensa oficial de María Fernanda Alcaraz Pérez, promueve recurso de casación en contra de la sentencia n° 944, de fecha 18 de octubre de 2.019, obrante a fs. 819 y sus fundamentos vertidos oralmente en audiencia de debate, en tanto se condenó a la nombrada a la pena de diecinueve años de prisión como partícipe necesaria del delito de abusos sexuales simples agravados por la convivencia y por ser encargado de la guarda en concurso real (reiterados en un número indeterminado de hechos) en concurso real con abusos sexuales con acceso carnal en concurso real (dos hechos) agravados por ser encargado de la guarda y la convivencia preexistente en concurso ideal con promoción a la corrupción de menores agravada por la situación de guarda y convivencia (arts. 119 primer párrafo en función con el quinto párrafo letra b y f, 54, 125 3° párrafo, 45 segundo supuesto, 12 y 29 inc. tercero del Código Penal).

El pronunciamiento fue dictado por Sala Unipersonal del Tribunal Penal Colegiado n° 1 de la Primera Circunscripción Judicial en autos n° P- 40710/18.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO,

DIJO:

1.- La sentencia recurrida

La sentencia puesta en crisis tuvo por probado que: *«En fecha no determinada, pero aproximadamente entre el mes de enero y mayo de 2.018, Jesús Manuel Zurita Abrego en reiteradas oportunidades abusó sexualmente de la menor Valentina Micaela Montenegro, de 11 años de edad, hija de su pareja María Fernanda Alcaraz Pérez, con la cual convivió en el domicilio ubicado en la calle Las Heras n° 732 de la localidad de Eugenio Bustos sito en San Carlos, Mendoza. El primer episodio se produjo en horas de la noche en momentos que la señora Alcaraz se había retirado de la vivienda para dirigirse al departamento de Rivadavia dejando a Valentina Montenegro junto a sus cuatro hermanos al cuidado de Zurita, ahí es cuando la menor dice que la violó, en la Cámara Gesell. Luego a mediados del mes de enero del mismo año en horas de la madrugada en momentos en que la niña había vuelto del baño a acostarse en su cama, tras quedarse dormida Jesús Manuel Zurita Abrego, se le subió nuevamente encima, le bajó los pantalones cortos y la penetró por la vagina.*

Dichos episodios fueron perpetrados por el señor Zurita en el domicilio donde convivían accediéndola en forma vaginal y anal incluso en presencia, alguno de estos abusos de una hermana menor. Abordando a

la niña en distintas oportunidades en el suelo del dormitorio, manoseándola cuando la misma limpiaba el baño, o incluso espiando a la menor cuando la misma se estaba duchando y como consecuencia Valentina Montenegro quedó embarazada manteniendo la gestación de aproximadamente dieciocho semanas. Asimismo tales sucesos sucedieron gracias a la indiferencia y despreocupación demostrada por la ciudadana María Fernanda Alcaraz Pérez que también hizo actos materiales tendientes a facilitarle desde el punto de vista técnico jurídico, promover la corrupción de su hija menor, prestándole la cama con el cambio de cama, para que el que empezó siendo novio de ella pasara a tener relaciones sexuales con su hija, sabiendo ella, prestándoles el lugar para que lo hicieran» (registro audiovisual del día 18/10/19 a partir de la hora 1:39:50).

Para así decidir el juez de sentencia valoró las testimoniales prestadas en audiencia de debate por: la Lic. Etelvina Nuñez; la Lic. Roxana Paola Romero; el Lic. Ángel Alberto Valenzuela; Gabriela Marisol Bordón Nuarte; la Dra. Claudia Gómez; el Dr. Cristian Ordovini; las testimoniales prestadas en la investigación penal preparatoria por María Eugenia Farías; Matías Coronel Martínez; Víctor Ortiz; Noelia Carrizo; informes del Lic. Bertello, del Dr. Chambella; de la Lic. Pelaia; del Dr. Marino; del Dr. Herrera Mingorance; de Carlos Coronel; Marta Zapata; las declaraciones prestadas en audiencia de debate por los imputados Zurita y Alcaraz, como también el resto de los elementos de prueba debidamente incorporados.

2.- El recurso de casación

La defensa oficial de María Fernanda Alcaraz Pérez formula recurso de casación a tenor del art. 474 inc. 2° del CPP, por entender que se han inaplicado normas que el código procesal establece bajo pena de inadmisibilidad, caducidad o nulidad.

Nueva prueba, progresividad y preclusión.

Refiere que **no se ha observado lo dispuesto** en los arts. 403, 416 inc. 3 del código de rito y no se ha cumplido lo prescripto por los principios nucleares del proceso penal mendocino, esto es: **progresividad y preclusión**, congruencia, imparcialidad del juez y reglas del sistema acusatorio adversarial.

Considera que la sentencia padece de defectos en su motivación que le impiden erigirse como acto jurisdiccional válido por haberse transgredido en ella reglas procesales y principios que la revisten de apariencia fundada, manifestándose el vicio de arbitrariedad y en consecuencia resulta nula.

Afirma que se no se observó lo prescripto por el art. 403 del CPP cuando el sentenciante admitió prueba nueva (art. 403 del CPP) no solicitada por los acusadores.

Explica que durante el debate el juzgador **admitió un pedido de nueva prueba** que no fue solicitado por las partes y aún en contra de la expresa mención del Ministerio Público Fiscal de que no se trataba de nueva prueba.

Explica que durante el debate se presentó a **declarar Gabriela Bordón –Técnica en Minoridad y Familia– del equipo de trabajo del E.T.I. (antes Oal)**. Al declarar el Fiscal en Jefe le exhibió constancias de fs. 38 y ss –copias simples de actas de intervención del expte. Administrativo del Oal–; minutos más tarde el representante de la Fiscalía advirtió que había olvidado ofrecer la prueba instrumental en original o copias certificadas por lo que solicitó al juez la remisión urgente de los originales de las copias que obran en el expte. de fs. 38 y siguientes, enmascarando su omisión de ofrecerlas oportunamente. Refiere el recurrente que en el afán de suplir dicha omisión señaló que del debate surgía la necesidad de incorporar los mismos pero que no se trataba de nueva prueba.

Señala que se opuso a dicha remisión en atención a que no fue ofrecida oportunamente como prueba instrumental en la audiencia preliminar llevada a cabo.

Cuestiona que el juez al resolver no tan solo aplicó el art. 403 del CPP, resolución claramente *extra petita* que viola los principios de contradicción y del sistema acusatorio adversarial ya que no fue solicitado en dicho carácter por el fiscal, sino que además ordenó incorporar no solo las copias solicitadas sino todo el expediente Administrativo por resultar favorable a la teoría del caso de la fiscalía y por resultar con mayor poder convictivo que las copias simples.

Entiende que estas irregularidades **vulneran la imparcialidad del juzgador** ya que el juez de sentencia no hizo más que suplir el accionar deficiente de la Fiscalía y la querrela al momento de ofrecer prueba en el momento procesal oportuno. Añade que se agravia porque la petición tuvo amplia acogida en el juzgador con un rotulo distinto al pretendido pero acogido al fin.

Agrega que el agravio no reside solamente en la incorporación de ese medio de prueba, sino que fue utilizado en gran medida por los acusadores al efectuar sus conclusiones finales, y por el sentenciante al fundar citando fojas y fragmentos de sendas actas de intervención.

Afirma que el sentenciante vulneró el principio de imparcialidad del juez y el de congruencia (art. 416 inc. 3 del CPP). Manifiesta que el juez de la causa se encuentra en posición de sujeción a lo expresado por las partes, independientemente de que haga uso del **principio iura novit curia**.

Considera que perjudica a su defendida el hecho de que el juez valoró en extremo la circunstancia de que aquella brindó su cama matrimonial a la menor víctima de autos para compartirla con Zurita.

Agrega que al momento de los alegatos los acusadores no podían valorar ese aspecto ya que estaba comprendido en una testimonial que no fue incorporada como prueba –relativa a una **testimonial en cámara Gesell** de una hermana de la víctima–.

Agrega el recurrente que el tratamiento del dato en cuestión llevó al juez a efectuar una serie de razonamientos como descartar una calificación más benigna.

Además, este pormenor fue utilizado por el juzgador para cambiar la calificación legal de los delitos atribuidos, así mutó la facilitación de la corrupción a la promoción de corrupción al ponderar la mencionada cesión de la cama matrimonial como una prueba grave y contundente en contra de su pupila.

Agrega que el juez no explica de qué elemento probatorio obtuvo dicha información y señala el defensor que no existía medio probatorio independiente del que surgiera esa circunstancia fáctica.

Así entiende que el juez violó palmariamente tanto los principios del sistema acusatorio adversarial como lo dispuesto en el art. 416 inc. 3 del CPP puesto que si los acusadores no incluyeron valoración y mención a ese dato mal puede el sentenciante utilizarlo como punto de apoyo para motivar su acto sentencial. Ello no solo por violar las reglas del sistema acusatorio adversarial sino por tornar al fallo carente de nexos lógicos entre las pruebas rendidas en el debate y lo alegado por las partes y las conclusiones a las que llegó el juez.

Formula reserva del caso federal.

3.- La vista de la Asesora de Menores

A fs. 851/854 se expide la **Asesora de Menores en su carácter de querellante particular** por la víctima Valentina Montenegro. Analiza los agravios formulados y solicita se rechace el recurso de casación promovido.

Refiere que no es cierto que la prueba no fuera solicitada por las partes, que la **prueba fue requerida por la propia defensa de los imputados** tal como surge de fs. 278 *in fine* de autos. Por ello entiende que **no ha existido violación al principio de contradicción y sistema acusatorio adversarial** ya que la parte

también estaba en conocimiento del ofrecimiento de la prueba. Además, entiende que el contradictorio pudo ejercerse ampliamente en el momento del debate donde los defensores pudieron controlarla y controvertirla.

En relación al segundo agravio esgrimido señala que en los delitos contra la integridad sexual los tribunales suelen tener un criterio más amplio en la valoración de la prueba, cita jurisprudencia y entiende que es precisamente eso lo realizado por el juzgador al fundar su decisión, ha valorado cada uno de los elementos con que contó en el juicio sin valerse de la prueba que él mismo decidió invalidar. Considera que en la causa existen elementos que permiten concluir con certeza en la participación, aval y consentimiento de la madre respecto de las conductas abusivas de Zurita.

Señala que a esos efectos el juez valoró la declaración de la Lic. Etelvina Núñez; la inspección ocular del lugar del hecho; la existencia de las cartas pegadas a la pared; el relato de Jesús Montenegro corroborado por el testimonio del Dr. Ordovini; la declaración del Lic. Valenzuela; la declaración de Alcaraz; la declaración de la auxiliar del Oal Gabriela Bordón; las declaraciones de Eugenia Farías; el secuestro de cartas de fs. 285/287 y la pericia caligráfica de fs. 599/607; declaraciones de testigos como Marcelo y Matías Coronel, Ortiz Molina y Carrizo.

En su opinión ese cúmulo de pruebas permitió al juzgador llegar a la conclusión condenatoria y a la calificación de los hechos cumpliendo acabadamente con lo dispuesto por el art. 416 del CPP y la doctrina.

Tampoco considera que se dé la invocada violación al principio de congruencia ya que la base fáctica que dio origen a la decisión no ha sido modificada a lo largo del proceso.

Por los motivos expuestos entiende que el recurso es improcedente y se impone su rechazo.

4.- Dictamen del señor Procurador General

A fs. 858/860 se expide el Procurador General. Luego de examinar los agravios promovidos considera que el recurso no resulta procedente en lo sustancial.

Señala que el sentenciante durante el desarrollo del debate hizo lugar al pedido del representante del Ministerio Público Fiscal respecto a la solicitud de remisión legajo original y brindó motivadamente las razones por las que entendía corresponda acoger la petición.

Señala el Procurador General que la intervención del Juez fue imparcial y ajustada a derecho, de modo que no le asiste razón a la defensa en cuanto sostiene que la incorporación de ese elemento no había sido solicitada por las partes y que de la grabación de la audiencia del 17 de octubre surge que fue petitionado por el Fiscal, acogido por el sentenciante conforme los principios del sistema acusatorio adversarial. Agrega que en el expediente se encuentran agregadas copias simples de las actuaciones y fueron ofrecidas como prueba, que la Lic. Bordón al declarar en el debate, reconoció la firma de Eugenia Farías en el acta de intervención de fs. 38 y el Tribunal estuvo en condiciones de efectuar el mérito sobre su valor convictivo.

Señala que aún así de suprimirse mentalmente el legajo administrativo el resultado habría sido el mismo ya que la materialidad del hecho y la participación de Alcaraz quedó acreditada por el resto del plexo probatorio.

En segundo lugar, señala que el juez no valoró la declaración de Ana María Alcaraz en Cámara Gesell. En su lugar el *a quo* se refirió a otros medios probatorios que si contenían los dichos de Ana María Alcaraz. Estima que tampoco procede el segundo agravio tratado.

Aconseja el rechazo del recurso casatorio y la convalidación de la sentencia impugnada.

5.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso casatorio promovido por la defensa técnica de M. F. A. P., anticipo mi opinión en el sentido de que aquél debe ser acogido y, en consecuencia, la sentencia condenatoria y el debate – sólo en relación a la recurrente– deben ser anulados. Veamos.

De forma preliminar debe señalarse que en esta causa resultaron condenados J. Z. A. y M. F. A., ambos a la pena de diecinueve años de prisión.

El primero como autor de los delitos de abusos sexuales simples agravados por la convivencia y por ser encargado de la guarda en concurso real (reiterados en un número indeterminado de hechos), en concurso real con abusos sexuales con acceso carnal en concurso real (dos hechos) agravados por ser encargado de la guarda y la convivencia preexistente en concurso ideal con promoción a la corrupción de menores agravada por la situación de guarda y convivencia (arts. 119 primer párrafo en función con el quinto párrafo letra b y f del cuarto párrafo, 55, 119 3° párrafo, en función con el cuarto párrafo letra b y f, 54, 125 3° párrafo, 12 y 29 inc. tercero del Código Penal).

A su vez, M. F. A. P. fue condenada como partícipe necesaria en aquellos delitos atribuidos a J. Z. A.. Ahora bien, la facultad de impugnar la condena fue sólo ejercida por M. F. A., de modo tal que el análisis de la cuestión se va a centrar sólo en relación a ella y su intervención en los hechos objeto de la presente causa.

a.- Arbitrariedad en la valoración de la prueba

En primer lugar debo señalar que entiendo que le asiste razón a la recurrente en relación a su cuestionamiento vinculado a la valoración de los elementos de prueba llevada adelante por el juez de la instancia anterior.

Ello, en tanto advierto arbitrariedad en tal labor. En efecto, en la instancia anterior se asignó responsabilidad penal a M. F. A. en razón del conocimiento que ella tenía de la «relación sentimental» y sexual mantenida por Z. con V.M.M. y, además, la omisión de cuidados debidos. Ello, sumado al supuesto cambio de camas operado.

Respecto al conocimiento de los hechos de los que fuera víctima V.M.M, como la omisión de cuidados debidos y la consecuente falta de evitación de los abusos por parte de Z., atribuidos a F. A., como base del reproche jurídico penal, advierto que no se investigó durante el proceso, ni se estableció en la sentencia que la condenó a partir de qué momento la acusada tomó conocimiento de los hechos, así como tampoco si ella estuvo en condiciones de evitarlos.

Al respecto en la sentencia se señalan como elementos convictivos que llevan al convencimiento del conocimiento de A. de la situación, las manifestaciones de las técnicas de la OAL, a quienes los niños – A.M.A., J.M. y V.M.M.– contaron tal circunstancia. Sumado a ello, también se consideraron las cartas escritas por Z. a V.M.M., evento admitido por la imputada al declarar.

Ello se torna relevante pues cuando ocurrió el primer abuso sexual con acceso carnal, tal como se estableció en la sentencia –y así lo dijo V.M.M.–, la imputada no se encontraba presente –ver al respecto la declaración en Cámara Gesell de la niña–.

De esta forma el a quo no ha logrado explicar adecuadamente en base a qué elementos de prueba era posible sustentar el conocimiento de F. A. de los abusos sexuales sufridos por V.M.M. por parte de Z. en forma previa a la realización de cada uno de esos hechos, circunstancia ésta fundamental para derivar la responsabilidad jurídico-penal de F. A.. En relación a la posibilidad de evitación que F. A. tuvo de los hechos llevados a cabo por Z., entiendo –como anticipé– que ella no ha sido investigada.

En efecto, su situación de vulnerabilidad se desprende de diversas constancias de la causa. Así, por ejemplo, el examen psíquico que se le practicó da cuenta de su «personalidad de bajo nivel sociocultural, primitiva, con baja capacidad deliberativa, sumisa [...] adoptando una actitud de pasividad frente a situaciones de riesgo para su entorno» (ver fs. 593).

Este aspecto debió vincularse con los dichos de su hijo menor de edad J.M., relativos a que su madre habría sido víctima de golpes por parte de M. M. (padre de J.M. y V.M.M.).

De igual manera, las constancias del expediente administrativo de las que puede advertirse que para el mes de octubre del año 2017, F. A. concurrió a la Comisaría 18 de San Carlos para denunciar que había sido víctima de violencia de género por parte de su pareja. Menos aún se reparó en la propia historia de F. A., quien conforme se desprende de las constancias, a los veintiocho años de edad tiene cinco hijos e hijas menores de edad, todos a su cargo y sin cumplimiento de los deberes de responsabilidad parental por parte de los padres de aquéllos –conforme refirió la propia acusada en su declaración prestada en la Investigación Penal Preparatoria–.

A ello debe sumarse que su lugar de residencia fue lejos de su hogar de contención primario –sus padres vivían en Rivadavia– y que ella misma fue madre de su primer hijo a los quince años de edad. Todas estas circunstancias no han sido objeto de investigación, ni de análisis en la instancia anterior. En particular la circunstancia vinculada a la violencia en contexto de género de la que habría sido víctima –aun cuando no sería Z. el autor–. Lo mismo puede decirse de las condiciones socioeconómicas y de vivienda que F. A. podía ofrecer a sus hijos e hijas.

Sin embargo, se le atribuyó en la sentencia no haber garantizado privacidad e intimidad en el lugar donde vivían. A su vez, la característica de «sumisa» fue utilizada por el representante del Ministerio Público Fiscal en desmedro de F. A.. Reconducidos estos extremos y consideraciones al concreto análisis de la causa y del acto sentencial puesto en crisis, entiendo que el impacto no ha sido menor.

Por el contrario ha tenido gravitación decisiva al momento de establecer los hechos que se le atribuyeron y tener por acreditados los mismos. En efecto, del análisis de la causa se desprende que, entre las causas que motivaron la intervención del OAL en el año 2017, se encontraba la denuncia anónima relativa al cuidado negligente asignado a F. A. respecto de sus hijos e hijas menores de edad. En opinión de una de las técnicas de ese organismo administrativo (ver fs. 276) tal denuncia anónima habría sido realizada por el padre de uno de los hijos o hijas de F. A..

En tanto que del expediente penal se desprende que, luego de determinar la aprehensión de la imputada, personal de la OAL entrevistó a M. M.. Sin embargo, su testimonio sobre el conocimiento de los hechos de los que fue víctima su hija –V.M.M.– nunca fue requerido por la Fiscalía a cargo de la investigación. En otro orden, y relacionado con relación la conducta atribuida a A. de haber cedido su cama matrimonial a Z., advierto que esta circunstancia surgió de los dichos de su hija menor de edad A.M.A de nueve años de edad en Cámara Gesell.

Ahora bien, esta declaración fue excluida por el juez de la instancia previa.

Aun así, consideró acreditado aquél extremo de acuerdo a las manifestaciones del Lic. Valenzuela, quien entrevistó a la niña A.M.A en forma previa –evaluación– y luego en Cámara Gesell. Más allá de la

(in)validez de la consideración de aquella declaración del Lic. V., lo cierto es que ella fue meritada en forma solitaria, sin contextualizarse con los otros elementos de prueba obrantes en la causa. En efecto, el juez de la instancia anterior no vinculó la referencia del Lic. V. a la cantidad de camas de la vivienda donde residían F. A., Z., V. M. M. y sus hermanos con las declaraciones de los testigos que se refirieron a ello. Estos testigos son los efectivos policiales que participaron en el allanamiento.

Así, R. M. relató que en el lugar vio sólo dos camas (una grande de tipo matrimonial y una pequeña) –ver fs. 337 y vta.–; en tanto que J. B. refirió no recordar la cantidad de aquéllas (fs. 340). Tal detalle no resulta a mi criterio de menor trascendencia puesto que en ese domicilio habitaban y dormían, conforme surge de las constancias de la causa, siete personas: cinco niños menores de edad y dos personas mayores (Z. y A.).

Ahora bien, en la sentencia no se explica de manera debida cómo es que habría se habría materializado el reparto de tales camas que, en opinión del representante del Ministerio Público Fiscal y del juez de sentencia, configuró la conducta comisiva del delito de promoción a la corrupción de personas menores de edad.

De tal manera, y de acuerdo a ello, la sentencia cuestionada no aparece suficiente fundada para tener por acreditado el extremo endilgado a la acusada. A su vez, existen circunstancias consideradas en la plataforma fáctica determinada por el a quo que, a mi modo de ver, tampoco se encontrarían debidamente acreditadas.

En este orden, el juez señaló, al momento de fijar los hechos, los tocamientos de los que habría sido víctima V. M. M. por parte de Z. mientras limpiaba el baño, como también que la espiaba mientras se duchaba.

En relación a tales conductas, por un lado, encuentro que no se explica cuál sería, en relación a esos hechos en concreto, la conducta exigida a F. A. y cómo es que también estaba en conocimiento de ellos y pudiendo evitarlos no lo hizo.

Por otro lado, debe señalarse que tales eventos sólo surgen de la declaración en Cámara Gesell de la menor de edad A. M. A., elemento de prueba que fue excluido y el a quo no explica de qué otros medios de convicción debía derivarse tales eventos que se incluyeron en la plataforma fáctica.

Los defectos señalados tornan al acto sentencial nulo por cuanto la fundamentación de la sentencia resulta insuficiente al momento del establecimiento de los hechos y de la intervención en ellos por parte de F. A..

b.- Ausencia perspectiva de género en la valoración de los hechos y en consideraciones en el ámbito de la teoría del delito

En segundo lugar, debe entiendo importante referir que la sentencia cuestionada por la defensa también debe ser anulada por ausencia de perspectiva de género.

Así, y contrariamente a lo que ocurrió, considero que la perspectiva de género debió haber ocupado un lugar en el análisis de los hechos investigados desde diversas perspectivas: en la valoración de los hechos y en el ámbito de análisis del caso a luz de la teoría del delito.

Tal preterición de imprimir al proceso de un enfoque de género respecto de F. A., quien pertenece a un sector vulnerable de la población por ser mujer y por su condición socioeconómica, se apoya en estereotipos respecto de la mujer en relación al rol materno.

Esta circunstancia, surge evidente de diversas expresiones referidas por el representante del Ministerio Público Fiscal que formuló el alegato acusatorio final y por el juez que dictó la sentencia condenatoria aquí en revisión.

En este punto estimo oportuno reproducir parte de las expresiones vertidas por el representante del Ministerio Público Fiscal en el debate –específicamente, al momento de formular alegato acusatorio– y por el juez sentenciante.

Ello, puesto que de su reproducción se desprende que aquellos calificaron, no ya la o las conductas por la que estaba siendo investigada F. A., sino su moralidad y su forma de ejercer la maternidad. Así, al momento de formular el alegato final, el representante del Ministerio Público Fiscal expresó en relación, también a F. A. –conforme se desprende del registro audiovisual de fecha 18/10/19, primera parte– que: «[...] sobre todo de la madre [se] espera resguardo debido» (minuto 8.13); «[...] no tiene perdón, no tiene clemencia» minuto 9.53); «[...] la madre entre comillas, la madre con mayúsculas. Esa señora faltó a todos los elementales recaudos» (minuto 11.38); “[...] no trabajaría tendría un plan social” (minuto 12.27); «[...] quiénes debían garantizarlo [la protección] es decir “su madre” no estaba» (minuto 17.27). En alusión a la dificultad de que una defensora mujer ejerciera la defensa de A. refirió «[...] es difícil para la defensa defender a una mujer como la que está acá, al hombre... bueno...” (minuto 26.22).

Luego, agregó que «no solo había cuestión de convivencia sino también de guarda, esta madre se iba... casi como con Caperucita, solo que lo dejaba con el lobo y no quiero apelar al apelativo que se lo comiera... desde el punto de vista sexual es adecuado» (minuto 30.12); «[...] cuando se es madre primero están los hijos» (minuto 43.56).

Por su parte, al momento de brindar oralmente los fundamentos –ver registro audiovisual del día 18/10/19, segunda parte– el magistrado sentenciante refirió, en relación a F. A., las siguientes expresiones: «madre que estuvo ausente como madre en todo este proceso, ausente como madre pero no como delincuente [...] no solo ha habido omisión, ha hecho cosas para promover la corrupción, con el criterio de promoción y no facilitación de la corrupción [...]» (minuto 42.00); «[...] precisamente lo que hacen padres con hijos es enseñarle roles en sociedad, aparte esto es tabú» (ver registros audiovisuales, minuto 49.34); «[...] ha tenido madre, pero no ha cumplido rol de madre no lo ha cumplido como corresponde» (minuto 54.27).

Esas expresiones dan cuenta de las ideas y pensamientos vinculados al ejercicio de la maternidad –que es llevado adelante por mujeres– resultantes de modelos y patrones que, aceptados social y culturalmente, aparecen derivados del sistema patriarcal.

Tales concepciones fijan y determinan un modelo de maternidad que no respeta la diversidad de las concretas personas y, en definitiva, asigna mayor responsabilidad a las mujeres que a los varones frente al compromiso parental.

Estos preconceptos emitidos verbalmente cuando se trasladan al proceso judicial, determinan la investigación, la selección de los medios de prueba, la valoración de ellas y finalmente la decisión sobre la conducta atribuida, de manera que vician las reglas de debido proceso legal. Ello es lo que ha ocurrido en las presentes actuaciones.

En este sentido, conviene recordar que es deber de los operadores judiciales adecuar su accionar funcional al enfoque de géneros, y que ese deber deriva de un mandato convencional y constitucional incuestionable.

La normativa constitucional, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la jurisprudencia de los organismos internacionales especializados dan cuenta de ello de manera acabada.

Sumado a ello, el principio de igualdad ante la ley impone la obligación de analizar los conflictos a resolver desde un enfoque libre de los condicionamientos hegemónicos derivados del orden patriarcal –que, a su vez, se expresan de diferentes formas y en distintos momentos–.

Este deber no puede entenderse concentrado exclusivamente en aquellas causas en las que se resuelvan delitos cometidos en contexto de violencia de género –eje sobre el cual la producción jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia ha sido muy prolífera– sino que es extensivo e impacta en todo proceso en el cual se ventilen cuestiones relacionadas con derechos de mujeres y diversidades.

Así, en tal contexto, el enfoque de géneros adquiere relevancia.

De tal manera que no se advierte conflicto, en el análisis que propongo, de considerar la situación de F. A. desde una mirada de género, con los derechos que asisten a su hija menor de edad, como mujer y como niña, víctima de los abusos realizados por Z..

Es que entiendo que despojar de un enfoque carente de perspectiva de género a las decisiones judiciales no sólo implica un nuevo análisis de esta concreta causa, sino en ampliar esa mirada hacia el futuro y respecto de todas aquellas decisiones judiciales en las que se vean involucradas mujeres en posibles situaciones de vulnerabilidad en razón de su género.

En relación al impacto de estereotipos de género en ámbitos de administración de justicia, la Corte IDH se ha pronunciado en diferentes oportunidades. En ellas siempre ha sido conteste en que la función pública ejecutada desde o a partir de esta «pre-concepción de atributos, conductas o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente» es incompatible con los mandatos convencionales (conf. Corte IDH. Casos **Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012; **Caso Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2015; y **Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2018).

Más específicamente, ha reconocido también las consecuencias inconventionales que trae aparejado el uso de estereotipos negativos de género en el ámbito de la investigación penal, al concluir que la debida diligencia estatal no se encuentra garantizada en los procesos en los que la investigación está condicionada por este tipo de estereotipos (Corte IDH, **Caso Gutierrez Hernández Vs. Guatemala**, sentencia del 24 de agosto de 2017).

Este criterio es aplicable mutatis mutandi a la cuestión de autos. En efecto, y como adelanté, considero que el representante del órgano acusador y el juez se posicionaron frente a la imputada rotulándola como «mala madre», en contraste con el estereotipo y expectativa social de «madre normal» y, con base en esa concepción, formularon el reproche a F. A..

Este reproche no resulta, a mi criterio, sustentado y derivado de manera exclusiva en los elementos de convicción incorporados a la causa.

Esta forma de concebir a la acusada atraviesa todo el devenir institucional y se manifiesta en consecuencias puntuales de suma gravedad: definió tanto las líneas de investigación que se agotaron como las que se descartaron desde el Ministerio Público Fiscal; definió la teoría del caso que el fiscal presentó ante el tribunal de juicio; generó un posicionamiento de condena anticipada por parte del juez durante el debate en perjuicio de A., con la consecuente pérdida de imparcialidad que ello supone; y claramente contribuyó en la justificación del reproche penal que se le formuló.

A este tipo de consecuencias es a las que hace referencia la Corte IDH cuando advierte los problemas de condicionar las investigaciones por estereotipos de género. Si la investigación no tiene perspectiva de género, los elementos con los que cuente la judicatura al momento de tomar una decisión, y su valoración, serán parciales y no reflejarán de manera integral las circunstancias en las que los delitos se pudieren

haber cometido. Por el contrario, la exigencia dirigida a los órganos jurisdiccionales debe estar encaminada a considerar aquellos elementos con perspectiva de género.

Esto con la finalidad de evitar hacer recaer en la persona imputada las consecuencias de una investigación sesgada por criterios donde ella está ausente. Por otra parte, también debió ocupar un lugar determinante el análisis con perspectiva de género del caso desde el ámbito de la teoría del delito.

De tal modo, debió determinarse a nivel del tipo objetivo la capacidad individual de acción de F. A. en orden a la posibilidad de evitación de los hechos endilgados.

Asimismo, debió analizarse transversalmente el caso, desde la perspectiva de género, pues ello hubiera podido incidir, o no, en la determinación de la existencia de una posible causa de de justificación o de exculpación del comportamiento de F. A.. Lo expuesto no significa afirmar que el caso debe justificarse o exculparse, sino simplemente que debió analizarse dichas hipótesis desde la perspectiva de género para aceptarlas o descartarlas.

Nada de ello ocurrió y por este motivo también aparece como inválida la sentencia en análisis en esta instancia.

Finalmente, dos conclusiones sobre lo analizado en este apartado. La primera: la sentencia cuestionada adolece de la debida perspectiva de género que imponía el análisis del caso. La segunda: en nuestro sistema penal no es posible juzgar a las personas acusadas de acuerdo a una culpabilidad por la conducción de su vida.

En efecto, los hechos que se han juzgado en la presente han tenido por víctima a la niña V.M.M., por lo que debió determinarse la intervención responsable de F. A. en esos hechos y no en relación al modo en que ejerció la maternidad.

Dicho de otro modo: a F. A. debió juzgársela por los hechos que habría realizado u omitido. Lo contrario es propio de un Derecho penal que toma al autor o autora por lo que es y no por lo que hizo, lo cual resulta ajeno a los fundamentos constitucionales de un Estado de Derecho.

En términos claros: sólo el hecho y no la conducción de vida del autor o la autora es lo que debe tenerse en cuenta para establecerse su culpabilidad. De tal manera y, de acuerdo a lo señalado, considero que la ausencia de una adecuada perspectiva de género en la valoración de los elementos de prueba, como en relación a aspectos fundamentales de la teoría del delito, importan arbitrariedad en la fundamentación y conllevan, también por este motivo, a la nulidad de la sentencia atacada.

c.- Algunas consideraciones sobre la expresión de fundamentos en forma oral y en relación a la unipersonalidad o colegiatura del tribunal en determinados supuestos

En tercer lugar, entiendo oportuno señalar que oídos los fundamentos vertidos en forma oral por el juez a quo, y más allá de las consideraciones realizadas en los apartados precedentes, no se encuentran dotados de la claridad y orden expositivo que requiere una sentencia condenatoria.

Esta circunstancia aparece contraria a la debida motivación de la sentencia en relación a la fijación de la plataforma fáctica, en función de la valoración elementos de prueba y, a la vez, en cuanto al encuadre legal que corresponde a los hechos.

A mi modo de ver el mejor método para llevar a adelante los procesos es la oralidad.

Con ella, y por definición, se pierde cierto rigor, pero se gana en didáctica. Entiendo que no resulta objetable fundar oralmente una sentencia, en tanto tal argumentación se brinde de forma clara, ordenada y suficiente, a fin de cumplir con el requisito de la debida motivación.

Ello permite, además y entre otras cosas, el control de logicidad de la sentencia. Sin embargo, y a mi modo de ver, cuando se trate de hechos que cuestionan la vigencia de normas constitutivas del orden social,

esto es aquellas normas cuyo peso social se corresponde con el de los delitos denominados como mala in se, es recomendable que la sentencia sea dictada con la rigurosidad de la forma escrita.

En especial si, como ocurre en el caso de autos, resulta de evidente complejidad probatoria y jurídica de las cuestiones. En base a ello es que entiendo que una fundamentación oral parecería procedente en casos que no ostenten complejidad de análisis o en los que la prueba cargosa resulte evidente. Dicho de otro modo: en supuestos de gravedad o complejidad probatoria, es recomendable que los motivos de la decisión jurisdiccional se expongan en forma escrita a fin de no vulnerar los principios que inspiran el deber de motivación.

En otro orden, entiendo oportuno reiterar aquello que en otras ocasiones he referido y que se vincula con la conveniencia de la actuación de tribunales colegiados en supuestos como el presente (ver al respecto mi voto en «**Chacón Moyano**»).

En efecto, la composición colegiada de los tribunales encargados de juzgar hechos ponen en tela de juicio la vigencia de normas constitutivas del orden social en un juicio oral y público, además de aumentar las garantías de verdad, redundando en una mayor posibilidad de respeto de las garantías de imparcialidad del juzgador e igualdad de armas de las partes.

Por otra parte, y en especial si se trata de casos graves y atravesados por la violencia de género, debiera garantizarse en la composición del tribunal colegiado la integración de, al menos, una jueza mujer.

De otra manera la falta de un tribunal colegiado para enjuiciar casos tan graves y complejos, agravados por la falta de rigor formal de la exposición escrita de la sentencia, constituyen una pérdida de rigor en el juzgamiento de hechos que ponen en cuestionamiento normas fundamentales del orden social.

d.- Conclusiones

En síntesis, la sentencia cuestionada por la defensa adolece de vicios en la valoración de la prueba que la invalidan como acto jurisdiccional. Ello en tanto no se ponderaron adecuadamente determinados elementos de prueba. Además, tanto la valoración de la prueba, como las consideraciones necesarias vinculadas a aspectos relativos a la teoría del delito, fueron realizadas sin la correspondiente perspectiva de género que imponía el caso en análisis. Todo ello desvirtúa la sentencia cuestionada como acto jurisdiccional válido.

En otro orden, y en razón de las valoraciones realizadas en el examen de la causa vinculado a las manifestaciones vertidas por el fiscal que intervino en el debate y el juez que dictó la sentencia, estimo que corresponde extraer compulsas de las actuaciones, así como de la presente resolución y remitirlas a la Procuración General y a Sala Administrativa de esta Suprema Corte de Justicia, a sus efectos.

Ello así puesto que consideraciones o expresiones como las vertidas en la presente causa no pueden ser toleradas ni pasar inadvertidas sí, como lo entiendo, apuntamos a brindar un servicio de Justicia con enfoque de géneros, libre de condicionamientos patriarcales, que sea garante efectivo del principio de igualdad entre las personas.

Por ello, considero que, tanto la rendición de cuentas, como la determinación de las responsabilidades ulteriores, en supuestos de incumplimiento de estos deberes adquiere fundamental relevancia en la consecución de los fines perseguidos.

Esto de manera complementaria con las otras herramientas que, desde las diferentes órbitas estatales, se vienen articulando para lograr una justicia con enfoque de géneros, como por ejemplo la capacitación obligatoria en género que regula la denominada «Ley M.» (ley nacional 27.499 y ley provincial 9196) o el ciclo de capacitación permanente en género dispuesto por esta Suprema Corte de Justicia para todo el personal del Poder Judicial (Acordada Nº 29.318).

De manera complementaria, encuentro también conducente promover acciones que refuercen la actuación de los y las operadores y operadoras judiciales desde un similar enfoque de géneros. Lo señalado encuentra razón en que la cuestión abordada en la presente sentencia relativa la ausencia de perspectiva de género en la instancia previa no fue planteada por la defensa en su recurso.

Así, estimo procedente cursar comunicaciones a los Colegios de Abogados de la provincia y a la Defensoría General de la provincia a los efectos de invitar a promover instancias de capacitación sobre estrategias de defensas penales desde aquella perspectiva.

Por lo expuesto, y oído el Procurador General, corresponde contestar de manera afirmativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Comparto los fundamentos en virtud de los cuales el ministro preopinante entiende que la sentencia cuestionada presenta vicios que conllevan a su necesaria declaración de nulidad en relación a M. F. A..

1- En especial, me interesa destacar ciertos aspectos que deben ser puestos bajo la lupa del enfoque de género, y formular algunas aclaraciones a los fines de evidenciarlos y evitar su reiteración.

Conforme vengo señalando en pronunciamientos anteriores (ver **González Pringles**, entre otros), en virtud de los compromisos internacionales asumidos por el Estado nacional de eliminar todo comportamiento discriminatorio hacia la mujer **basados en estereotipos y el impacto ineludible** que ello debe tener en el ámbito de la administración de justicia, entiendo imperante destacar las expresiones formuladas por parte del Ministerio Público Fiscal al momento de pronunciar sus alegatos y del sentenciante al brindar sus fundamentos, las que fueron señaladas en el voto que me precede.

Ello por cuanto estas expresiones evidencian la manera en que los razonamientos de las personas que operan en el derecho son atravesados por patrones culturales patriarcales que reproducen estereotipos de género y mitos en torno a los perfiles de las mujeres en situación de vulnerabilidad.

En el ámbito internacional –de jerarquía constitucional en nuestro país–, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece un deber genérico de prohibición de discriminación en materia de acceso y goce de derechos por razones de sexo –art. 2– y, asimismo, en su art. 24 indica que todas las personas tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley. Por su parte, el art. 6 de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer «Convención Belem Do Para» –Ley 24.632–, garantiza el derecho de las mujeres a estar libres de toda forma de discriminación y su derecho a ser valoradas «libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación».

El art. 7 de la misma Convención también exige la prevención y sanción de la violencia contra las mujeres y la realización de procedimientos legales justos. Los arts. 1 y 2 de la Convención sobre la Eliminación de todas Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) –art. 75 inc. 2º C.N.– condenan la discriminación contra la mujer. Específicamente el art. 5 impone a los Estados «modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basadas en la idea de inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres».

Por su parte, el Decreto Reglamentario N° 1011/2010 –reglamentario de la Ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales– establece en su art. 2º inc. e) que «se consideran patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género, las prácticas, costumbres y modelos

de conductas sociales y culturales, expresadas a través de normas, mensajes, discursos, símbolos, imágenes, o cualquier otro medio de expresión que aliente la violencia contra las mujeres».

En función de las aludidas mandas legales, resulta imperante un control judicial constante con enfoque de género, a fin de garantizar una efectiva prestación de servicio de justicia con perspectiva de género y, colateralmente, evitar posibles responsabilidades internacionales.

En este orden de ideas, in **re «Ontiveros Arancibia»** sostuve que «[...]que si bien la aplicación del orden supranacional y el ejercicio del control de convencionalidad deben ser llevados a cabo, prima facie, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no podemos dejar de evaluar que también los órganos públicos internos nacionales se encuentran obligados a su aplicación y ejercicio, con anterioridad a que la causa bajo cuestión llegue a los estrados de estos órganos institucionales supranacionales, ya que la intervención y conocimiento de éstos se establece solo de forma subsidiaria a los órganos internos estatales».

Pero fundamentalmente, el peligro de la adopción de tales posturas es que pueden derivar en un procedimiento de valoración de la prueba marcado por nociones, afirmaciones, insinuaciones y alusiones estereotipadas sobre cuál debe ser el comportamiento de las mujeres en sus relaciones interpersonales (Informe CIDH, Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia de género en las Américas, OEA/Ser.L/V/II.Doc.68, 20 de enero 2007).

Situación que, conforme ya sostuve, resultan contrarias al mandato del Derecho Internacional y son lesivas de las pautas de igualdad y no discriminación en el acceso a la justicia. Con razón sostiene Julieta Di Corleto que «Las decisiones de los órganos jurisdiccionales son un buen reflejo de los valores de la sociedad a la que pertenecen. La forma en la que los jueces argumentan en sus resoluciones no solo tiene trascendencia en la respuesta al conflicto individual, sino que también permite aprehender las miradas de la justicia sobre las condiciones que generan exclusión política, económica y social [...]» (**Di Corleto, Julieta «La Valoración de la prueba en casos de violencia de género» en Garantías Constitucionales en el proceso penal, (Florencia Plazas y Luciano Hazan), Bs.As., Editores del Puerto, 2015, p. 1).**

Por ello, estimo conveniente extraer compulsas de las actuaciones, así como de la presente resolución y remitirlas a la Procuración General y a Sala Administrativa de esta Suprema Corte de Justicia, a fin de que se tomen las medidas correspondientes.

Del mismo modo, y advirtiendo la falta de perspectiva de género en el ejercicio de la defensa técnica, entiendo pertinente sugerir a los Colegios de Abogados de la provincia y a la Defensoría General de la provincia a promover instancias de capacitación sobre estrategias de defensas penales desde perspectiva de género.

2- En otro orden, y por estas mismas razones, comparto lo sugerido por el ministro preopinante, en cuanto entiende conveniente que en las causas que revistan gravedad o complejidad probatoria, debiera garantizarse la constitución de un tribunal colegiado.

En especial, si a las características referidas se suman circunstancias o casos que se encuentran atravesados por cuestiones de género, donde también resulta conveniente –en la medida de lo posible– la integración del tribunal con una jueza mujer. Sin embargo, no comparto las apreciaciones formuladas por el ministro que me precede en punto a la conveniencia de realizar por escrito los fundamentos en casos de complejidad probatoria y jurídica, a fin de no vulnerar los principios que inspiran el deber de motivación.

Al respecto, esta Corte se ha pronunciado en el **precedente «Robledo Vergara»**, en el sentido que «[...]la profundización del carácter acusatorio-adversarial del juicio penal, resultado de la implementación de las

modificaciones introducidas al sistema de administración de la justicia penal en la órbita local[...] se traduce, entre otros, en ubicar la oralidad como una de las notas esenciales que hacen al rediseño del proceso de enjuiciamiento criminal».

En función de ello, se refirió que «la autorización para exponer oralmente los fundamentos orales proviene del propio texto legal; y, por otro, porque tampoco existe en el ordenamiento procesal vigente alguna razón que le prohíba al juez de sentencia obrar de esta manera... [c]on lo cual resulta ilógico pensar que en un sistema donde se profundiza la oralidad, el juez se vea impedido de justificar sus decisiones – en este caso, un fallo de condena–, a través de esta vía».

A ello se suma que –según entiendo– el nuevo procedimiento organizado en torno al principio de oralidad, debe concebirse como una estructura eminentemente comunicacional, en donde el destinatario de las decisiones judiciales no solamente es la parte interesada en el proceso, sino también la sociedad. Es por ello que, en casos de complejidad probatoria, quien tiene a su cargo el ejercicio de la jurisdicción, es el que tiene el deber de realizar el esfuerzo por comunicar los fundamentos de la sentencia en forma ordenada y con un lenguaje claro, de manera tal de dar cabal cumplimiento con la obligación de motivación de las sentencias. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Disidencia.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN EL DR. JOSÉ V. VALERIO, EN DISIDENCIA, DIJO:

Puesto a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia condenatoria dictada en la presente causa corresponde adelantar que, por los motivos que a continuación se exponen, la impugnación resulta parcialmente procedente. Veamos.

Perspectiva de género

1.- En primer término, por razones de un estricto orden lógico jurídico y perspectiva de género relacionado no sólo con la víctima VMM sino también de dicha perspectiva de género con la acusada, corresponde analizar el agravio formulado por la defensa de la Sra. M. F. A. P., relativo a la incorporación en el debate de la totalidad del legajo administrativo por el Juzgador en calidad de nueva prueba a los términos del artículo 403 del CPP, lo que a criterio de la recurrente enmascaró la omisión del Fiscal de ofrecerlas oportunamente pese a tener conocimiento al comienzo de la instrucción penal preparatoria (fs 826 del recurso).

De la reproducción del registro audiovisual de la audiencia de debate de fecha 17 de octubre de 2.019, se desprende que durante la declaración testimonial de la Lic. Bordón Nuarte (a partir de la hora 1.10.55), concretamente en la hora 1.22.11 luego de que el Fiscal le preguntara sobre el carácter del acta de intervención y pidiera la exhibición de los originales del acta de fs. 38, el sentenciante advirtió que se trataba de una copia simple.

Exhibida el acta, la testigo reconoció la firma de su compañera Farías y, se verifica que en la audiencia de debate del día 17 de octubre de 2.019 (ver registro de ese día primera parte, a partir de la hora 1:26:45), el Fiscal preguntó sobre la existencia de la documentación solicitada en el expediente y que el juez señaló que se podían requerir las actuaciones originales.

En tanto que reproducido el segundo registro audiovisual del día 17 de octubre de 2019 (hora 00:29 minutos), el representante del Ministerio Público Fiscal alegó en favor de la incorporación de los originales de las actuaciones administrativas, puesto que habían sido solicitadas por la defensa de uno de los imputados a fs. 278 in fine, motivo por el que solicitó la remisión del expediente (hora 01:03).

Las defensoras se opusieron por entender que se trataba de nueva prueba y que había fenecido la oportunidad de ofrecer prueba.

El juez resolvió que resultaba aplicable el art. 403 del CPP, que de la declaración de la técnica surgió la existencia de actuaciones y el artículo referido alude a nuevas pruebas, que se trata de nuevas pruebas para el debate ordenando solicitar la prueba instrumental y ofreciendo a las partes a fin de garantizar el contradictorio citar nuevamente a la testigo (hora 09:00 y ss).

De lo expuesto entiendo que el agravio formulado no puede tener acogida favorable. Al respecto advierto que le asiste razón a la representante de la querrela particular, en cuanto a que el legajo administrativo requerido no resultaba a ninguna de las partes una prueba desconocida puesto que efectivamente a fs. 278, durante la investigación penal preparatoria, el entonces defensor de Z. petitionó la remisión del legajo original sin que los defensores de la señora A. P., presentes en esa audiencia se opusieran a tal solicitud. Acierta también la querellante particular en que en la audiencia de debate pese a la oposición de ambos defensores a la remisión del legajo administrativo no hicieron reserva de recurrir en casación. Ahora bien, en relación a la normativa invocada por el a quo al solicitar la remisión del legajo administrativo y su incorporación como prueba, art. 403 del CPP., entiendo que luce adecuada. En cuanto al sistema acusatorio adversarial se refiere, esta corte se ha expresado en reiteradas oportunidades (ver al respecto los precedentes «Riquelme Valdez», «Flores González», «Mopardo Dupox», «Ferreyra Ordoñez») y ello implica abandonar definitivamente el sistema inquisitivo atenuado (mixto) del viejo código sancionado con la ley 1908 (aunque éste significó un gran avance frente al modelo inquisitivo anterior); incluso el modelo acusatorio atenuado de la ley 6.730 debe ser abandonado en su concepción primigenia ya que con la sanción de las leyes de reforma judicial (8.869, 8.896, 8.929, 9.040 y 9.106 de juicio por jurados, a las que hay que acompañar con las leyes 8.911 y 8.928 que reforman la vieja ley 8.008 de Ministerio Público que consagran la independencia funcional del Ministerio Público Fiscal y de la Defensa Pública), se impone la obligación de interpretar las normas procesales (investigación y juzgamiento) conforme a ellas en tanto se estableció un nuevo paradigma acusatorio adversarial –que resulta ser el único adecuado constitucionalmente a la manda del juicio por jurados–.

En este paradigma la responsabilidad de las partes no puede ser trasladadas al juez, ni este asumirlas, porque no sólo debe ser independiente e imparcial, sino también **imparcial**. Con ello la obligación de iniciativa probatoria del fiscal que está impuesta en el art. 367 del CPP (ley 9.040) es para acreditar los extremos de la imputación delictiva (teoría del caso, teoría de la prueba y teoría jurídica).

Y no como en los sistemas procesales vigentes en la Provincia con anterioridad, donde debía ofrecer la totalidad de la prueba. Así, la defensa tiene la responsabilidad de llevar adelante una eficaz defensa durante todo el procedimiento, asegurando las garantías del imputado/a y el debido proceso y en su caso su teoría del caso, a la que corresponde su teoría de la prueba y la teoría jurídica.

En consecuencia, no existiendo ahora la obligación, como en el sistema inquisitivo e inquisitivo atenuado, de ofrecer la totalidad de la prueba recogida durante la investigación, donde era práctica común que la defensa adhiriera a ella con la reserva en ocasiones que lo hacía «en la medida que beneficiara al imputado», entonces, el art. 403 del CPP (ley 6.730) debe ser interpretado sistemática y armónicamente a luz del sistema acusatorio adversarial vigente, con sentido dinámico de la necesidad y/o utilidad de la prueba, pero debiendo siempre asegurarse el contradictorio y el efectivo ejercicio de la defensa; y no con el viejo rigor formalista inquisitivo que imponía la caducidad.

En efecto esa norma prevé que durante el curso del debate se podrá ordenar a requerimiento de parte la recepción de nuevos medios de prueba que resulten indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad sobre los extremos de la imputación delictiva.

Entiendo que la correcta inteligencia de la norma aplicada por el juez implica que el carácter de «nueva» prueba puede ser absoluta o relativa, en este último caso al tratarse de elementos de convicción ya producidos e introducidos al proceso con anterioridad al debate (**en este sentido ver Coussirat, Jorge, Código Procesal Penal Comentado de la Provincia de Mendoza, Tomo II, Ed. La Ley, pág. 274**).

Es decir, «nueva» no sólo se refiere a un elemento probatorio no conocido, sino también que conocido no fue ofrecido según el art. 367 del CPP o que habiéndolo hecho el juez la hubiere excluido por entender que era manifiestamente impertinente o superabundante (art. 368 del CPP), pero que en el curso del debate resulta indispensable o manifiestamente útil.

Esta interpretación se impone, además, porque de lo contrario resultarían abrogadas las normas que refieren a ella en los arts. 367 y 368 del CPP y el Fiscal se vería obligado a ofrecer toda la prueba conocida sin discriminar y el juez no podría excluirla, por el riesgo de caducidad, trayendo la inconsecuencia y contrariedad entre normas acusatorio-adversariales y prácticas inquisitivas propias del modelo procesal abandonado.

Por otra parte, considero que la importancia y utilidad de la prueba incorporada, radicaba en que la actuación del personal del Equipo Técnico Interdisciplinario (E.T.I., ex OAL), en virtud de la cual se detectaron los hechos aquí investigados, se llevó a cabo en el marco del legajo administrativo solicitado y respecto del cual en la causa sólo se encontraban agregadas copias simples.

Además, no coincido con la crítica formulada en cuanto a que se vulneraron reglas del sistema acusatorio adversarial y existió parcialidad por parte del juzgador.

Contrariamente, de la reproducción del registro audiovisual surge la advertencia formulada por el juzgador respecto a la posibilidad de todas las partes de someter al contradictorio y de volver a citar a testigos en caso de ser necesario luego de recibir el legajo administrativo.

Y reanudada la audiencia en fecha 18/10/2019, el Fiscal hizo referencia a la prueba ofrecida en su oportunidad (registro 18/10/2019, hora 0:13 minutos) y a la producida durante el curso del debate y «del legajo pertinente que se solicitó al OAL» (hora 0:25 minutos), pruebas a las que adhirió la parte querellante (hora 0:30 minutos).

A su vez, la defensa expresó: «Si, esta defensa también su Señoría» (hora 0:35 a 37 minutos). De ello, y sobre todo de la circunstancia que la solicitud de remisión del expediente del E.T.I. (ex OAL) fue requerida por el representante del Ministerio Público Fiscal, se deriva que la actuación del juez no se produjo por fuera de lo efectivamente lo solicitado por las partes.

Finalmente, es precisamente esta actuación la que da cuenta de la situación de violencia de género que padecía la señora A. P. con anterior pareja y que analizado con una perspectiva de género debe entenderse indispensable para valorar en contexto la conducta de la acusada, como asegurar el interés superior de la niña V.M.M.

Prueba

2.- Se queja también la recurrente, que al momento de formular alegatos los acusadores, como también al fundamentar la sentencia el juez, valoraron aspectos que no podían ponderar puesto que el medio de convicción del que surgía era una testimonial en Cámara Gesell de A.M.A. (hermana de V.M.M.).

Sostiene que se otorgó importancia extrema al dato allí aportado relativo a que la Sra. M. F. A. P. dio su cama matrimonial para que su hija V.M.M. la compartiese con Z..

No concuerdo con la crítica formulada.

El Fiscal expresamente solicitó que no se incorporara la declaración en Cámara Gesell de A.M.A. (registro 18/10/10, hora 02:24).

Asimismo, el juzgador luego de requerir si a la niña se le había informado en Cámara Gesell sobre la posibilidad de no declarar al ser su madre la sospechada, y a tenor de las previsiones del art. 233 del CPP, hizo que A.M.A. concurriera al debate a fin de que se expidieran al respecto.

Así, y luego de la negativa de la niña decidió el magistrado excluir tal elemento probatorio (registro audiovisual de audiencia de debate del día 18/10/19).

De tal manera ni las partes pudieron prevalecerse de tal medio de prueba, ni el juez lo utilizó como elemento convictivo para tener por acreditado el conocimiento respecto a los abusos sexuales de los que su hija fue víctima ni de la promoción a la corrupción que se le atribuyó.

Ahora bien, toda vez que de las constancias de la causa se desprende que la víctima de autos es V.M.M., una niña de once (11) años de edad que pertenece a un sector vulnerable de la población, entiendo necesario realizar algunas consideraciones en torno a los compromisos asumidos por el Estado argentino de asegurar un efectivo acceso a la justicia (arts. 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Particularmente en lo que respecta a la garantía de acceder a una investigación penal sería respecto a un delito cometido en ámbitos de incumbencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos –esto, en el pleno entendimiento de la condición de obligación de medios que rige a su respecto– y considerando, a su vez, que la investigación criminal realizada en forma acorde a los mandatos de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos funge como una medida de reparación para la víctima y sus familiares.

Por otra parte, no puede confundirse la amplitud de la garantía constitucional de la acusada de no colaborar con la investigación y abstenerse de declarar que hace decaer toda información que sólo haya podido obtenerse por su manifestación sino hubiera sido con el pleno conocimiento que podía abstenerse de declarar y tener presente un defensor, con la simple facultad legal del testigo de abstenerse de declarar en contra del imputado (art. 233 del CPP).

En conclusión, por las razones señaladas, estimo que corresponde desestimar el planteo que se habría valorado indebidamente prueba.

Principio de congruencia.

3.- En cuanto al principio de congruencia, entiendo oportuno realizar las siguientes consideraciones. Considero que V.M.M., titulariza una doble protección jurídica: por ser mujer y niña cuenta con una doble condición de vulnerabilidad que la atraviesa (ver al respecto lo señalado en el **precedente «Vega»**).

En tanto que cada una de esas condiciones demandan una especial protección por parte de todos los agentes de la organización estatal, para prevenir la violencia de la que históricamente han sido objeto las niñas; y de los operadores del derecho, quienes tienen la obligación de ser diligentes en la investigación, imprimiendo en el análisis de estos casos una lectura desde el enfoque de género, con el objeto de brindar una solución legal y justa en cada caso.

Además, en el caso particular, es aplicable la jurisprudencia de la Corte IDH en el **Caso V.R.P., V.P.C y otros vs. Nicaragua**, sentencia del 8 de marzo de 2018, al pronunciarse sobre un caso de una niña de ocho años de edad, abusada sexualmente por su progenitor.

Allí se afirmó que: «Para los casos de violencia y violación sexual en contra de mujeres adultas, la Corte ha establecido una serie de criterios que los Estados deben seguir para que las investigaciones y procesos penales incoados sean sustanciados con la debida diligencia.

En el presente caso, la Corte tiene la oportunidad de referirse a la obligación que tiene un Estado cuando las investigaciones y proceso penal se dan en el marco de un caso de violación sexual cometida en contra

de una niña. Por ende, la Corte adoptará un enfoque interseccional que tenga en cuenta la condición de género y edad de la niña» (párr. 154) – el resaltado me pertenece–.

El enfoque de género con un análisis interseccional adoptado por la Corte IDH en el fallo citado, se encuentra establecido en el artículo 9 de la Convención de Belém do Pará, al disponer que los Estados Partes deben adoptar medidas específicas teniendo en cuenta la situación de vulnerabilidad de la violencia que pueda sufrir una mujer en razón de su raza, condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada, se encuentre embarazada, discapacitada, sea menor de edad o anciana, esté en situación socioeconómica desfavorable, en conflicto armado o privada de libertad –el resaltado me pertenece–.

Es conveniente destacar también que, en el precedente mencionado, la Corte IDH señala que además de los estándares establecidos en casos de violencia sexual contra mujeres adultas, los Estados deben acatar en el marco del artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, «medidas particularizadas y especiales en casos donde la víctima es una niña, niño o adolescente, sobre todo ante la ocurrencia de un acto de violencia sexual y, más aún, en casos de violación sexual» (párr. 155).

A continuación en el mismo párrafo, subraya «la obligación estatal reforzada de debida diligencia» y, de la «aplicación concreta a los cuatro principios rectores de la Convención sobre los Derechos del Niño, esto es el principio de no discriminación, el principio del interés superior de la niña, el principio de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo y el principio de respeto a la opinión de la niña en todo el procedimiento que la afecte, de modo que se garantice su participación, en lo que resulte pertinente para identificar las medidas especiales que son requeridas para dotar de efectividad a los derechos de niñas, niños y adolescentes cuando son víctimas de delitos de violencia sexual».

También se hace referencia en el fallo interamericano referido, que los Estados deben adoptar medidas especiales de protección en casos de niñas, niños y adolescentes por ser considerados y consideradas «más vulnerables a violaciones de derechos humanos, lo que además estará determinado por distintos factores, como la edad, las condiciones particulares de cada uno, su grado de desarrollo y madurez, entre otros. En el caso de las niñas, dicha vulnerabilidad a violaciones de derechos humanos puede verse enmarcada y potenciada, debido a factores de discriminación histórica que han contribuido a que las mujeres y niñas sufran mayores índices de violencia sexual, especialmente en la esfera familiar» (párr. 156), –el resaltado es propio–.

En el caso que nos ocupa, reproducidos los fundamentos orales de la sentencia, se desprende que el juzgador esencialmente ha valorado e interpretado en forma integrada, contextualizada y concordante pruebas decisivas incorporadas en la audiencia de debate.

En consecuencia, destaca la claridad del relato de la niña con su escasa edad y de la importancia del expediente administrativo que tenía a la vista y estaba en ... (registro de fecha 18/10/10, a partir del minuto 30 y ss); la declaración de la Lic. G. M. B. N., Técnica en Minoridad y Familia perteneciente al ETI (ex OAL) quien hizo un croquis de la vivienda (registro audiovisual de 18/10/19, a partir hora 1:19:11) y manifestó que en la vivienda entrevistó a Z., a la madre y a V.M.M., quien salió detrás del nylon negro que dividía la habitación y que «en el hospital V. le dijo que había tenido relaciones sexuales con Z. y que la madre lo sabía [...] da cuenta que el lugar es precario, hace un croquis, nos habla del nylon [...] y que la nena decía que dormía atrás del nylon» (registro audiovisual de 18/10/19, hora 1.21.07 y ss) y lo corrobora con la ratificación de la declaración de la Lic. B. de fs 317 (hora 1:22:30).

También ponderó la declaración de la licenciada en Minoridad y Familia, Roxana Robledo perteneciente al Programa Provincial de Maltrato Infantil (PPMI) que corrobora que V.M.M. fue admitida al programa y entrevistada por la Lic. E. N. (psicóloga) por la situación de abandono y negligencia de su madre (18/10/19,

a partir hora 01:00:45), que esta última entrevistó a V.M.M. y a su hermano el 11/05/2018, «dice que la vio [a V.M.M.] nerviosa, ansiosa, por la forma como se movía V. [...] comenta que claramente no le gustaba lo que le hacía J.».

Ello se corrobora con la declaración brindada por la Lic. N. cuando hizo referencia al sentimiento ambivalente de la niña y su abusador por la corta edad que no le permitía comprender la diferencia entre amor fraterno y amor erótico y refirió que la niña le habló de dolores en la panza y lloró mucho (registro 18/10/19 a partir minuto 33 y ss).

Además, valoró la declaración del Dr. O. quien declaró acerca del procedimiento administrativo llevado a cabo en la situación de V.M.M. y sus hermanos y hermanas, incorporado en la investigación penal preparatoria en copia simple y luego en original a pedido del Fiscal, da cuenta de las técnicas que son domiciliarias, que habían intervenido previamente por otras circunstancias entre otros aspectos (ver a partir de la hora 1:32:05) y, también analiza la pericia psíquica de la señora A. P. de fs 593 (ver registro de fecha 18/10/19 a partir de la hora 1:57:30).

Asimismo, de la reproducción del registro audiovisual del día 18/10/19, surge que el sentenciante al expedirse sobre la situación de la Sra. A. P., ha meritudo pruebas decisivas al momento de establecer la plataforma fáctica y el conocimiento de la situación por parte de la imputada en su rol de garante de su hija menor de edad, tales como: a) la declaración del Lic.V., quien entrevistó a las niñas V.M.M. y A. M.M. y al niño S.M. en forma previa a llevarse a cabo la Cámara Gesell, otorgándole vital relevancia al atribuirle credibilidad al relato de V.M.M. y, a la entrevista que mantuvo con la hermana menor de la víctima (A.M.A.), quien relató acerca de la relación previa de Z. con su madre, la relación posterior con V.M.M. y en cuanto a la cesión de la cama de mayores dimensiones por parte de su madre a V.M.M. (ver registro audiovisual de fecha 17/10/19 a partir del minuto 11:30 y registro de fecha 18/10/19 a partir de la hora 1:02:33 a 1:10:35);

b) la declaración de M. F. A. P. al admitir que las cartas secuestradas estaban pegadas en la pared del dormitorio de sus hijas (registro de fecha 18/10/19, hora 1.15.45) y, que por conocer la madre la relación entre la niña y Z. no le sorprendió ver las cartas y no lo denunció; c) También meritudo la testimonial brindada en la investigación penal preparatoria por M. E. F. V., Lic. en Niñez y Familia, integrante del OAL San Carlos quien realizó el seguimiento de la situación de la familia conforme el procedimiento del organismo administrativo mencionado y entrevistó a Z., a la señora A. P. y a los niños, señalando que el niño J.M. refirió que su madre le había dicho que V.M.M. estaba de novia con Z. y él le respondió que no estaba de acuerdo porque era muy grande para ella y que su madre le dijo que estaba bien porque la cuidaba (fs. 273/280); d) constancias de fs. 125 y vta que consigna que la vivienda consta de un solo ambiente dividido en habitación y cocina comedor y, se secuestraron en el lugar de la habitación donde se encuentra la cama matrimonial de dos plazas un escrito pegado en la pared y cartas en una caja con las frases «VALEN Y J.», un corazón en papel color blanco con la inscripción «TE AMO MUCHO YO V. J.», con vivos en color rojo y rosado, un trozo de papel color blanco la inscripción en color azul que dice «TE AMO MUCHO AMOR SOS TODO PARA MI, NO SE QUE VOY A SER SI NO TE TENGO A MI LADO AMOR SOY J. Z. TE AMO V.», entre otras hojas de papel de color blanco con leyendas similares; e) Declaración de J. A. B. R. de fs 340 y vta que refiere que una de las notas se encontraba pegada en la pared donde estaba ubicada la cama matrimonial y las otras en cajas; y, f) Pericia caligráfica de fs 599/607.

En consecuencia, con lo expuesto, considero que no se verifica vulneración a la al principio de congruencia sugerido por la defensa técnica de la señora A. P., porque en base a las pruebas referidas se constata que en la plataforma fáctica contenida en la acusación fiscal y se pondera el conocimiento de A. de las

situaciones de abuso sufridas por su hija menor de edad V.M.M. Entiendo que la crítica de la defensa se centra en la falta de acreditación del conocimiento de los hechos alegados por la señora A. P.. Como he señalado, los medios de prueba fueron correctamente ponderados por el juzgador sin que los fundamentos se adviertan arbitrarios, ni la motivación ausente, ni se verifica que se hayan infringido las reglas de la sana crítica racional, la lógica y la experiencia.

Además, al momento de ponderar la testimonial de la niña V.M.M. se respetaron los parámetros establecidos por esta Sala en relación a los delitos cometidos en contexto de género y los estándares establecidos en casos de abusos sexuales a niñas en contextos familiares antes referidos.

Sin embargo, aún con el esfuerzo del sentenciante, que se puede apreciar por el trabajo valorativo, no en la invocación discursiva, en los hechos lo fue con el enfoque diferencial (ley 27.372) e interseccional, como la perspectiva de género de la víctima de violencia sexual que quedó embarazada y del interés superior como niña de 11 años con el que debía hacerse, estimo que en el sub examine no quedó acreditado, fuera de toda duda razonable, con la prueba legítimamente incorporada, analizada, cotejada y valorada, que la señora A. P. tuviera conocimiento que Z. abusara sexualmente de su hija V.M.M. en horas de la noche del mes de enero de 2018, y tenido como el primer hecho. Ello, porque no se encontraba en la vivienda sino en el departamento de Rivadavia, según relató V.M.M. en Cámara Gesell, (acta de fs 165).

Tampoco que se hubiera ausentado del domicilio para que se cometiera el abuso sexual en la forma que se cometió. En consecuencia, por aplicación de los **arts. 2 y 408 del CPP** debe aplicarse la duda a favor de la acusada en relación a lo referido.

Pero, por otra parte, encuentro acreditado el segundo episodio que se produjo en la vivienda en calle ... de la localidad de ..., ..., Mendoza, a mediados del mes de enero de 2018 en horas de la madrugada, cuando la niña V.M.M. volvía del baño para acostarse en su cama y Z. se le subió encima para abusarla sexualmente y penetrarla, en circunstancias en que la señora A. P. se encontraba en la vivienda.

Considero que se ha demostrado que la señora A. P. después del primer episodio de abuso sexual con acceso carnal, tuvo conocimiento que Z. tenía relaciones sexuales con su hija V.M.M., con sustento en pruebas directas e indirectas valoradas en forma integrada por el sentenciante y referidas anteriormente.

Así por ejemplo, cabe mencionar el relato de la niña V.M.M. en Cámara Gesell en relación a este hecho de abuso sexual con penetración y al manifestar que ni Z. ni su madre trabajaban y que Z. estaba todo el día en la cama porque no conseguía trabajo (acta de fs 165 y vta; registro audiovisual 18/10/19 a partir hora 28.51 minutos); la declaración de la Lic. G. B. quien entrevistó a V.M.M., a Z. y a la señora A. P. en la vivienda y vio a V.M.M. que al levantarse en la mañana del día 10/05/2018, en una visita de seguimiento a la familia con su compañera la Lic. F., la niña salía detrás de la cortina que dividía la habitación donde se ubicaban las camas y, también cuando en el hospital le manifestó «que había tenido relaciones sexuales con Z. y que la madre lo sabía» agregando que dormía atrás de la cortina (18/10/19, hora 1.21.07 y ss); la pericia del C.A.I realizada por el Lic. V. L., quien informa a fs 141 vta. que el relato de V.M.M. fue espontáneo y creíble y lo ratificó en la audiencia de debate; la declaración de la Lic. Eugenia Farías de fs 273/278, cuando manifestó que en la entrevista mantenida con el niño J.M. en la vivienda, le relató que su madre le había dicho que Z. era el novio de V.M.M. y, que cuando él le respondió que no estaba de acuerdo, su madre le dijo que estaba bien que Z. estuviera de novio con V.M.M. para cuidarla (fs 274); la declaración del Dr. O. en audiencia de debate y en la presentación de fs 175/178 que dio cuenta del procedimiento del OAL en la intervención de la situación de V.M.M. y del seguimiento de la situación de la familia; la carta o nota de papel pegada en la pared donde se ubicaba la cama de dos plazas, secuestrada con el resto de notas con frases de Z. hacia V.M.M. relativas a la relación sexual y sentimental (fs 125 y

vta y fs, declaración de R. M. de fs 337/339 y de B. a fs 340); la pericia caligráfica de fs 599/606 en relación a las referidas cartas; la declaración de la señora A. P. cuando reconoció en la audiencia de debate que las cartas estaban pegadas en la pared; la declaración de la Lic. Núñez cuando declaró que vio nerviosa y ansiosa a V.M.M. y que le «comenta que claramente no le gustaba lo que le hacía J.» (registro 18/10/19 a partir minuto 33 y ss y fs 275), la constancia de fs 179 que da cuenta también durante la visita de las profesionales del OAL San Carlos al grupo familiar en fecha 10/05/2018, que Z. manifestó que hacían dos meses que era el novio de V.M.M. y mantenía relaciones con ella, lo que era conocido y avalado por la Sra. A. P. y fue confirmado por la niña.

La señora A. P. en fecha 26/10/2017 denunció una situación de violencia de género presenciada por sus hijos y, en fecha 23/11/2017 fue designada adulta responsable de sus hijos y se articularon acciones conjuntas con el Área Niñez de la Municipalidad de San Carlos para el seguimiento de la situación (fs 178). A partir de entonces el OAL San Carlos realizó seguimientos a la situación familiar conforme protocolo de actuación, tal como lo refirió el Coordinador Dr. O. en la audiencia de debate y la Lic. E. F. en su declaración incorporada a fs. 273/278.

En la presentación de fs 175/182 de la Coordinación de OAL San Carlos de fecha 11 de mayo de 2018, la Lic. E. F. y el Dr. C. O., exponen que en fecha 12/03/2018 se recibió denuncia de la línea 102 en la que se hacía referencia a la falta de cuidados básicos en los niños y que «la progenitora se prostituía en su domicilio en presencia de sus hijos, y que la pareja de la Sra. estaría incurriendo en algún tipo de situación de ASI con las niñas, sumando a todo ello que en las noches se realizarían fiestas nocturnas en presencia de los niños, con consumo de alcohol» (fs 178).

En fecha 10/05/2018 se realizó una visita al grupo familiar en la que se encontraba Z. con los niños quien «manifiesta que en realidad es el novio de V., que hacen dos meses mantiene relaciones con la niña y que esto es conocido y avalado por la Sra. A..

Ante ello mientras se dialoga con la niña quien confirma la situación y se pone en conocimiento de ello a las autoridades policiales, prosiguiendo con las entrevistas al resto de los niños, J. también confirma la situación y manifiesta no haber hablado antes por temor» (fs 179).

Así, se dispuso de una medida excepcional en la protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes, fundada en la falta de responsabilidad parental, el ordenamiento internacional en la materia y que los niños pasarán a residir en el domicilio de sus abuelos maternos bajo su responsabilidad (fs 181).

Relacionado con ello, la Lic. E. F. declaró a fs. 273/278, que ella era la encargada del OAL San Carlos de hacer el seguimiento de la familia, que la señora A. P. no había puesto a Z. como persona de referencia cuando no estaba con los niños, sino a unas vecinas de los mismos departamentos (fs. 277) y que, hasta ese momento, presentaba factores protectores para ser adulta responsable de sus hijos (fs. 277 vta).

Atento las pruebas señaladas, si la Sra. A. P. ostentaba la responsabilidad parental y presentaba factores protectores para ser adulta responsable de sus hijos e hijas menores de edad, es dable inferir –como lo hace el sentenciante– que no tomó iniciativa alguna para evitar que continuaran los abusos sexuales de Z. hacia su hija V.M.M., porque avalaba las relaciones sexuales, como se ha indicado anteriormente.

En efecto, si bien la responsabilidad parental «constituye una función en cabeza de ambos progenitores destinada a satisfacer las necesidades del hijo, teniendo como preocupación esencial su interés superior» (Herrera, Marisa, Comentario al artículo 638 del CCyCN, en: Lorenzetti, Ricardo (Dir.), Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, tomo IV-Arts. 594 a 723, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2015,)

el centro de vida de V.M.M. era la vivienda de su progenitora con quien vivía y estaba a sus cuidados (artículo 646 y conc. CCyCN).

Cabe señalar también, que en la pericia del Cuerpo Auxiliar Interdisciplinario (CAI) de fecha 22 de mayo de 2018, elaborada por el Lic. A. V. L., se informó que V.M.M. «evidencia un funcionamiento con importantes visos de sobreadaptación a las características de la vida familiar sostenida en su grupo de procedencia, con actitud evitativa de la consideración cognitiva de los hechos vivenciados. Su modalidad de defensa es la negación del conflicto y la naturalización de su estado gravidez. El relato que espontáneamente sostiene referido a las circunstancias en las que tal estado se inicia evidencia suficientes elementos como para considerarlo creible» (fs. 141 vta).

En cuanto al examen psíquico realizado a la Sra. M. F. A. en fecha 21 de febrero de 2019, el Dr. J. H. M. informó que «reconoce el beber de alcohol, con algunos excesos de fin de semana, antes de ser procesada. No padece patología psíquica clínica, ni neurológica de relevancia.

Es una personalidad de bajo nivel sociocultural, primitiva, con baja capacidad deliberativa, sumisa, con dificultad para asumir responsabilidades, poner límites y efectuar autocrítica, adoptando una actitud de pasividad frente a situaciones de riesgo para su entorno» (fs 593).

Al entrevistar la Lic. E. F. al abuelo materno de V.M.M., expresó no querer saber nada de F., le pregunta la profesional el motivo y responde que a «F. siempre le había interesado más ella que los chicos, que nunca duraba en un lugar mucho tiempo.

Que él prácticamente, que habían criado ellos a los más grandes y que querían hacer lo mismo con todos. La abuela ahí dice que siempre tuvieron problemas con F., de los doce hijos que tiene, fue la más problemática» (fs. 274 vta/275).

Si bien desde una perspectiva de género, tanto la Sra. A. P. como V.M.M. se encontraban en similares condiciones por su pertenencia al mismo género y ámbito socio cultural y económico desventajado, por aplicación del **principio de interseccionalidad** reseñado en la jurisprudencia interamericana citada, la situación de vulnerabilidad de V.M.M. era mayor por su condición de mujer, de niña, embarazada, testigo de violencia de género de su progenitora y víctima de violencia sexual por parte de Z., a quien la Sra. A. P. permitía el acceso, permanencia en la vivienda y avalaba la relación sexual que tenía con su hija.

En contextos familiares, cuando las niñas son abusadas sexualmente, su estado de vulnerabilidad alcanza su máxima expresión, porque no tienen posibilidades de percibir los riesgos ni de reaccionar ante los mismos, por la asimetría de edad y el vínculo de confianza con sus progenitoras y personas estrechamente vinculadas a éstas, como ocurre en la situación de V.M.M. (cfr. LS 318-87).

Por tanto, es importante también, analizar la declaración de la víctima «teniendo en cuenta si entre ella y el agresor existe o existió una relación de asimétrica de poder» y la información sobre consecuencias que pueden generar la denuncia en el plano económico, afectivo o familiar (**Di Corleto, Julieta, Género y justicia penal, Ed. Didot. Buenos Aires, 2017, pág. 299**).

Asimismo, el principio «interés superior de la niña» (artículo 3, párrafo primero de la Convención sobre los Derechos del Niño y artículo 3 de la Ley Nº 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes), es promovido en todo el Código Civil y Comercial de la Nación «de modo que signifique la plena satisfacción de sus derechos» y, «cuando exista conflicto de intereses de las personas menores de edad frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los de los primeros» (Herrera, M. ob. cit., págs. 573/574; cfr. artículo 5. inc 2, Ley 26.061).

En consideración a lo expuesto, entiendo que el segundo episodio de violencia sexual con acceso carnal investigado se ha sustentado en la sentencia en crisis en suficientes pruebas, valoradas dentro de la sana

crítica racional y estándares internacionales en materia de derechos humanos de las mujeres y niñas en situaciones de violencias sexuales, y en condiciones de igualdad con la investigación y juzgamiento de todos los delitos.

Ello, porque del material probatorio meritado, en su conjunto, se desprende que la Sra. A. P. con posterioridad al primer episodio de abuso sexual tenía conocimiento que Z. mantenía relaciones sexuales con su hija V.M.M. de once años de edad, y que a pesar de haber sido designada adulta responsable y conocer la situación no evitó, pudiendo hacerlo, que estos hechos continuaran sino que los avaló y, sólo cesaron al ser investigados cuando fueron denunciados por profesionales del OAL San Carlos.

Ello, en ocasión de realizar una visita al domicilio de la Sra. A. P. en uno de los seguimientos de la situación de la familia, a partir de la denuncia por negligencia en el cuidado de los niños.

Finalmente, teniendo como probado los hechos y calificaciones atribuidas a la acusada A., con excepción de la participación necesaria en el primer hecho de abuso sexual con acceso carnal enrostrado, entiendo que corresponde declarar la nulidad parcial de la sentencia cuestionada

4.- En cuanto a la perspectiva de género, debo aclarar que, según entiendo, ella no se trata simplemente de un lenguaje sino esencialmente de una forma de actuación que requiere comprender en toda su dimensión que existen en los casos y/o circunstancias una situación de discriminación que se reclama su cese para asegurar un trato igualitario de todas las personas.

En materia penal el método de análisis con perspectiva de género que debe ser utilizado cuando la mujer es víctima de un delito, es para asegurar que la ley, que es igual para todas las personas, sea también aplicada con igualdad de trato ante ella, evitando la discriminación por usos y costumbres derivadas de la cultura estereotipada patriarcal –como poder ideológico, que se vale de la posesión de ciertas formas de saber, información o códigos de conducta, incluso por la posesión de ciertos bienes que le dan la primacía a algunos varones sobre los restantes integrantes de cada grupo de pertenencia de varones, mujeres y niños/as; y entre los varones al primigenio; como de los varones sobre las mujeres y de éstas sobre los niños/as–, para ejercer una influencia sobre el comportamiento de los demás e inducir a los miembros del grupo a efectuar o no efectuar una acción, o machista –como ejercicio o manifestación de la fuerza o económico, que se impone por la asimetría entre los varones y de estos con las mujeres–, como capacidad de determinar el comportamiento de los demás; pero ambos imponen rígidos roles que contribuyen a instituir y mantener sociedades desiguales, divididas entre fuertes y débiles, ricos y pobres, como de sabios e ignorantes (ver **Bobbio, Norberto, Estado, Gobierno, Sociedad**).

Es decir que, este método de análisis es para asegurar que la conquista de la igualdad consagrada en el art. 16 de la CN, donde además de ser iguales las personas ante la ley y esta una misma para los habitantes, en los hechos tenga una acción y fuerza uniforme (art. 7 de la Constitución de Mendoza).

Este método de análisis con perspectiva de género, para asegurar la igualdad de trato, significa que, en la investigación y juzgamiento de los hechos delictivos, la hipótesis preliminar investigativa, la recolección de elementos, búsqueda de evidencias, como su cotejo y valoración, que determinan la teoría del caso, la teoría de la prueba y la teoría jurídica que le corresponde, debe efectuarse en contexto.

Ello, como debe hacerse con relación a todos los hechos delictivos en el sistema de justicia. Es decir, que la perspectiva de género es un método que pretende garantizar un trato igualitario, sin discriminación, ni prejuicio. En el caso bajo examen, debemos tener en cuenta que la víctima del delito que se investiga y juzga es la menor V.M.M., que además de requerir un enfoque diferencial de víctima, según la ley de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos (27.372), tiene una doble condición de vulnerabilidad: por ser mujer y niña (11 años).

Por lo que se impone lo que la Corte IDH denomina el enfoque interseccional, lo que implica necesariamente que se aplique con relación a ella la perspectiva de género en cuanto a su condición de mujer y la debida perspectiva del interés superior de niña, por la edad, debiendo actuarse con la debida diligencia reforzada especial, que el caso requiere y es imprescindible en los procesos penales sobre la investigación y juzgamiento de delitos de violencia sexual en perjuicio de niñas y el deber de no revictimización (**conforme los precedentes reseñados de la Corte IDH y las disposiciones de la Ley 27.372**).

Ahora bien, trasladar simplemente el método analítico de perspectiva de género para la investigación y juzgamiento de la víctima de delitos, cuando no se trata de la víctima del delito investigado, o no existe una relación víctima/victimario que se invierte –como en la relación de pareja cuando la víctima de la violencia de género es la autora del hecho que se investiga y resulta necesario el método por la estrecha vinculación contextual–, o cuando la relación con violencia de género se superpone con la co-delincuencia –entre los coautores o autor/partícipe del hecho investigado quienes tienen entre ellos una relación de violencia de género, como los padres acusados de violencia contra la hija–, sin definir cuál tiene prioridad y/o a qué aspectos debe ser aplicada, constituye un error.

Ello trae como consecuencia la tergiversación del hecho penal investigado pasando a tener centralidad la relación de violencia de la acusada con un tercero al hecho delictivo que se investiga y, con esto, se invisibiliza a la verdadera víctima de violencia sexual, la mujer y niña V.M.M., violando la ley de víctimas y el imprescindible el enfoque interseccional, por ser víctima de violencia de género, violencia sexual, siendo mujer, niña, embarazada y testigo.

Además, sobre la perspectiva de género con relación a la teoría del delito, tenemos que, establecida la centralidad de la investigación de violencia sexual contra la mujer menor edad V.M.M. y embarazada por el hecho delictivo, del que es principal testigo, la perspectiva de género y del interés superior de niña víctima no puede invisibilizarse por la perspectiva de género de A. que se invoca.

Aún sin el lenguaje propio de esta concepción, el juez lo valoró en contexto con relación al dolo y en cuanto no encontró las posibles causas de justificación o excusas absolutorias.

Éstas, para justificar una nulidad, deben ser reales y no imaginarias o invocadas con expresiones generales, o como aspiraciones sin contenido relacionado con los elementos de prueba o evidencias. Distinto es el caso con respecto a la culpabilidad, que fue analizada por el sentenciante en su particular concepción del Derecho penal, aunque no se advierte que hiciera con relación a la determinación de la pena, como está previsto durante la investigación en el art. 315 del CPP y en el juzgamiento en el arts. 40 y 41 del CP.

Por otra parte, no existen dudas que rotular de «mala madre» o «mal padre» es etiquetar a una persona –encasillarla, marcarla–.

Ello se da, cuando no existiendo normas jurídicas que establezcan el comportamiento debido y elementos probatorios que acrediten su incumplimiento, se está solo ante las preferencias personales, prejuicios o estereotipos. Entonces con la denominación de «mala madre» estamos etiquetando a la persona. Circunstancia que, como tal, es discriminatoria y se encuentra expresamente prohibida por la Constitución Nacional, Constitución de Mendoza, los tratados de DDHH con jerarquía constitucional y las leyes.

Pero cuando la responsabilidad parental, como en nuestro ordenamiento jurídico democrático vigente, se rige por principios generales –entre ellos, el primero es el del interés superior del niño/a, de acuerdo al inc. a del art. 639 del CCyCN y a la Convención sobre Derechos del Niño, que tiene jerarquía constitucional–, y el Código le impone a los progenitores el deber de «cuidar del hijo, convivir con él, prestarle alimentos y educarlo; [...] d) prestar orientación y dirección al hijo para el ejercicio y efectividad

de sus derechos [...]» (art. 646 CCyCN) y les prohíbe «[...] los malos tratos y cualquier hecho que lesione o menoscabe física o psíquicamente a los niños o adolescentes» (art. 647 del CCyCN).

Resulta evidente que ese deber y prohibición parental es impuesto por las normas jurídicas y no por prejuicios, y que debe ser analizado en el contexto que A. era la adulta responsable. Y si del resultado de cotejar las reglas legales establecidas y los elementos probatorios de la causa se manifiesta un juicio de valor de «mala madre» o «mal padre», no se está rotulando.

Podrá coincidirse, o no, con el resultado de tal juicio; si los elementos probatorios alcanzan, o no; o si para emitir ese juicio debían considerarse otros aspectos o cuestiones; o si la valoración es correcta, o no; pero no se trata de un rótulo o etiqueta. Es decir, los juicios de valor pueden ser correctos, o no, pero no son rótulos.

En nuestra sociedad democrática según el modelo de república federal, cercenar el juicio de valor producto de analizar y valorar las pruebas cotejadas con las reglas dispuestas en las normas jurídicas vigentes no sólo es inconstitucional, sino riesgoso, porque puede significar un nuevo estereotipo uniformando a la sociedad e imponiendo indirectamente el disciplinamiento en reemplazo del estereotipo patriarcal y/o machista que pretende erradicar la sociedad.

Por otra parte, las reformas procesales de los últimos años, determinadas por una política judicial penal hacia el sistema acusatorio adversarial, trajo como consecuencia la necesaria oralidad, con intervención en contradicción e igualdad de armas de las partes, como la intervención de la víctima. La oralidad trajo además del procedimiento, la posibilidad de adoptar decisiones en forma oral durante la audiencia (**arts. 155, 417 quinquies y 439 quater del CPP) o la obligación de hacerlo (arts. 294, 362, 364 y 473 del CPP).**

Todo ello ha constituido un gran desafío para los jueces y juezas, porque sin perjuicio que sus decisiones deben reunir los requisitos y condiciones de los arts. 411 y 416 del CPP. En lo que nos atañe, tiene el deber el juez de la «exposición concisa de los motivos de hecho y de derecho en que se basan» (inc. 2º del art. 411), sin que en ella «falte o fuere contradictoria la fundamentación» (inc. 4 del art. 416 del CPP).

A su vez, debe adecuarse el lenguaje (que no se trata de hablar del «**lenguaje claro**», sino de utilizar «lenguaje claro»), porque la importancia de la oralidad de la decisión está en que el/la acusada/o, querellante, víctima, o en su caso los jurados en el juicio por jurados y el público en general escuchen directamente de quien toma la decisión, el juez/a, sus razonamiento y/o explicaciones de por qué lo hace o las directivas para poder dictar el veredicto, y es imprescindible que lo comprendan.

Por supuesto que esto puede implicar riesgos, en el uso de términos o giros, pero mientras estén dentro del margen de lo aceptable, aunque no se compartan, deberá comprenderse su uso y en caso de exceso recomendar la moderación o adecuación y no buscar la perfección académica o ideológica. Salvo que se compruebe malicia o actuación real estereotipada y no simplemente desaciertos de lenguaje.

Entonces, la complejidad de la problemática de la igualdad de trato real, visibilizada la discriminación por la perspectiva de género, como asimismo la amplitud de ella en los diversos ámbitos, contextualizada en el nuevo paradigma acusatorio adversarial, como la trabajosa construcción democrática de una nueva cultura pluralista que abarque a todas las personas en condiciones reales de igualdad, sin discriminación y superando estereotipos de toda clase, exige de los jueces y en particular de este Tribunal la mayor prudencia.

Ello, comprendiendo el momento especial que se vive, debiendo mantener siempre el equilibrio armónico entre los intereses, partes, concepciones, y contribuyendo a consolidar un mejor futuro, asegurando las garantías, los derechos y el debido proceso para los intervinientes y siendo plenamente conscientes que nadie es el dueño de la verdad, que todos pueden/podemos cometer errores e incluso excesos. Entonces

debemos tomar las decisiones con firmeza, pero con ecuanimidad, para que constituyan una guía de cómo se debe proceder.

La dura y permanente tarea de convivir democráticamente en sociedad merece dicho esfuerzo. Cabe recordar que el artículo 5 inciso a) de la Convención para la Eliminación de todas formas de Discriminación contra la Mujer (**CEDAW**) establece que: «Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para: a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índoles que estén basados en la idea de la inferioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombre y mujeres».

En consonancia con ello, la Convención de Belém do Pará, dispone en el artículo 8 inc. b que los Estados Partes convienen en adoptar en forma progresiva las medidas para modificar los patrones socioculturales de conducta de varones y mujeres que legitiman la violencia contra la mujer. En consideración a ello y, también a lo previsto por el artículo 8 inc. c de la Convención de Belém do Pará, que impone un proceso democrático, progresivo y pluralista de cambio cultural que, en concordancia con las Leyes M. Nº 27.499 y 9.196, se pretende acelerar mediante la capacitación obligatoria establecida por la primera de ellas en temática de género y violencia contra mujeres, que no pretende la uniformidad o la imposición de un nuevo estereotipo, ni puede hacerlo, y que con orientación de género brinda actualmente la Suprema Corte de Justicia conjuntamente con el Ministerio Público y el Ministerio de la Defensa Pública, se impone la recomendación a todos/as, de reflexionar, comprender, participar en la elaboración e incorporación de la perspectiva de género en sus funciones jurisdiccionales, ya que lo contrario significaría un adoctrinamiento sesgado.

5.- En cuanto a la constitución del tribunal como unipersonal en la especie, advierto que el CPP establece las reglas en los arts. 44, 45 y 46 y no observo violación alguna, en especial frente a la revisión amplia de la sentencia en casación a partir del **precedente «Casal»**. Con ello está asegurado el debido proceso y las garantías constitucionales y convencionales vigentes.

Sin perjuicio de las preferencias u opiniones que cada uno tenga sobre ello, las decisiones deben fundarse en el texto expreso de la Constitución Nacional, Tratados (de DDHH con jerarquía constitucional), Constitución de Mendoza y las leyes, y su debida interpretación sistemática y armónica de las reglas establecidas en forma dinámica, salvo que impliquen su inconstitucionalidad (art. 48 de la CdeM).

En base a todo lo expresado, me pronuncio por la admisión parcial del recurso de casación examinado con el alcance expuesto. **ASÍ VOTO.**

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO: Atento al resultado de la cuestión anterior, corresponde anular el punto II de la Sentencia n° 944, la parte respectiva de los fundamentos vertidos oralmente y el debate sólo en lo que a M. F. A. concierne, y remitirse los presentes al Tribunal Penal Colegiado N° 1 de esta Primera Circunscripción Judicial, a fin de que la OGAP siga el trámite de ley, conforme al resultado aquí arribado, a efectos de que realice un nuevo juicio (art. 486 del CPP).

De acuerdo a las irregularidades señaladas corresponde extraer compulsas de las actuaciones, así como de la presente resolución y remitirlas a la Procuración General y a Sala Administrativa de esta Suprema Corte de Justicia, a sus efectos.

Asimismo y por las razones apuntadas se deberá invitar a los Colegios de Abogados de la provincia y a la Defensoría General de la provincia a promover instancias de capacitación sobre estrategias de defensas penales desde perspectiva de género. **ASÍ VOTO.**

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN EL DR. JOSÉ V. VALERIO, EN DISIDENCIA, DIJO: Atento a lo señalado en mi voto sobre la primera cuestión, entiendo que corresponde casar parcialmente la sentencia y condenarse a M. F. A., conforme a las consideraciones oportunamente realizadas. En consecuencia, corresponde remitir la causa a fin que la OGAP sortee un nuevo juez para que determine la pena conforme los hechos tenidos por acreditados y su calificación legal en la forma prevista para por la ley de juicio por jurados para el procedimiento del juicio de cesura el monto de la pena (ver al **respecto «Chacón Moyano»**).

Ello, con la necesaria recomendación que al hacerlo deberá tener en cuenta la perspectiva de género con relación a la Sra. A. P. al analizar las circunstancias previstas en los arts. 40 y 41 del CP. ASÍ VOTO.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Hacer lugar al recurso de casación promovido a fs.820/831 vta. por la defensa de M. F. A. P. y, en consecuencia, anular el punto II de la Sentencia n° 944, la parte respectiva de los fundamentos vertidos oralmente y el debate, sólo en lo que a M. F. A. concierne.
- 2.- Remitir, en función de lo resuelto en el resolutivo 1, las presentes actuaciones al Tribunal Penal Colegiado N° 1 de esta Primera Circunscripción Judicial, a fin de que la OGAP siga el trámite de ley, conforme al resultado aquí arribado, a efectos de que realice un nuevo juicio (art. 486 del CPP).
- 3.- Extraer compulsas de las partes pertinentes de las actuaciones, así como de la presente resolución y remitirlas a la Procuración General y a Sala Administrativa de esta Suprema Corte de Justicia, a sus efectos.
- 4.- Invitar a los Colegios de Abogados de la provincia y a la Defensoría General de la provincia a promover instancias de capacitación sobre estrategias de defensas penales desde perspectiva de género. Regístrese. Notifíquese. Cúmplase. Oficiese.

DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro SUPREMA CORTE DE JUSTICIA – SALA II.

37- CORRADI y ot. 25-09-20.

| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
|-----------|----|------------|------|------------|---------|---------|----------|---------|---------|---------|---------|-------------|---|------------|
| VG | - | NNA | - | PCE | - | - | A | - | - | - | - | - | - | 474 |

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200925_FcCSN.pdf

Lex: Art. 119 1°, 2° 3° párrafo en función del 119 4° párrafo inc. b y f, 125 1° y 3° párrafo, 42, 45 y 55 del del CP.

Vox: VG. NNA. A.S.I.. Abuso sexual. Acceso carnal. Corrupción. Gravemente ultrajante. Encargado de la guarda. Convivencia. Ministro de culto. Inhabilitación. Máxima taxatividad legal. Revictimización. Unidad de la prueba.

Summa:

El TPC:

a- Condenó a **H. H. C. B a la pena de 45 años** de prisión e inhabilitación absoluta por igual término. (arts. 119 primer, segundo y 3° párrafo en función del 119 cuarto párrafo inc. b y f, 125 primer y 3° párrafo, 42, 45 y 55 del CP).

b- Absolvió a H. H. C. B por hechos calificados como abuso sexual simple agravado por ser el encargado de la guarda y por ser ministro de culto; abuso sexual gravemente ultrajante agravado por ser el autor encargado de la guarda y ministro de culto y ser cometido contra un menor de 18 años aprovechando la situación de convivencia preexistente; y abuso sexual con acceso carnal agravado por ser el autor ministro de un culto reconocido o no (arts. 229 primer, segundo, tercer y cuarto párrafo, incisos b y f y 45 del CP).

c- Condenó a N. B. C. S., a la pena de 42 años de prisión e inhabilitación absoluta (arts. 119 primer, segundo y cuarto párrafo, letras b, d y f, 125, 45 y 55 del CP). N. B. C. fue absuelto por la sentencia en revisión por un hecho calificado como corrupción de menores agravada por ser el autor conviviente y encargado de la guarda (art. 125 del CP).

d- Condenó a A R G B.. a la pena de 18 años de prisión e inhabilitación absoluta por igual término (arts. 119 tercer y cuarto párrafo inc. d, 45 y 55 del CP), y lo absolvió de hechos calificados como abuso sexual simple, dos hechos; abuso sexual gravemente ultrajante en grado de tentativa, y corrupción de menores (arts. 119 primer y segundo párrafo, 125, 42 y 45 del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación.

La **parte querellante** interpone recurso de casación.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 119, pronunciada por el TPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Zurita. 11-09-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200911_FcZAJ.pdf
- Figueroa Pérez. 22-07-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200722_FcFPD.pdf
- G Malcom. 22-07-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200722_FcGMG.pdf
- Biscontín Tobares. 17-05-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210517_FcBTS.pdf
- Ferrada Palma: 07-11-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191107_FcFPP.pdf

- Martínez Tejada
- González Lucero
- Gallardo López
- Garrido
- Arce Ceferino
- Basualdo Cabezas
- Morales Tordoya
- Fernández Algañaraz
- Sayd Carrizo

b-CSJN: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/fallosDestacados/consulta.html>

- Rocchia
- Fariña Duarte
- Sircovich
- Acosta

Doctrina citada

DI CORLETO, Julieta «La Valoración de la prueba en casos de violencia de género» en Garantías Constitucionales en el proceso penal, (Florencia Plazas y Luciano Hazan), Bs.As., Editores del Puerto, 2015, p. 1

DUFF, A., 2015, Sobre el castigo: Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad, PONS, H. traductor, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, p. 138

ALONSO GALLO, J., 2011, Las decisiones en condiciones de incertidumbre y el Derecho penal, en InDret, 4/2011, p.9 y ss.

RIGHI, E., 2017, Derecho penal: parte general, 3ra ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, p. 88 y ss.

ROXIN, C., 1997, Derecho penal, parte general, tomo 1. Fundamentos, la estructura de la teoría del delito, Madrid, Civitas, p. 281.

UNICEF, Guía de Buenas Prácticas para el abordaje de niños/as, adolescentes víctimas o testigos de abuso sexual y otros delitos, p. 6.

Parágrafos destacados

“A su vez, también se ha señalado que «[...] los niños deben declarar la menor cantidad de veces posibles a fin de evitar su revictimización o un impacto traumático en ellos, respetando de esta manera el interés superior del niño y asegurando el derecho de defensa, conforme lo establecen Tratados Internacionales con jerarquía constitucional» y que «la declaración de los menores víctimas en Cámara Gesell no afecta garantías constitucionales de los imputados»...”.

“También citó el precedente «Sayd Carrizo» de esta Suprema Corte de Justicia de Mendoza, donde se afirmó que «en los casos de abuso sexual, cuando las víctimas son niñas y niños, la determinación cronológica de los hechos, así como los matices en relación a las circunstancias de modo y lugar, deben ser menos estrictas. Debe considerarse el perfil psicológico del niño o niña, su edad, su capacidad de situarse en el tiempo y demás particularidades que puedan influir de algún modo en la precisión de su relato. Por lo que, si existe alguna variación de acuerdo con las circunstancias de tiempo, modo y lugar, ello no supone una violación al principio de congruencia»...”

SCJM. Dres.: **Garay**. Llorente. Dra. Orbelli.

Fallo.

CUIJ: 13-05071900-0/1((018602-118324)) FC/ C. S. N. B., C. B. H. H., G. B.. A. R. P/ ABUSO SEXUAL AGRAVADO (118324) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105238534*

En Mendoza, a los veinticinco días del mes de septiembre del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05071900-0/1 caratulada "F. C/ C. S. Y OTS. P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL EN CONCURSO (...) S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, Dr. DALMIRO GARAY CUELI, segundo Dr. PEDRO J. LLORENTE y tercera Dra. ALEJANDRA M. ORBELLI.

Los representantes de la querellante particular (fs. 6029/6033 y vta.) y la defensa de N. B. C. S., H. H. C. B y A R G B.. (fs. 6037/6059 vta.) formulan recurso de casación contra la sentencia n° 919 pronunciada por el Segundo Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial.

La sentencia en cuestión **condenó a H. H. C. B a la pena de 45 años** de prisión e inhabilitación absoluta por igual término, por considerarlo autor penalmente responsable de una serie de hechos calificados como abuso sexual con acceso carnal, agravado por ser el encargado de la guarda; abuso sexual simple, agravado por ser el encargado de la guarda; abuso sexual simple agravado por ser el encargado de la guarda y por su comisión contra un menor de 18 años aprovechando la situación de convivencia preexistente en modalidad continuada; abuso sexual gravemente ultrajante, agravado por ser el encargado de la guarda, por ser ministro de culto y por ser cometido por dos o más personas contra un menor de 18 años aprovechando la situación de convivencia preexistente; promoción a la corrupción de menores, agravado por ser el auto encargado de la guarda; abuso sexual con acceso carnal, agravado por ser el autor encargado de la guarda y por ser cometido contra un menor de 18 años de edad aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo; y abuso sexual con acceso carnal agravado por ser el encargado de la guarda y por ser cometido contra un menor de 18 años aprovechando la situación de convivencia preexistente, en grado de tentativa, todos en concurso real (arts. 119 primer, segundo y 3° párrafo en función del 119 cuarto párrafo inc. b y f, 125 primer y 3° párrafo, 42, 45 y 55 del CP).

A su vez, la sentencia absolvió a H. H. C. B por hechos calificados como abuso sexual simple agravado por ser el encargado de la guarda y por ser ministro de culto; abuso sexual gravemente ultrajante agravado por ser el autor encargado de la guarda y ministro de culto y ser cometido contra un menor de 18 años aprovechando la situación de convivencia preexistente; y abuso sexual con acceso carnal agravado por ser el autor ministro de un culto reconocido o no (arts. 229 primer, segundo, tercer y cuarto párrafo, incisos b y f y 45 del CP).

En relación a **N. B. C. S., la sentencia impugnada lo condenó a la pena de 42 años de prisión e** inhabilitación absoluta por el mismo término como autor penalmente responsable de hechos calificados como abuso sexual gravemente ultrajante agravado por ser el encargado de la guarda y ministro de culto, en grado de tentativa; abuso sexual gravemente ultrajante agravado por ser el autor encargado de la guarda y ministro de culto y por ser cometido por dos o más personas contra un menor de 18 años de edad aprovechando la situación de convivencia preexistente; promoción de la corrupción de menores agravada por ser el autor conviviente y encargado de la guarda; partícipe del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por ser cometido contra un menor de 18 años de edad aprovechando la situación de convivencia preexistente en modalidad continuada y abuso sexual con acceso carnal agravado por ser el autor ministro de un culto reconocido o no, todo en concurso real (arts. 119 primer, segundo y cuarto

párrafo, letras b, d y f, 125, 45 y 55 del CP). N. B. C. fue absuelto por la sentencia en revisión por un hecho calificado como corrupción de menores agravada por ser el autor conviviente y encargado de la guarda (art. 125 del CP).

Por otra parte, la decisión **condenó a A R G B.. a la pena de 18 años de prisión** e inhabilitación absoluta por igual término, como autor penalmente responsable de hechos calificados como abuso sexual con acceso carnal; y abuso sexual con acceso carnal agravado por ser cometido por dos personas, en dos hechos en concurso real (arts. 119 tercer y cuarto párrafo inc. d, 45 y 55 del CP), y lo absolvió de hechos calificados como abuso sexual simple, dos hechos; abuso sexual gravemente ultrajante en grado de tentativa, y corrupción de menores (arts. 119 primer y segundo párrafo, 125, 42 y 45 del CP).

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. DALMIRO GARAY CUELI, DIJO:

I.- Sentencia recurrida

En lo que respecta a la resolución de los recursos planteados en autos, la sentencia del Tribunal Penal Colegiado tuvo por acreditados los siguientes hechos:

a.- Respecto de H. H. C. B

Hecho 1:

«[a]proximadamente en el año 2007, sin poder precisar fecha exacta, en el I. A. P., destinado a la educación y albergue de niños con déficit auditivo y de lenguaje, ubicado en calle B..., Carrodilla, Luján de Cuyo, Mendoza, H. H. C., identificado como “el de la seña de dos dedos en la frente, por arriba de la ceja”, [en] horario de la tarde, hizo ingresar a la testigo de identidad reservada n°1, menor de 15 años de edad aproximadamente, hipoacúsica, a la habitación de éste. Luego cerró la puerta de la misma y comenzó a tocarla por debajo de la ropa. Le bajó los pantalones, le dijo que se pusiera en la cama y que se quedara callada. La puso de rodillas y la accedió carnalmente vía anal. Luego, la hizo dar vuelta en la cama y le practicó sexo oral en la vagina, manifestándole “quedate callada,...que rica, bella” obligándola a que lo masturbara, agarrándola fuerte» (fundamentos, fs. 5922).

Hecho 3:

«[e]n el año 2005, aproximadamente, sin poder precisar fecha exacta, el cura H. H. C., en el interior de su habitación sita en el I. A. P., ubicado en calle B., Carrodilla, Luján de Cuyo, sujetó del brazo a [M.E.C.F.], sordomudo de 9 años de edad aproximadamente, se sentó en una silla frente a la computadora y subió al menor [M.E.C.F.] sobre su falda llevándolo hacia su cuerpo, por lo que el niño quedó sentado sobre la parte pública del Sr. C., mientras éste filmaba al resto de los menores que se encontraban en la habitación, manifestando la víctima que C. no lo dejaba bajar de su falda» (fundamentos, fs. 5924 y vta./5923).

Hecho 4:

«[e]n el año 2006 aproximadamente, sin poder precisar fecha exacta, en el i A P, Sitio en calle B, Carrodilla, Luján de Cuyo, cuando la menor sordomuda [M.V.A.G.S.] tenía entre 11 y 12 años de edad aproximadamente, el cura H. H. C. llevaba a la misma en una “Trafic” al supermercado, una vez por mes. En dichas oportunidades sentaba a la menor sobre su falda, diciéndole que le iba a enseñar a manejar, le metía la mano por adentro de la blusa y le tocaba los senos» (fundamentos, fs. 5923).

Hecho 5:

«[e]n el transcurso de los años 2004, 2005 y 2006 aproximadamente, sin poder precisar fecha exacta, en el interior del dormitorio del cura H. H. C., sito en el I A P, ubicada en calle B, Carrodilla, Luján de Cuyo, cuando los chicos que se encontraban allí estaban mirando la pantalla de la computadora, C. sentó a [M.V.A.G.S.] quien tenía entre 11 y 12 años de edad, sobre sus piernas y comenzó a tocarle los senos por debajo de la remera, sintiendo la menor que el pene erecto de C. le tocaba la cola a través de la ropa» (fundamentos, fs. 5923 vta.).

Hecho 6:

«[e]n el I A P, ubicado en calle B, Carrodilla, Luján de Cuyo, siendo el año 2009 aproximadamente, sin poder precisar fecha exacta, en horario de la mañana, en temporada de calor, el cura H. H. C., J L O, N. B. C. y J L B se encontraban en una de las habitaciones junto al menor, sordomudo, de 7 años de edad aproximadamente, [R.N.M.] Los mismos tocaron con su pene el cuerpo del menor y le pidieron que les hiciera sexo oral a lo que el menor se negó. J L B le realizó sexo oral» (fundamentos, fs. 5923 vta./5924). Este hecho también fue atribuido como «hecho 2» al acusado N. B. C. S..

Hecho 7:

«[e]ntre los años 2006, 2007 y 2008 aproximadamente, sin poder precisar fecha exacta, en el I A P, ubicado en calle B, Carrodilla, Luján de Cuyo, el cura H. H. C., N. B. C. y J B, en la sala de juegos donde se veían las películas, les ponían películas de contenido sexual a los niños y luego obligaban a los mismos a repetir lo que veían en esa película» (fundamentos, fs. 5924 y vta.).

Hecho 8:

«[s]in poder precisar fecha exacta, pero entre los años 2005 y 2007, en el interior del I A P, destinado a la educación y albergue de niños con déficit auditivo y de lenguaje, ubicado en calle ..., Carrodilla, Luján de Cuyo, Mendoza, [J.A.], menor sordomuda de cinco años de edad aproximadamente, al salir del baño del lugar donde pernoctaban los niños más pequeños alojados en dicho I, escuchó ruidos de cerradura, observando inmediatamente después, ingresar al baño al cura H. H. C., conocido como "el de la seña de dos dedos en la frente, por arriba de la ceja", quien cerró la puerta. Luego, éste agarro de los brazos a la menor [J.A.], le bajó la ropa, la acostó en el piso y la accedió carnalmente, para luego retirarse del lugar. La menor [J.A.] quedó sangrando en el lugar, y con dolores que no le permitieron sentarse los días subsiguientes al hecho» (fundamentos, fs. 5925).

Hecho 9:

«[s]in poder precisar fecha exacta pero siendo aproximadamente el curso de los años 2005, 2006 y 2007, a las 16 horas aproximadamente, en el interior del I A P, destinado a la educación y albergue de niños con déficit auditivo y de lenguaje, ubicado en calle ..., Carrodilla, Luján de Cuyo, Mendoza, el cura H. H. C. conocido como "el de la seña de dos dedos en la frente, por arriba de la ceja", llamó a la testigo de identidad reservada n° 3, menor sordomuda de entonces 13 años de edad aproximadamente, a efectos de que la misma ingresara a su dormitorio. Inmediatamente después, C. cerró la puerta de su habitación con llave, le comenzó a decir a la menor que era bonita y le pidió que se pusiera apoyada en la cama, haciéndole bajar la ropa que ella llevaba puesta. Luego la accedió carnalmente vía anal muy fuerte, durante aproximadamente 15 minutos, quedando la menor con sangre en la zona» (fundamentos, fs. 5925 y vta.).

Hecho 11:

«[s]in poder precisar fecha exacta, pero entre los años 2005 y 2009, en el interior del I A P , ubicado en calle ..., Carrodilla, Luján de Cuyo, Mendoza, el cura H. H. C. conocido como “el de la seña de dos dedos en la frente, por arriba de la ceja”, ingresó al dormitorio en el cual se encontraba pernoctando el menor sordomudo, de entre 8 y 13 años de edad, [J.J.R.], agarró a éste por atrás, le bajó los pantalones y lo accedió carnalmente vía anal tapándole la boca y haciéndole sangrar la cola» (fundamentos, fs. 5925 vta.).

Hecho 13:

«[s]in poder precisar fecha exacta, pero en el periodo comprendido durante el año 2007 aproximadamente, en el interior del I A P , ubicada en calle ..., Carrodilla, Luján de Cuyo, Mendoza, destinado a la educación y albergue de niños con déficit auditivo y de lenguaje, siendo las cinco de la tarde aproximadamente, H. H. C., identificado como “el de la seña de dos dedos en la frente por arriba de la ceja” llamó a la testigo de identidad reservada n°1, de 16 años de edad aproximadamente, y en la habitación del mismo, la penetró vaginalmente, intentando la víctima en todo momento separarlo de su cuerpo ante el dolor que sentía» (fundamentos, fs. 5926 vta.).

Hecho 14:

«[s]in poder precisar fecha exacta, pero en el período comprendido durante el año 2.007 aproximadamente, en el interior del I A P , ubicado en calle ..., Carrodilla, Luján de Cuyo, Mendoza, destinado a la educación y albergue de niños con déficit auditivo y de lenguaje, H. H. C., identificada como “el de la seña de dos dedos en la frente por arriba de la ceja”, en horas de la tarde, le pidió a la testigo de identidad reservada n° 1, de 16 años de edad aproximadamente, que lo acompañara a arrojar la basura del I , en el cesto que quedaba afuera del mismo. Luego, C. la llevó a un descampado aledaño al mismo, hacia el Este, donde no había nadie. La hizo caminar hacia adentro del predio y le dijo que se sacara la ropa y la penetró por la vagina de manera violenta, saliendo le sangre a la víctima» (fundamentos, fs. 5926 vta./5927).

Hecho 15:

«[s]in poder precisar fecha exacta, pero en el año 2007 aproximadamente, en el interior del I A P , destinada a la educación y albergue de niños con déficit auditivo y de lenguaje, ubicada en calle ..., Carrodilla, Luján de Cuyo, Mendoza, durante la mañana, [J.A.], alumna albergada, sorda, quien tenía entre seis a siete años de edad aproximadamente, ingresó al baño de niños cuando en el interior del mismo apareció H. H. C., quien le dijo “bajate los pantalones” para luego accederla carnalmente vía vaginal. La menor [J.A.] quedó sangrando en el lugar, y con dolores que no le permitieran sentarse los días subsiguientes al hecho» (fundamentos, fs. 5927).

Hecho 16:

«[s]in poder precisar fecha exacta, pero en el año 2007 aproximadamente, en el interior del I A. P , destinado a la educación y albergue de niños con déficit auditivo y de lenguaje, ubicada en calle ..., Carrodilla, Luján de Cuyo, Mendoza, durante la mañana, H. H. C. llevó a la menor [J.A.], alumna albergada, sorda, quien tenía entre seis a siete años de edad aproximadamente, hasta la habitación donde C. pernoctaba. La acostó sobre la cama con las piernas abiertas y apoyó sus partes íntimas sobre la vagina de la menor, sintiendo ésta su pene erecto, mientras la besaba y la apretaba, encontrándose ambos vestidos, cuando en un momento, repentinamente, interrumpió su actuar, diciéndole a la menor que se retirara» (fundamentos, fs. 5927 vta.). Respecto del acusado C. B , y en tanto es objeto del recurso del querellante particular, corresponde señalar que se lo absolvió del hecho 10 del que se lo acusaba, esto es,

que «[s]in poder precisar fecha exacta, pero siendo aproximadamente el curso de los años 2006 y 2007, en el interior del I A P , ubicado en calle ..., Carrodilla, Luján de Cuyo, Mendoza, el cura H. H. C. conocido como “el de la seña de dos dedos en la frente, por arriba de la ceja”, llamó al menor sordomudo de 5 años de edad aproximadamente, [E.L.V.] , y lo llevó al interior de la Capilla, donde están los asientos. En ese lugar, ubicó al niño [E.L.V.] parándolo sobre un elemento más elevado, para luego pararse C. detrás del menor y accederlo carnalmente vía anal, haciéndole sangrar la cola y diciéndole “esto te lo callás”» (fundamentos, fs. 5921 vta.).

b.- Respecto de N. B. C. S.

Hecho 1:

«[e]n el I A P , destinado a la educación y albergue de niños con déficit auditivo y de lenguaje, ubicado en calle ..., Carrodilla, Luján de Cuyo, el cura N. B. C., conocido como “el de la seña de dos dedos en el cuello como un revólver”, siendo el año 2007 aproximadamente, sin poder precisar fecha exacta, llevó a los testigos de identidad reservada n° 1 y 2, menores de edad sordomudos, al sitio llamado “la Casita de Dios”, siendo ésta una de las capillas que hay en el interior del I , y a la testigo de identidad reservado n° 2 la tomó de la mano, se bajó el pantalón y le pidió que le tocara el pene y le hiciera sexo oral, Situación que fue interrumpida en virtud que en ese momento ingresaron otros menores, por lo que el cura C. se acomodó la ropa y se fue» (fundamentos, fs. 5929).

Hecho 2:

tal como fue señalado antes, la intervención atribuida a C. S. en este suceso se corresponde con la descripción del hecho 6 del acusado C. B . A efectos de evitar reiteraciones, valga la remisión a aquel apartado.

Hecho 4:

«[e]n el año 2013 aproximadamente, sin poder precisar fecha exacta, en el I A P , ubicado en calle ..., Carrodilla, Luján de Cuyo, N. B. C. tenía revistas en su habitación de hombres y mujeres desnudas y se las repartía a las chicas» (fundamentos, fs. 5935 vta.).

Hecho 5:

«[s]in poder precisar fecha exacta, pero en el periodo comprendido durante los años 2005 al 2009, en el interior del I A P , ubicado en calle ..., Carrodilla, Luján de Cuyo, Mendoza, las menores de edad sordomudos que concurrían a educarse y/o albergarse en dicho I , se encontraban bajo la custodia y dirección de N. C., sacerdote representante del I , identificado como “el de la seña de dos dedos en el cuello como un revólver”, omitió impedir que el jardinero del lugar, sordomudo que residía en el I , J L O, cometiera de manera continuada y sistemática accesos camales, vía anal, hacia el menor de edad, sordomudo [J.J.R.], de 8 años de edad aproximadamente, quien se encontraba bajo custodia y responsabilidad de C., albergado en el I . C. se limitaba a retar y enviar a la habitación a J L O cuando se anoticiaba de los hechos vejatorios cometidas por este hacia el menor [J.J.R.] hechos atribuidos al imputado Ojeda como hecho número nueve» (fundamentos, fs. 5937).

Hecho 6:

«[e]n el transcurso de los años 2004, 2005 y 2006 aproximadamente, sin poder precisar fecha exacta, en el I A P , ubicado en calle ..., Carrodilla, Luján de Cuyo, H. C. se encontraba junto a [M.V.A.S.G.], de aproximadamente entre 11 o 12 años de edad, a quien tenía sentada sobre su falda. En el monitor de la computadora, aparecía un hombre que hablaba con C., o quien la menor [M.V.A.S.G.] le dijo “hola”, y el hombre, asomándose a través de la pantalla le contestó “hola”. Posteriormente, apareció J L O quien

luego de hablar con H. C., le dijo a [M.V.A.S.G.] que fuera a ver a N. C., quien la estaba esperando. Al arribar la menor [M.V.A.S.G.] a la habitación de J L O, se quedó esperando, y observó a un cura vestido de negro, no identificado ni habido en esta instancia de la investigación, quien hablaba con N. C.. Cuando el hombre N.N. terminó de hablar con este último, se acercó a [M.V.A.S.G.], percatándose esta que se trataba de la misma persona que había observado anteriormente en la pantalla de la computadora de C.. Ingresó a la habitación donde estaba [M.V.A.S.G.], J L O cerró la puerta, y el hombre NN. vestido de cura, cerró con llave, le sacó toda la ropa y la accedió carnalmente en la cama de la habitación. Como [M.V.A.S.G.] gritaba, el hombre N. N. le decía “callate, callate”» (fundamentos, fs. 5943).

c.- Respecto de A R G B..

Hecho 5:

«[s]in poder precisar fecha exacta, pero durante el curso de los años 2.009 y 2.010, en el mes de marzo, en el interior del I A P , ubicado en calle ..., Carrodilla, Luján de Cuyo, Mendoza, la testigo de identidad reservada n° 3, menor sordomuda de entonces 16 años de edad, se disponía a retirarse del baño sito en el I , cuando se percató que la puerta estaba cerrada con llave, momento en que apareció detrás de ella, el empleado A R G , alias “Pila” identificado “como el de la seña del teléfono en la oreja”, quien le pidió que se quedara callada, que no tenía que contar nada, y que quería tener sexo con ella. Ante la negativa de la menor, A R G insistió, por lo que, ante el miedo, la testigo de identidad reservada n° 3 se sacó el pantalón y la bombacha. A R G , se sentó, se bajó el pantalón y le pidió a la menor que le mirara el pene, para luego hacerla sentar sobre su miembro peneal. Le abrió las piernas y la penetró vía vaginal de manera violenta, por lo que la menor lloraba mientras ello sucedía, ocurriendo el episodio en un lugar donde se guardan los elementos de limpieza, en el baño mencionado. Luego A R G se vistió y se retiró del lugar, quedando la testigo de identidad reservada N° 3 con mucho dolor y mucosidad en la vagina» (fundamentos, fs. 5947 vta.).

Hecho 6:

«[s]in poder precisar fecha exacta, pero en el periodo comprendido durante los años 2005 al 2009, en el interior del I A P ubicado en calle ..., Carrodilla, Luján de Cuyo, José Luis Ojeda junto a A R G ,, agarraron al menor [J.J.R.], lo llevaron al ático y lo ataron. Como el menor gritaba, A G (....) le tapó la boca, y le pusieron una cinta en la misma. Le bajaron el pantalón, accediéndolo carnalmente vía anal, primero A G y luego J L O, ocurriendo ello en dos oportunidades» (fundamentos, fs. 5949).

II.- Recurso de casación del querellante particular

Los representantes de la querellante particular formulan recurso extraordinario de casación contra la sentencia reseñada, por cuanto absolvió al acusado H. H. C. B por el hecho identificado en la acusación fiscal como «Hecho n°10», del cual resultaría víctima E.L.V. Afirman que la decisión adolece de vicios in procedendo e in iudicando, previstos en el art. 474 incs. 1 y 2 del CPP como motivos casatorios.

En este orden, plantea dos agravios. En primer lugar, que la decisión incurre en inobservancia de las reglas de la sana crítica, pues al momento de valorar la prueba rendida en autos para determinar la existencia material del hecho n° 10 y la responsabilidad de C. se limitó a afirmar que «[e]n este caso, entiendo que no se ha podido acreditar con los distintos elementos de prueba incorporados a la causa, la existencia del hecho relatado.

Pese al esfuerzo realizado por la parte acusadora, no se pudo acreditar el medio comisivo del abuso sexual adjudicado al autor, para cometer el hecho.

Este estado intelectual de duda no es posible [superarlo] ni siquiera haciendo un escrutinio de lo manifestado por E. en cámara Gesell, desde que no aporta precisiones y se muestra inseguro de la forma en que ocurrió el hecho.

Asimismo, el Tribunal se halla impedido de modificar la plataforma fáctica oportunamente intimada sin que las partes hayan acudido a los remedios procedimentales que se establecen para ampliar o novar la acusación. Por el contrario, existe una duda más que razonable que en el caso debe favorecer al imputado».

Tal razonamiento, a juicio del recurrente, se basa casi exclusivamente en la inexistencia de lesiones en el menor de edad, negando por ello el medio comisivo del hecho endilgado y desconociendo las declaraciones del médico del CMF que dio cuenta de la certera posibilidad de que el hecho pueda haber ocurrido no obstante no existir lesiones.

Dada la precisión del relato en Cámara Gesell del hecho por parte del menor de edad, sin que existan elementos que permitan dudar de la veracidad de su testimonio o manejo de la información con fines gananciales, no puede desprenderse lógicamente la absolución del acusado. En segundo lugar, se queja de la inobservancia por parte del tribunal de la acusación fiscal.

Explica que la sentencia no se ha expedido en congruencia con la acusación, pues aun si se considerase que no se encuentra acreditado el medio comisivo del acceso carnal, la plataforma fáctica comprobada sí permite condenar por la figura del abuso sexual gravemente ultrajante (art. 119, segundo párrafo del CP), acusación prevista de modo alternativo. Efectúa reserva del caso federal.

III.- Recurso de casación de la defensa

La defensa de los imputados N. B. C. S., H. H. C. B y A R G B.. formula recurso de casación contra la sentencia dictada en autos, fundado en los arts. 474 incs. 1 y 2 y 416 inc. 4 del CPP, con el objeto de que se case la sentencia, se disponga la nulidad de las acusaciones y, en caso de no hacer lugar, resuelva conforme a una debida valoración de la prueba y una correcta aplicación del derecho sustantivo y adjetivo.

Afirma que la sentencia adolece de falta de motivación suficiente -por fundamentación aparente, global y vaga-, arbitrariedad e incorrecta apreciación de la eficacia convictiva de la prueba -por apartamiento de las reglas de la lógica, la experiencia y la psicología-.

En el libelo recursivo pueden identificarse tres partes: una en la que se enumeran de modo general una serie de agravios (1), otra en la que algunos de esos motivos de agravio son profundizados (2) y una tercera en la cual expone agravios relacionados con hechos concretos por los cuales se condenó a los acusados (3).

En lo que sigue, se reseñarán los agravios expresados por la defensa en el orden en que fueron expuestos.

1.- La defensa en primer lugar enumera a modo general los siguientes motivos de agravio:

- i.- Que se ha aplicado erróneamente el derecho sustantivo y adjetivo;
- ii.- Que se ha valorado erróneamente la prueba, pues: se omitió valorar la totalidad de los testimonios; se sobrevaloró parte de los testimonios que sirven a la condena; se sobrevaloró informes periciales del MPF -que tiene interés en el proceso-; y, se valoraron parcialmente testimonios de personal del CMF y del EDEAAS.
- iii.- Que la fundamentación de la sentencia carece de sana crítica racional; porque se omitió explicar los motivos para descartar el planteo defensivo.
- iv.- Que se afectó el derecho de defensa, pues se impidió a la defensa interrogar en el debate a la única presunta testigo de todos los hechos y denunciante en la causa (la víctima D.L.), lo que vulneró el debido

proceso por limitación a la defensa material. Este impedimento a un interrogatorio amplio constituye una grave limitación al derecho de defensa en juicio y debe conducir a la nulidad del debate.

v.- Que la decisión se basa en prueba no admitida en la audiencia preliminar, lo que demuestra que el tribunal de la instancia anterior fue parcial y coadyuvó a la fiscalía y al querellante particular.

vi.- Que no se le informaron a C. S. las pruebas que se produjeron en su contra cuando debió ser internado por haberse descompuesto.

vii.- Que el tribunal se extralimitó en la resolución sobre admisibilidad de prueba, pues sin oposición de las partes acusadoras a la prueba de la defensa, decidió excluir testigos de la defensa -los intérpretes oficiales que conocieron los hechos antes de la denuncia-.

2.- En una segunda etapa del recurso, la defensa explica con mayor detalle algunos de ellos.

i.- En este orden, la defensa cuestiona el rechazo del planteo defensivo de nulidad de la acusación sin un adecuado análisis.

Explica que se solicitó la nulidad de las intimaciones sobre los hechos de corrupción de menores por falta de sujeto pasivo determinado -pues el hecho refiere genéricamente a «los chicos» y «los niños»- pero que el tribunal desestimó el pedido fundamentando que, de la pieza acusatoria, surgía con «meridiana claridad» la identificación.

Los recurrentes insisten en la nulidad por indeterminación del sujeto pasivo, pues si el tribunal ha tenido que hacer un razonamiento para deducir la identidad de las víctimas, entonces ratifica que no se encuentran determinadas de manera evidente en la plataforma fáctica, pues debió «reformular» la acusación introduciendo sus nombres. Invoca **el art. 8.2.b de la CADH** y explica que la falta de sujeto pasivo impide conocer si efectivamente se corrompió su sexualidad con motivo de la exhibición de revistas o películas pornográficas -que no fueron secuestradas-, pues la acusación debe determinar con claridad todas las cuestiones de tiempo, modo y lugar.

Invoca los **precedentes «Zurita» (Fallos 314:333)**, **«Rocchia» (Fallos 310:2094)**, **«Fariña Duarte» (Fallos 327:2790)** y **«Sircovich» (Fallos 329:4634)** de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

ii.- También solicita la **nulidad** de las restantes acusaciones por indeterminación de tiempo.

Explica que la inviolabilidad de la defensa -exigencia del debido proceso- requiere que el acusado esté en posición de ejercer los derechos que comprende la defensa: ser oído, ofrecer y producir prueba, alegar y recibir sentencia; y que debe individualizarse el instante del hecho lo más perfectamente posible para que el acusado pueda defenderse.

En caso de duda, debe regir el beneficio en favor del imputado. Sostiene la defensa que las indeterminaciones temporales no se pueden salvar mediante deducciones de la pieza acusatoria y que, por ello, éstas deben ser anuladas. Afirma que el **precedente «Luque»** de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (**Fallos 325:3118**), citado por el tribunal a quo para contestar este cuestionamiento no es adecuado, pues existe indeterminación de fechas y de sujetos pasivos.

No se ha precisado en qué momento ocurrieron los hechos, y algunos períodos atribuidos incluyen uno, tres o cuatro años completos. Refiere que es absurdo pretender que una persona pueda defenderse en esas circunstancias, donde siempre va a quedar un bache temporal sin explicación.

Tampoco la cita del **precedente «Sayd Carrizo»** de esta Suprema Corte de Justicia por parte del a quo es pertinente, pues aquel caso aludía a una menor estrictez en «matices» de la determinación cronológica de los hechos, como del modo y lugar; pero en este caso no se trata de algunas variaciones, sino de indeterminación absoluta temporal, y en otro caso, de un sujeto activo.

Solicita la aplicación del beneficio de la duda y cuestiona que el Tribunal a quo haya manifestado que «no conducía a ningún objetivo enarbolar la bandera de las garantías por las garantías mismas». Contesta que las garantías no fueron invocadas en abstracto, y que ninguna garantía es en sí abstracta.

iii.- Se agravia de que el tribunal de sentencia haya omitido referirse a las contradicciones probatorias señaladas en los alegatos por la defensa, y que se haya expedido solamente respecto de lo que consideró relevante para condenar a los acusados, mediante una selección grosera y sin comparar los distintos testimonios que se desacreditan unos a otros o que se «acomodaban».

A título ejemplificativo refiere a un testimonio que aludió a frascos con fetos guardados con nombres de varón y mujer, en pasillos ocultos, a la presencia de brujas en el I , a abortos que no tuvieron internación registrada, a que un menor se lanzó por una ventana, y a que C. mató a un hombre de un tiro y lo enterró en el I .

iv.- Cuestiona el valor probatorio que el tribunal le dio a los testimonios del personal del área psicológica del CMF y el EDEAAS por cuanto sostuvieron la credibilidad de los relatos de los denunciantes, sin considerar que esas afirmaciones se basaron en un examen de dos horas de entrevista, lo cual resulta insuficiente para arribar a tal conclusión.

v.- Refiere que se omitió mencionar que C. B estuvo en La Plata, Buenos Aires, entre el año 2006 y el año 2016 sin que existan pruebas que indiquen lo contrario, pretendiendo que sea el acusado quien demuestre que no vino a Mendoza e invirtiendo la carga probatoria. Sostiene que el representante del Ministerio Público Fiscal debía acreditar que C. B estuvo en Mendoza y cómo vino a la provincia, si no consta que fuera en avión o colectivo.

Afirma que el tribunal fundó de manera escueta todos los hechos acusados a C. B , omitiendo la ausencia de prueba sobre su paradero entre 2006 y 2016.

vi.- La defensa sostiene que el Tribunal no ha tenido en cuenta, en su análisis en punto a la capacidad procesal de G B., el informe presentado por el Ministerio Público de la Defensa Nacional realizado por la Lic. Melina Siderakis y la Dra. Laura Bermolen, y que solamente se citó a la Dra. Gorra de la UNCuyo. Los peritos de la defensa habían arribado a la conclusión de que G B.. no tenía capacidad para estar en juicio. Sostiene además que los intérpretes de UNCuyo dijeron que debían usarse pictogramas para que G B.. comprendiera conceptos abstractos, aunque esa técnica no fue empleada en el debate. Afirma que la duda sobre la capacidad para estar en juicio de G B.. debió dejarlo fuera del debate.

vii.- A juicio de la defensa, el Tribunal omitió el análisis de las Cámaras Gesell de manera integral y en la forma planteada por la defensa, cuya ilación permite entender que existen insalvables contradicciones.

viii.- Cuestiona que no se haya tomado en consideración que ningún examen psíquico haya podido afirmar que los acusados eran pedófilos o bisexuales simultáneamente.

3.- Luego de presentar estos agravios, la defensa plantea otra serie de críticas dirigidas, esta vez, a algunos hechos concretos por los que se condenó a sus defendidos:

i.- Respecto de los hechos 1, 13 y 14, refiere que el Tribunal omitió considerar las contradicciones y acomodaciones de relato de la víctima D.L., así como su falta de correlato emocional mientras prestaba declaración.

Tampoco consideró que la Dra. Cecilia Herrera dijo que no hay certeza de que las cicatrices en los exámenes médicos sean producto de un abuso sexual en el caso de D.L., pues podían ser producto de una relación sexual anal sin lubricación consentida.

Tampoco se pudo determinar la antigüedad de la cicatriz, y afirma la defensa que es una persona que al día de la fecha mantiene relaciones sexuales con su pareja, por lo que la cicatriz no puede ser tomada de modo concluyente.

El tribunal tampoco ha considerado que C. B era identificado con una seña prácticamente igual a la de H. Aguilar, que explica el error de que se haya colocado a C. B en el lugar de los sucesos mientras estaba en La Plata.

ii.- En relación al hecho 3 de C. B , afirma la defensa que el Tribunal erróneamente ha consignado entidad a un suceso que es atípico: tener a alguien sentado en la falta no es un abuso sexual simple agravado por la guarda.

iii.- Sobre los hechos 4 y 5 atribuidos a C. B y 6 a C. S., cuestiona la veracidad de la víctima M.V.A.S.G., por cuanto denunció un secuestro en la causa P-97.366/06 sin señalar a personas del P como autoras, pero en el debate manifestó que ella fue secuestrada por personas del P y que los alumnos habían visto una camioneta negra como la que se secuestró en 2006 del I .

Nada de ello fue corroborado, lo que debe ser meritado junto con el vasto material que existe en los legajos de la alumna y del resto de los alumnos, que desde antes de su ingreso al I presentaban problemas de conducta, enuresis diurna o nocturna y muchas otras cuestiones que pretendieron ser atribuidas a los hechos denunciados.

En particular sobre M.V.A.S.G., afirma la defensa que el contraste de sus declaraciones no permite sostener que sus dichos sean veraces, y que esto no era conocido por los psicólogos al momento de examinarla. Tampoco muestra correlato emocional ni lenguaje verbal acorde al contenido de su relato. Solicita la absolución por el beneficio de la duda, y sobre la participación de C. S. como partícipe necesario, afirma que no sólo no se encuentra acreditada su intervención, sino que además se lo ha considerado partícipe de un hecho cuyo autor no es conocido y al que el tribunal le atribuyó condición de ministro de culto sin sustento probatorio.

En punto a las cicatrices de la víctima, afirma que en el año 2006 fue examinada y no presentaba lesiones recientes sino himen complaciente sin solución de continuidad, y que debe tomarse en consideración que los traumatismos accidentales constituyen una causa discutida pero real de desgarros de himen, por lo que se consideran como «desgarros» solamente las soluciones de continuidad que llegan a la pared de la vagina, lo que no ocurre respecto de M.V.A.S.G.

iv.- Sobre los hechos 8, 15 y 16 endilgados a C. B , afirma que el fundamento del tribunal para considerarlos acreditados es insuficiente y arbitrario, y que no ha considerado las alegaciones de la defensa.

Así, el a quo ha asignado credibilidad a la víctima J.A. en base a cuestiones periféricas del relato, que lo harían creíble, pero omite considerar las contradicciones en horarios y con la declaración de D.L., que muestra que acomodaron sus relatos. Además, afirma que J.A. desde los 15 años mantenía relaciones sexuales consentidas, lo que su madre conocía e hizo saber a las autoridades del I . Su madre la llevaba al ginecólogo, quien en sus exámenes habría notado si ésta había sido abusada y lo habría denunciado. Explica que al momento de los supuestos hechos la víctima tendría 6 años, de modo que debería haber producido un desgarro en sus órganos genitales con obligada internación, y no un sencillo sangrado.

Cita a Calabuig, quien sostiene que por debajo de los 6 años el coito es anatómicamente imposible en las niñas, y a Kvitko, que afirma que en niñas menores de 6 años resulta imposible la penetración por la barrera anatómica que representa el ángulo, y que desde los 6 años y hasta los 11 la introducción del pene se puede lograr, pero se producen lesiones a nivel periné o recto-vaginales. A juicio de la defensa, resulta

obvio que los hechos no pudieron configurarse tal como los relató la menor de edad, quien además no mostró correlato emocional durante su declaración en Cámara Gesell.

v.- En punto al hecho 6 asignado a C. B , afirma que la prueba no fue valorada correctamente y que, pese a que el menor de edad víctima R.M. declaró dos veces en la causa, la segunda vez no pudo ratificar nada de lo ocurrido un año antes. La justificación que brinda el tribunal -el paso del tiempo- no resiste el análisis, pues el menor de edad puede relatar en 2016 un hecho que ocurrió entre 2007 y 2009, pero no en 2017. Además, en 2016 no pudo dar nombres y apellidos -como sostiene el Tribunal- pues en la Cámara Gesell es la intérprete quien dice que le tiene que dar opciones y le dice nombres en señas para que él responda. Esto, a su vez, permite poner en tela de juicio el examen psíquico de fs. 1241 que dice que R.M. tiene un relato coherente y detallado, a pesar de que no puede decir nada por sí solo. Además, afirma que no se ha acreditado la presencia de C. B en la Provincia para esa fecha.

vi.- En relación al hecho 7 atribuido a C. B y 4 a C. S. sobre corrupción de menores, y en línea con el agravio detallado en el punto III.2.1, cuestiona que no haya denunciante ni sujeto pasivo determinado y que el tribunal haya intentado introducir de manera forzada dentro de ese hecho a diversas personas en el sustantivo «niños» contenido en la plataforma fáctica. Afirma que el sustento probatorio que ha tomado en cuenta el a quo se compone de declaraciones respecto a que algún exalumno dijo que C. B tenía revistas pornográficas, de declaraciones sobre O y K, sobre un profesor de computación que habría encontrado páginas pornográficas en los buscadores de los equipos de la sala de computación, y de la sentencia n° 170 donde B. -otro imputado- reconoció su responsabilidad penal en un juicio abreviado.

El mérito de la prueba es, a criterio del recurrente, erróneo, y ha permitido que prospere un hecho sin sujeto pasivo determinado. Además, las pruebas a las que alude el Tribunal no dan cuenta del hecho ni de la autoría de los acusados, y la sentencia en la que B pactó una pena con el Ministerio Público Fiscal y reconoció su responsabilidad no puede ser trasladada a los demás acusados ni empleada como prueba periférica.

El juicio abreviado implicó para B aceptar los hechos tal como le habían sido imputados, sin hacer modificaciones, pero solamente reconoció su responsabilidad y no la ajena, lo que sería violatorio del derecho de defensa y del principio de culpabilidad por el hecho propio. vii.- En punto al hecho 9 por el que se acusa a C. B -hecho 5 de la intimación a G B.-, cuestiona que se hayan omitido valorar pericias en la causa conexas P-60.030/17.

En aquella investigación la víctima C.L. dijo tener un hijo de cuatro años producto de un abuso sexual ocurrido cuando salió del I P , lo que a juicio de la defensa impide atribuir la cicatriz anal que presenta esa víctima a un hecho de C. B , máxime cuando no hay precisiones de la fecha de los hechos.

El tribunal infirió que como en la época en que se denunció que habría ocurrido el hecho D.L. estaba en el I , se puede deducir la fecha del hecho en el año 2007. Sin embargo, omite considerar que C. B no estaba en Mendoza en esa época. viii.- Respecto del hecho 11 de C. B -5 de C. S. y 6 de G B.-, explica que el tribunal tuvo en cuenta únicamente el relato de la víctima J.J.R. y la pericia física.

Afirma que la Cámara Gesell de la víctima no muestra correlato emocional con el contenido de su declaración. Luego sostiene que el a quo erróneamente se apoyó en el testimonio de G.R., quien declaró en el debate en un sentido distinto al que lo había hecho durante la investigación penal preparatoria, en la que no mencionó a J.J.R. como abusado, sino a otra persona (fs. 1444/1452).

En aquella oportunidad dijo que José Luis sacó del cuarto a S., y que no le dijo a C. S., sino a Graciela; pero en el debate dijo que avisó a C. S. y que el chico era J.J.R., que había ido de visita y que «los sordos» le contaron que los chicos se cruzaban de habitación para tener sexo, que él no le contó a H. y, sobre el

hecho de S. con José Luis, dijo que nunca le contó a C. ni a H.. Cuestiona que el Tribunal no le dio valor a esta contradicción.

A juicio de la defensa, si este denunciante hubiera sido abusado todos los días innumerable cantidad de veces, la Dra. Herrera no habría encontrado sólo una cicatriz, sino una destrucción anal total. El tribunal sostuvo que el entonces menor de edad era llevado por C. S. al médico luego de ser abusado por O y G , y que el médico decía «otra vez lo han abusado», lo cual no es creíble porque en ese caso habría sido denunciado.

Por su parte, no se ha podido establecer esa situación ni se ha pedido la historia clínica correspondiente. Además, si su madre estaba al tanto de la situación y aún así lo seguía dejando en el I , entonces el relato es mentira o su madre es partícipe. ix.- En relación al hecho 1 atribuido a C. S., refiere que el tribunal ha meritado erróneamente la prueba, introduciendo en los dichos de J.A. cuestiones que no dijo.

La víctima no declaró que le tocó el pene a C. S., sino que éste se sacó el pene, mientras que la testigo D.L. dice que se bajó los pantalones. Una y otra testigo colocan a diferentes personas como quien ingresa al lugar del hecho: D.L. a unos compañeros -y luego forzadamente a C. B y Bordón- y J.A. a dos compañeros. Además, J.A. mantenía fluida comunicación con su familia y no contó nada, lo cual no habría sido correctamente valorado.

x.- En otro orden, la defensa afirma que los relatos de los denunciantes, sumado a lo que el tribunal llama «prueba periférica», son insuficientes para condenar.

Además, respecto de otros hechos -como el 10 atribuido a C. B - se absolvió con la misma prueba, pues también el CMF y el EDEAAS decían que la víctima era creíble y no fabulaba, pero como no presentaba cicatrices el tribunal absolvió.

Esto demuestra que la prueba periférica (exámenes psíquicos) fue tomada como determinante por el tribunal, y que respecto de los exámenes físicos no se ha logrado determinar con certeza si las cicatrices eran producto de relaciones consentidas sin lubricación o de alguna otra causa, ajena al abuso. Por lo que puede deducirse que el tribunal se valió de parcializaciones de testimonios y exámenes psíquicos para condenar, lo cual no es suficiente para imponer penas de 45, 42 y 18 años de prisión.

xi.- Como equívoco del tribunal, menciona que tomó en consideración que C. S. no contaba con una teoría del caso, lo que impedía contrarrestar las denuncias en su contra; pero no valoró las dos declaraciones que hizo C. B . Finalmente efectúa reserva del caso federal.

IV.- Contestación de la defensa a la vista del recurso del querellante particular

La defensa solicita el rechazo del recurso de casación planteado por la parte querellante. Explica que la presunta víctima del hecho en cuestión no fue conteste en sus declaraciones y no pudo precisar las circunstancias del suceso, manifestando que había sangrado pero al mismo tiempo sin presentar cicatrices.

Respecto de la afirmación según la cual la antigua data del hecho habría impedido constatar las lesiones, señala que la presunta víctima no denunció ese único hecho, sino también el 14/09/18 dos hechos nuevos contra C. tramitados en autos P-78.790/18 y luego bajo la compulsu P737.372/19.

El haber denunciado más de un hecho hace prácticamente imposible la ausencia de lesiones, debiendo considerarse la explicación de la Dra. Herrera del Cuerpo Médico Forense de que las cicatrices no desaparecen con el tiempo.

Afirma que la solución del Tribunal a quo en este punto fue acertada y no se resiente por las alegaciones de la defensa.

Por último, señala como errónea la alegación de la querellante según la cual la acusación fiscal fue alternativa, pues se acusó como abuso sexual gravemente ultrajante -con escasa fundamentación-.

Refiere que incluso la misma parte acusatoria planteó la duda de que no podía determinarse si el hecho se había producido «con un palo o con el pene», por lo que la Fiscalía alegó que -ante esa duda-, «elegía» que el hecho había ocurrido con un palo. Eso tornó inexacta y poco precisa la acusación.

V.- Dictamen del señor Procurador General

Al contestar la vista que de las impugnaciones se le confiriera, el señor Procurador General considera que ambas proceden formalmente y deben tratarse en el fondo.

Sin embargo, sostiene que en el fondo solamente debía proceder el recurso formulado por la parte querellante y no el planteado por la defensa.

Explica que el recurso del querellante particular resulta procedente por cuanto la sentencia absolvió a C. B por el hecho 10 que se le acusaba luego de valorar casi exclusivamente la inexistencia de lesiones en el menor y sin tomar en cuenta diversos elementos.

Así, las declaraciones del médico del Cuerpo Médico Forense -que dio cuenta de la posibilidad de que el hecho pudiera haber ocurrido, no obstante no existir lesiones-, el relato en Cámara Gesell del menor de edad y la ausencia de elementos que permitieran dudar de la veracidad de su testimonio, como manejo de la información con fines gananciales o circunstancias similares.

En relación al recurso de la defensa, considera que se trata de un intento de aislar los indicios a fines de menoscabar el contundente valor probatorio que surge de su análisis conjunto.

Señala que el a quo llevó adelante un trabajo de valoración y análisis de todo el plexo probatorio, y que los relatos de las víctimas fueron contemplados minuciosamente y cotejados con la prueba instrumental y pericial pertinente. Cada una de las víctimas fue individualizada.

Sobre las nulidades por vaguedades en la determinación de las circunstancias temporales o del sujeto pasivo, sostiene que constituyen una reedición de planteos formulados durante el debate y resueltos en la sentencia.

Considera válida la remisión a la acusación fiscal, de la que surge la descripción del lugar de comisión, las fechas entre las cuales tuvieron lugar los hechos y sus específicas particularidades.

Particularmente en relación a los delitos de corrupción de menores, explica que en la acusación se señalaron exhaustivamente los extremos requeridos, con identificación de cada uno de los niños y niñas que intervinieron como sujetos pasivos o testigos.

Afirma que los derechos de defensa en juicio y al debido proceso de los encartados estuvo garantizado, sin que se hayan menoscabado sus posibilidades defensivas.

En cuanto a las lesiones constatadas, las califica como elucubraciones defensivas vertidas en el marco de la estrategia de aislar indicios y atribuir su origen a hechos distintos a los investigados, pero que toman un cariz distinto a la luz de todos los elementos de prueba reunidos.

En particular, destaca que la sentencia tomó en cuenta los indicadores de credibilidad.

En este orden, afirma que el análisis del a quo en relación a cada hecho fue completo, y resultado de una perspectiva integral tendiente a considerar las características de las víctimas y su debida protección.

En punto a la capacidad del acusado G, sostiene que la Dra. Gorra, psiquiatra, legista y magíster en criminología concluyó categóricamente que se encontraba apto y reunía las condiciones psíquicas para afrontar un juicio.

Concluye en que la defensa más que señalar agravios concretos, reformula en esta instancia los argumentos planteados durante el juicio, con una interpretación de la prueba de modo favorable a los imputados, pero sin demostrar arbitrariedad en el fallo.

Por el contrario, y a su modo de ver, el plexo probatorio luce exhaustivamente valorado según las reglas de la sana crítica racional.

VI.- Audiencia de informe oral

Al momento de llevarse a cabo la audiencia de informe oral ante esta Suprema Corte de Justicia, en modalidad virtual, los representantes del querellante particular informaron oralmente su recurso, la defensa contestó la vista al respecto y el representante del Ministerio Público Fiscal informó su dictamen. Las constancias audiovisuales de la misma obran en los registros de Secretaría.

VII.- La solución del caso

Voto Dr. Garay. Preopinante.

Puesto a resolver la cuestión en tratamiento, adelanto a que a mi juicio corresponde confirmar la sentencia pronunciada por el Segundo Tribunal Penal Colegiado y rechazar tanto el recurso de casación planteado por el querellante particular como el recurso de casación formulado por la defensa de los imputados, en base a las consideraciones que a continuación expondré.

A continuación, me ocuparé de analizar cada uno de ellos en el orden en que han sido planteados.

a.- Recurso de casación del querellante particular

1.- El recurso impugna la absolución por el beneficio de la duda de C. B del hecho 10 que se le atribuía, decisión a la que el Segundo Tribunal Penal Colegiado arribó por considerar que los elementos de prueba incorporados a la causa eran insuficientes para tener por acreditado el hecho acusado.

La impugnación se asienta sobre dos agravios: falta de observancia de las reglas de la sana crítica y, a su vez, de la acusación fiscal (v. recurso, fs. 6032 y 6033).

Por una parte, afirma que la decisión no observó las reglas de la sana crítica racional porque asignó excesivo peso probatorio a la inexistencia de lesiones en el menor de edad, sin tomar en cuenta las características del medio comisivo empleado, las declaraciones del médico del CMF que validó la posibilidad de que el hecho hubiera ocurrido no obstante no constatarse lesiones, la precisión del relato en Cámara Gesell de la víctima, ni la inexistencia de elementos que permitieran dudar de su veracidad. Por otra parte, el recurrente se queja de que no se tomó en cuenta la acusación alternativa propuesta por la acusación que permitía, para el caso de que no se considerase acreditado el medio comisivo del delito de abuso sexual con acceso carnal, la condena por abuso sexual gravemente ultrajante (art. 119, segundo párrafo del CP).

2.- El análisis de los fundamentos de la sentencia y las pruebas invocadas por el recurrente me convence de que la impugnación no puede prosperar en esta instancia.

Comenzaré por la segunda crítica, relativa a la calificación jurídica del hecho, pues considero que no deslindar esta cuestión en primer término puede conducir a equívoco. La sentencia impugnada absolvió al acusado C. B por el hecho 10 –descrito en la primera parte de este voto–, calificado como abuso sexual gravemente ultrajante agravado por ser el autor encargado de la guarda, ministro de culto y por ser cometido contra un menor de 18 años de edad aprovechándose de la situación de convivencia preexistente con el mismo, delito previsto en el art. 119 segundo párrafo, en función con el cuarto párrafo incisos b y f del Código Penal (v. sentencia, fs. 5899).

Durante la audiencia de informe oral de los recursos ante esta Suprema Corte de Justicia el representante de la acusación pública dejó establecido con claridad que, durante el debate, el Ministerio Público Fiscal consideró que para la comisión del hecho se había utilizado un palo, y que por eso mantuvo la acusación por abuso sexual gravemente ultrajante agravado, en lugar de hacerlo por abuso sexual con acceso carnal agravado.

Aun así, aunque se hubieran mantenido acusaciones alternativas, lo cierto es que el Tribunal a quo absolvió al acusado por el hecho calificado de la manera en que lo solicita el querellante particular en su impugnación.

De modo tal que corresponde descartar la pretendida inobservancia de la acusación fiscal alegada y analizar, a la luz de esta perspectiva, el agravio relativo a la errónea valoración probatoria.

En relación a ello, y de forma preliminar, debo señalar que la absolución por beneficio de la duda a la que arribó el tribunal a quo no significa negar la existencia material del hecho, sino aplicar un principio de trato que es fundamental para nuestro sistema jurídico: el *in dubio pro reo*.

Sobre éste la CSJN ha señalado que es corolario de la presunción de inocencia, y en función de ello «al valorar la prueba resulta imperativo absolver al imputado en caso de duda; pues el punto de partida es la presunción de su inocencia y no la hipótesis de la acusación» (Fallos 342:2319).

También el cintero Tribunal de la Nación ha establecido que «[c]uando el art. 18 de la Constitución Nacional dispone categóricamente que ningún habitante de la Nación será penado sin juicio previo, establece el principio de que toda persona debe ser considerada y tratada como inocente de los delitos que se le imputan hasta que en un juicio respetuoso del debido proceso se demuestre lo contrario mediante una sentencia firme» (Fallos 339:1493).

Dicho esto, debo señalar que no coincido con la crítica planteada por los representantes del querellante particular y la acusación pública según la cual el tribunal a quo ha valorado la prueba de manera errónea o contraria a las reglas de la sana crítica racional.

Por el contrario, advierto que ha tomado en consideración los elementos probatorios relevantes y, aun así, brindó las razones por las que consideraba que no había alcanzado el grado de certeza necesario para superar el estándar de duda razonable.

De esta manera, el cuestionamiento del querellante luce, a mi juicio, como un desacuerdo propio del rol procesal que desempeña, antes que como un argumento demostrativo de un agravio procedimental que permita desvirtuar la validez de la sentencia cuestionada.

En efecto, según las constancias de la causa resultó determinante para el tribunal de instancia previa la falta de certeza sobre el medio comisivo empleado en el abuso sexual que se atribuía al autor. Contrariamente a lo afirmado por el recurrente, el a quo tomó en cuenta la declaración en Cámara Gesell de la presunta víctima y destacó que el menor de edad no aportó precisiones al respecto.

Tengo en cuenta que en la audiencia de informe oral llevada a cabo ante esta Suprema Corte de Justicia el representante de la querrela particular repasó con precisión las palabras concretas con que se expresó el niño. De allí surge que, en un tramo de su declaración -luego de ratificar haber sido víctima de abuso sexual por parte de C. B - el menor de edad afirmó que durante el hecho había estado de espaldas y no había visto con qué lo abusaban.

Coincido con el a quo respecto de que no es posible tener por acreditado un abuso sexual con acceso carnal ni uno gravemente ultrajante por parte de C. B en este caso, pues el suceso descrito en la acusación habría sido violento –en tanto habría lastimado a la víctima, al punto de hacerla sangrar– y requiere mayor certeza que la que es posible alcanzar con la prueba a disposición respecto del medio

comisivo empleado. No se trata de que solamente existan imprecisiones sobre la correcta calificación jurídica que corresponde asignar al hecho.

Como se verá luego, se trata de que se ha acusado a C. B de un hecho que tiene una sola característica que lo torna un «abuso sexual»: el haber penetrado -o intentado penetrar- a la víctima y haberla hecho sangrar.

En tanto esa circunstancia no ha podido acreditarse, ninguna parte restante del hecho es suficiente para motivar una condena por un abuso gravemente ultrajante. Esta conclusión no se ve conmovida por la inclusión en el razonamiento de otras pruebas pues no se advierte de qué manera la restante prueba invocada permitiría alcanzar mayor certeza sobre la facticidad en cuestión. Así, el recurrente solicita que sean tenidas en cuenta las características del medio empleado.

Tengo en cuenta que el hecho denunciado habría sido cometido por un adulto respecto de un menor de edad, en circunstancias agravadas por su relación desigual de poder –pues, además de adulto, se trataría de un ministro de culto que estaba encargado del cuidado del menor- y luego de conducir a la víctima a un espacio de indefensión fuera de la vista de los demás –la capilla–.

Sin embargo, estas circunstancias no aportan información sobre la materialidad concreta del suceso calificado como «abuso sexual gravemente ultrajante», ni sobre el medio empleado para cometerlo –el pene, o un palo-.

A diferencia de lo que ocurre en relación a otros hechos por los cuales se acusó a C. B , en este caso los indicios no se asocian a otros elementos que les puedan aportar sentido incriminador, ni en sí mismos – con su adecuada valoración integral- pueden considerarse suficientes para acreditar el hecho.

Lo mismo ocurre con las declaraciones del médico del CMF que validó la posibilidad de que el hecho hubiera ocurrido no obstante no constatarse lesiones, y con el examen que alude a la inexistencia de elementos que permitan dudar de la veracidad del relato del menor de edad.

Respecto a lo primero, considero que el objeto que acredita el informe, es decir, aquello sobre lo que se expide, no constituye una prueba directa del hecho.

El informe da cuenta de la posibilidad de abusos sexuales sin lesiones. Se trata de un supuesto fáctica y jurídicamente posible, sobre el cual este Tribunal se ha expedido en diferentes ocasiones (vgr. «**Gallardo López**»).

Sin embargo, y como señalé antes, la descripción del hecho acusado señala que las características del abuso serían tales que habrían lesionado a la víctima al punto de haberla hecho sangrar. Este último dato, que surge del relato del menor de edad, a mi juicio eleva las exigencias probatorias en relación con el examen físico.

El hecho de que no se hayan constatado lesiones -graves ni leves-, si bien no constituye una prueba de descargo, tampoco contribuye a reforzar la certeza positiva de que el hecho haya tenido lugar tal como se lo describe en la acusación.

Lo mismo puede decirse respecto a lo segundo, es decir, la ausencia de indicios que permitan dudar de la veracidad del relato del entonces menor de edad, tales como manejo de la información con fines gananciales o circunstancias similares. Sin perjuicio de que –a mi juicio– la coherencia interna de la descripción del suceso por parte de una víctima vulnerable debe ser analizada a la luz de las diversas interseccionalidades que la atraviesan -como su edad o sus capacidades comunicativas-, lo cierto es que de su relato no surgen elementos que permitieran al juzgador tener por acreditado el hecho acusado.

Esto no tiene que ver con atribuir grados de credibilidad o no a su versión, sino que se vincula a que uno de los elementos centrales del abuso sexual atribuido a C. B es el acceso carnal o un abuso que, sin implicar acceso carnal, fue gravemente ultrajante.

Precisamente sobre esas circunstancias la declaración del menor de edad resultó poco clara y no se encuentra respaldada por prueba periférica.

Esto no significa elevar el estándar probatorio, sino solamente señalar que, en este caso, la ausencia de rastros de lesiones resulta determinante para generar el estado de incertidumbre racional al que aludió el tribunal a quo. Puesto en términos claros, la prueba existente resulta insuficiente para tener por acreditado el suceso que se le atribuyó al acusado, sea que se lo califique como abuso sexual con acceso carnal agravado o como abuso sexual gravemente ultrajante agravado. Los términos de la acusación requieren tener por acreditada cierta materialidad y ello no ha ocurrido.

Esto es que «[...] el cura H. H. C. [...] llamó al menor sordomudo de 5 años de edad aproximadamente [E.L.V.] y lo llevó al interior de la Capilla, donde están los asientos. En ese lugar, ubicó al niño [E.L.V.] parándolo sobre un elemento más elevado, para luego pararse C. detrás del menor y accederlo carnalmente vía anal, haciéndole sangrar la cola y diciéndole “esto te lo callás”».

Coincido entonces con la conclusión del a quo según la cual el caudal probatorio colectado resulta insuficiente para tener por acreditado ese hecho. Así, la duda a la que alude el tribunal a quo es efectivamente racional y se encuentra fundada, sin que las alegaciones que efectuara el recurrente ni las consideraciones vertidas por el Ministerio Público Fiscal logren conmover esta conclusión. En base a las razones expuestas, considero que el recurso de casación planteado por el querellante particular en autos debe ser rechazado por esta instancia.

b.- Recurso de casación de la defensa de los acusados C. B , C. S. y G B..

El detenido estudio de la cuestión me convence de que el recurso debe ser rechazado en esta instancia. Anticipo que la motivación de la sentencia es suficiente para su mantenimiento como acto jurisdiccional válido, pues no adolece de falencias que impliquen su anulación.

Esto, a la luz de la reiterada jurisprudencia pronunciada por esta Suprema Corte de Justicia según la cual, para conllevar tal extrema solución, los defectos del acto jurisdiccional deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos, lo que en la especie no ocurre (conf. «**Figueroa Pérez**», «**G Malcom**», «**González Lucero**», entre otros).

A efectos de exponer de manera clara las consideraciones que me conducen a rechazar el recurso de la defensa organizaré el tratamiento de los agravios del modo que sigue.

En primer lugar, me ocuparé de los agravios vinculados a cuestiones procedimentales previas o concomitantes al juicio (1), esto es, las vinculadas a la capacidad del acusado G B.. (1.i), a cuestiones de admisibilidad probatoria (1.ii) y a la pretensa nulidad de las acusaciones (1.iii). En segundo orden, ingresaré en el análisis de los múltiples cuestionamientos de la defensa a la valoración probatoria llevada a cabo por el a quo (2). Finalmente, examinaré vicio in iudicando vinculado a la tipicidad del hecho n° 3 atribuido a C. B (3). Veamos.

1.- Agravios sobre vicios procedimentales previos o concomitantes al juicio

Capacidad procesal.

i.- Conforme al orden de tratamiento anticipado, principiaré por el examen de los argumentos defensivos dirigidos a atacar la decisión del tribunal respecto de la capacidad procesal de A G B... A efectos de evitar reiteraciones, y sobre el desarrollo del agravio, me remito a lo expresado en el punto III.2.vi de este voto. Según entiendo, el agravio no puede ser acogido en esta instancia, pues la resolución del a quo aparece debidamente fundada en punto a la capacidad del acusado en cuestión para estar en juicio, sin que los argumentos defensivos logren conmover la racionalidad de la decisión al respecto.

El asunto fue tratado como primera cuestión en la sentencia (fs. 5909 vta./5910), donde se explicó que la defensora Arlotta solicitó que se realizaran en forma urgente los exámenes necesarios para resolver la situación de G B., y que en base a ello se dispuso la realización de una pericia por parte de la Dra. María Patricia Gorra, docente del Departamento de Neurociencias de la Facultad de Medicina de la Universidad Nacional de Cuyo, cuyo dictamen fue agregado en autos.

Durante la cuarta jornada de debate, la Dra. Gorra explicó su dictamen. El tribunal tomó en consideración las credenciales técnicas de la Dra. Gorra –esto es, que se trata de una médica psiquiatra, legista y magíster en criminología– y su conclusión categórica sobre la aptitud del acusado para afrontar un juicio.

Meritó que la profesional afirmó que G B. reunía las condiciones psíquicas necesarias, conocía y comprendía el lenguaje de señas empleado en el juicio y mantenía conservado su juicio crítico, sin patologías psiquiátricas. La decisión aparece suficientemente tratada y motivada, sin que los argumentos defensivos logren conmover su razón.

La defensa afirma que se omitió valorar el informe –que arribaba a una diferente conclusión–realizado por las profesionales Siderakis y Bermolen durante la investigación; mas este argumento no resulta oportuno por cuanto se advierte que el tribunal dispuso la realización de una nueva pericia a efectos de zanjar la cuestión –que ulteriormente fue realizada por una profesional de la Universidad Nacional de Cuyo–, sin que conste que la defensa se haya opuesto a esta decisión.

Respecto de la alegación sobre la falta de utilización de pictogramas para explicar conceptos abstractos, la crítica queda en una mera afirmación genérica, que no ha sido concretada mediante una explicación de qué conceptos no habría podido comprender G B., ni cómo ello afectaría su derecho de defensa, por lo que no puede ser acogida en esta instancia. Por estos motivos, entiendo que el agravio no resulta procedente.

Tengo presente que la capacidad para estar en juicio constituye una condición esencial de la legitimidad del procedimiento. Ello no sólo surge del expreso texto de nuestra ley procesal (v. arts. 96 y 97 del CPP), sino que constituye una de las bases del sistema de enjuiciamiento liberal estatuido en nuestro bloque de constitucionalidad.

Al respecto, se ha señalado que «existen precondiciones de la responsabilidad penal. Estas son las condiciones que deben cumplirse para que el juicio sea siquiera posible o legítimo.

No son condiciones cuyo cumplimiento justifique la condena del acusado y cuyo incumplimiento imponga su absolución.

Antes bien, si no se cumplen el acusado no puede ser, en sentido estricto, ni condenado ni absuelto, ya que, en sentido estricto, no puede ser juzgado. Las precondiciones de la responsabilidad penal son condiciones de la legitimidad del juicio penal» (DUFF, A., 2015, **Sobre el castigo: Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad**, PONS, H. traductor, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, p. 138).

Esto responde a que, para una concepción republicana, «el juicio penal debería entenderse no meramente como una investigación sobre una acusada -en la que esta no tiene un rol activo-, sino como un proceso en el cual ella tiene que ser una participante activa.

Se la convoca a responder a una acusación penal, ya sea para admitirla declarándose culpable, o para defenderse negando los hechos alegados o proponiendo alguna defensa que disfrute de reconocimiento jurídico.

Del mismo modo, una condena no sólo es un fallo sobre la acusada, a saber, que ha cometido el delito: es un fallo que recae en ella, como condena de su conducta. Un juicio penal pretende ser, y debería ser, un proceso racional de comunicación en el que la acusada está activamente involucrada. [...]

En consecuencia, el juicio debe dirigirse a la acusada como alguien que puede ser debidamente llamada por un tribunal a responder por la conducta alegada.

Podemos expresar este requisito diciendo que el tribunal debe tratarla como una ciudadana responsable y que ella debe serlo: responsable en el sentido de que tiene que responder ante ese tribunal. [...] Una condición esencial del juicio -una condición sine qua non para que el juicio pueda realizarse en forma apropiada- es, entonces, que la acusada sea una ciudadana responsable. Si no lo es, no puede ser juzgada como corresponde» (DUFF, A., *op. cit.* p. 139).

Por esta razón, la primera y más obvia condición de la responsabilidad penal concierne a las capacidades de la persona a quien se juzgará: debe ser capaz de responder a la acusación. Esto implica que debe entender la acusación y el transcurso del juicio, y dar instrucciones a su abogado. Si no puede entender el proceso, no puede dar respuestas frente a las acusaciones que se le imputan. En el caso que nos ocupa, el tribunal ha tenido por acreditado que el acusado G B.. es capaz -en este sentido- para responder por la acusación, y para ello se ha valido de la producción prueba pericial que la defensa no ha objetado. Sobre esta base, la crítica no puede prosperar.

Elementos probatorios. Ingreso al debate. Control de la defensa.

ii.- Corresponde ahora ingresar al tratamiento de los agravios asociados al ingreso al debate de elementos probatorios y a su control por parte de la defensa.

El recurso plantea que el tribunal se extralimitó en la decisión sobre admisibilidad de prueba -v. punto III.1.vii de este voto-, que la decisión se basa en prueba no admitida en la etapa preliminar -v. punto III.1.v-, que se impidió a la defensa interrogar a la víctima [D.L.] -v. punto III.1.v-, y que C. S. no fue informado de las pruebas que se produjeron en su contra mientras no estaba presente en la audiencia -v. III.1.vi-. En ese orden serán analizados.

En primer lugar, debo señalar que la defensa no ha concretado el agravio según el cual el tribunal basó su decisión en prueba no admitida en la audiencia preliminar, de modo que no es posible proceder a su análisis.

No se advierte, de la lectura del escrito recursivo, que este agravio haya sido desarrollado mínimamente con el señalamiento de la evidencia en cuestión, de modo tal de examinar si se valoró prueba inválidamente incorporada, para acreditar qué premisas, ni si ello era susceptible de causar un perjuicio a la defensa o demuestra parcialidad del juzgador.

Algo similar ocurre con el argumento que impugna la exclusión de los intérpretes oficiales que conocieron los hechos antes de la denuncia, ofrecidos por la defensa y sin mediar oposición por las partes acusadoras. La expresión del agravio es superficial y sumamente breve, sin individualización de los testigos en cuestión ni de los puntos en los cuales su declaración permitiría poner en tela de juicio el resultado de la decisión. Tampoco explica por qué el tribunal se habría «extralimitado», pues la escueta expresión de la defensa

no se ocupa de contrastar las atribuciones que le corresponden al órgano jurisdiccional con sus límites, ni de demostrar cómo éstos habrían sido traspasados.

En definitiva, no se trata de un argumento que pueda tener cabida en esta instancia y no resulta demostrativo de una infracción a las reglas sobre admisibilidad de prueba previstas en nuestra ley procesal (v. arts. 207, 368, 369, 370, entre otros, del CPP).

En tercer lugar, y en punto a la falta de información al acusado C. S. de las pruebas que se produjeron en su contra mientras fue internado por haberse descompuesto, encuentro pertinente destacar que de la compulsas de los registros audiovisuales del debate, surge que el nombrado se ausentó de las audiencias que tuvieron lugar desde el 14/08/19.

En esa audiencia, el presidente del Tribunal expresó que «en lo que hace a la situación de las cámaras Gesell que se van a hacer transcribir en la audiencia, se ha resuelto que contando con las desgrabaciones escritas de lo que se ha planteado en cámara Gesell, se le va a entregar al imputado C. una copia de la desgrabación de cada una de ellas para que tome conocimiento de lo que se ha visto en ese momento.

En tercer lugar, se encuentra en trámite –no sabemos qué resultado va a tener, está gestionando la OGAP– un software con subtítulos que simultáneamente se le va a hacer saber a C. con una computadora como está puesto allí, con letras abajo, con transcripción, para que vaya tomando conocimiento de lo que se va diciendo en las distintas audiencias que se vayan realizando. Por el momento, esas son las medidas que se van a tomar en relación al señor C. en relación a sus dificultades para escuchar.

Y por último, [...] hemos obtenido de parte del Ministerio Público Fiscal, de la Defensa y de la Suprema Corte de Justicia el servicio de dos auxiliares que se van a turnar por día para que hagan una transcripción simultánea de lo que se va resolviendo en la audiencia, que se le va a ir entregando a la defensa del señor C. para que ella haga uso de estas transcripciones que en este momento ya están trabajándose [...]. Con eso consideramos que estaría cubierta la situación del señor C., para que pueda entender y atender todo lo que está ocurriendo» –v. registro audiovisual audiencia del día 14/08/2019, min. 04:00 a 07:03–. La transcripción efectuada permite descartar el agravio, pues surge con claridad que el Tribunal a quo dispuso trasladar a la defensa la tarea de efectivizar la puesta en conocimiento a C. S. de todo lo que ocurría en las audiencias de debate y lo que se declarara en Cámara Gesell, y que la proveyó de los medios necesarios para ello, sin que la defensa se haya opuesto oportunamente.

Resulta contradictorio e improcedente en esta etapa procesal, discutir el punto en los términos en los que lo ha planteado la defensa.

En cuarto orden, en relación a la pretendida afectación del debido proceso por limitación de la defensa material al impedir el interrogatorio de la víctima D.L., debo señalar que el agravio tampoco procede en esta instancia.

La compulsas de los registros audiovisuales de las audiencias que se realizaron entre los días 16/09/19 y 17/09/19 da cuenta de que la declaración de la víctima D.L. se llevó adelante mediante la reproducción de la grabación de la Cámara Gesell realizada antes, a lo que la defensa no se opuso. Resulta improcedente el reclamo, en esta instancia, de la metodología de incorporación de la testimonial en cuestión que también fue consentida por la defensa durante el debate.

Más allá de esta razón estrictamente formal, la decisión del tribunal a quo sobre el modo de incorporar la declaración de D.L. que la defensa impugna es, en sí, materialmente correcta. En este sentido, me parece apropiado traer a colación la **resolución n° 20/2005 del Consejo Económico y Social de la Organización de Naciones Unidas (ECOSOC)**, en la que se ha pronunciado con recomendaciones en cuanto a la reducción al mínimo indispensable de todo contacto innecesario del niño con el proceso de justicia,

resaltando el derecho del niño a ser protegido de sufrimientos durante el proceso judicial, a cuyos efectos los profesionales intervinientes deberán aplicar diversas medidas, fundamentalmente para limitar el número de entrevistas.

Igualmente, **la ley modelo sobre «La justicia en asuntos concernientes a menores víctimas y testigos de delitos», en su artículo 13**, establece que, en la medida de lo posible, el investigador deberá evitar repetir el interrogatorio durante el proceso, con el fin de evitar la victimización secundaria del menor de edad.

Encuentro pertinente tomar en consideración estos lineamientos, pues aunque no constituyen normas vinculantes para la jurisdicción, aportan a mi juicio criterios que permiten trasladar un enfoque de derechos humanos a la práctica.

En línea con la concepción señalada esta Suprema Corte de Justicia ha señalado que «esa declaración testimonial deba ser caracterizada como sui generis, debido a que, si bien materialmente el acto no es definitivo e irreproducible -ya que no es imposible, en los hechos, que la víctima declare en el proceso penal en una o varias oportunidades-, existen buenas razones para tratarlo como tal.

Por un lado, porque es desaconsejable someter a la víctima a numerosas entrevistas sobre el mismo hecho, ya que en cada relato ella vivencia nuevamente la situación, reviviendo la angustia provocada por él, dificultando en consecuencia la recuperación terapéutica.

Por otro lado, con el transcurso del tiempo es normal que la víctima de corta edad olvide lo sucedido o sus recuerdos sean cada vez menos precisos» (conf. «**Biscontín Tobares**»).

A su vez, también se ha señalado que «[...] los niños deben declarar la menor cantidad de veces posibles a fin de evitar su revictimización o un impacto traumático en ellos, respetando de esta manera el interés superior del niño y asegurando el derecho de defensa, conforme lo establecen Tratados Internacionales con jerarquía constitucional» y que «la declaración de los menores víctimas en Cámara Gesell no afecta garantías constitucionales de los imputados» (conf. «**Basualdo Cabezas**», en el mismo sentido, «**Morales Tordoya**», «**Fernández Algañaraz**», entre otros).

Nulidad de las acusaciones

iii.- Deslindadas estas cuestiones pasaré al examen de los agravios vinculados a la nulidad de las acusaciones.

En este sentido, es posible identificar dos «secciones» en el argumento: una concreta dirigida a cuestionar la acusación por el delito de promoción a la corrupción de menores agravada por ser el autor encargado de la guarda por falta de identificación de las víctimas -v. puntos III.2.i y III.3.vi de este voto-, y otra genérica que solicita la nulidad de las restantes acusaciones por falta de determinación temporal de los hechos -v. punto III.2.ii-.

Respecto de la primera de ellas, advierto que la crítica parece manifestar un mero descontento -jurídicamente irrelevante- con la decisión del a quo, pues el argumento reafirma las alegaciones efectuadas durante el debate y contestadas en la sentencia, sin demostrar que ésta incurra en un error. La crítica puede ser resumida del modo que sigue: se acusa a C. B y C. S. del delito de corrupción de menores, pero la descripción del hecho no incluye la identificación de las víctimas, de modo tal que no hay un sujeto pasivo determinado, lo cual limita y vulnera el derecho de defensa.

La sentencia se ocupó de este problema, y señaló que un detenido análisis de la acusación fiscal permitía identificar con claridad, en forma concreta y específica, a quiénes se habían dirigido los actos de promoción o facilitación de la corrupción.

Dice al respecto la resolución que «[e]n efecto, a partir de la página 90 de la extensa pieza requirente, el acusador público realiza una exhaustiva descripción de tal extremo, identificando a cada uno de los niños

y niñas que intervinieron, ya sea como sujetos pasivos y/o testigos de tales hechos. Así, por ejemplo, se menciona a la testigo de identidad reservada número uno [D.L.] como la adolescente que acudió a la habitación donde se hacía ingresar a los niños a ver películas pornográficas, en las que se les exhibía representaciones fílmicas de sexo oral y penetración. También se menciona a [R.O.A.S.], [J.A.], [N.C.], [A.P.R.] y [M.d.I.Á.B.], como algunos de los niños y niñas (albergados o no en el I) a quienes se les exhibía este tipo de material.

Es decir, no sólo se identifica a los sujetos pasivos de tales conductas, sino también los medios comisivos. En tal sentido, cabe poner de relieve el apartado en el que se hace referencia al testimonio brindado por [G.M.] en el que refiere que uno de los imputados los incitaba a que tuvieran sexo y que J B "...le decía a J L que abusara de los chicos.

Afirmó que ellos eran incitados por los adultos mencionados a tener sexo, refiriendo que el "padre N." y "Jorge" (Bordón) encerraban a los niños con llave en el pasillo de los dormitorios para que José Luis los abusara [...]. Agregó que José Luis después que abusaba a [J.] lo mandaba a hacer lo mismo con los demás niños y después hacía lo mismo con él y los demás, refiriendo el dicente al declarar: "mi alma se apagó con todo esto y yo estoy en el infierno".

En otro apartado se menciona a [R.M.] y a [A.P.R.] como niños que recibían las revistas pornográficas y/o visualizaban películas del mismo tipo suministradas por J L O y el encartado N. C.» (fundamentos, fs. 5910 vta. y 5911, el destacado pertenece al original).

El recurso de la defensa cuestiona el fundamento del a quo con el siguiente argumento: si el tribunal debió revisar completamente la acusación para identificar a las víctimas del hecho, entonces tuvo que hacer un «razonamiento» para «deducir» su identidad.

Que haya debido deducirlo ratifica que las víctimas no se encontraban determinadas de forma evidente en la plataforma fáctica, que debió ser «reformulada» introduciendo nombres de víctimas. No considero que esta crítica sea procedente en esta instancia, pues omite considerar que el tribunal a quo también sostuvo que la acusación constituye un acto procesal de carácter complejo e integral, que no puede reducirse a determinados segmentos o apartados; y que señaló que una «lectura completa» de la acusación permitía, en el caso, advertir las descripciones mencionadas precedentemente, en salvaguarda de la garantía de defensa en juicio.

Así, consideró el a quo que la defensa pudo negar esos hechos, refutarlos o explicarlos, analizar su posible atipicidad, casos de ausencia de capacidad física o psíquica o eventual consentimiento, tal como lo hizo en su alegato (fundamentos, fs. 5911 y vta.).

La crítica recursiva, en definitiva, luce como un argumento sesgado. Es que no aparece procedente que la defensa cuestione la necesidad de razonar sobre la acusación: es erróneo afirmar que, porque deban realizarse inferencias lógicas, un planteo no sea claro.

Precisamente esta es una de las razones que motiva y justifica la asistencia técnica legal de las personas que son llamadas a responder por hechos considerados delictivos.

Aun así, en el caso no ha sido necesario tal «razonamiento deductivo» para identificar los nombres de las víctimas del hecho en cuestión, que surgen del tenor literal de la pieza acusatoria. Las reglas procesales que rigen el enjuiciamiento penal son claras respecto de que el requerimiento fiscal debe contener -bajo pena de nulidad- los datos personales de los imputados; una relación clara, precisa, circunstanciada y específica del hecho; los fundamentos de la acusación; y la calificación legal (art. 358 del CPP).

Nada dice sobre la forma en la que deben ser expresados, aunque la práctica usual muestre que la relación circunstanciada del hecho se encuentra en un apartado específico, como en el caso. Sin embargo, aunque

en general al trabajar en el ámbito jurídico constituya una buena práctica el abordaje analítico, ordenado y metódico de cada una de las cuestiones a las que la ley atribuye relevancia -vgr., el relato del hecho-, lo cierto es que asiste razón al a quo respecto de que la pieza acusatoria es un acto jurídico en su totalidad -no sólo en algunas partes- y que el acusado debe defenderse de todos los hechos con las características que surjan de toda la pieza.

En definitiva, si bien hubiera sido deseable desde un punto de vista técnico que los nombres de las víctimas se encontraran en el relato del hecho, la ley procesal penal no exige un determinado orden a las cuestiones, bastando con que el hecho se encuentre identificado con claridad, precisión y sea expresado de modo circunstanciado, tal como ocurre en el caso.

Por último, debo señalar que tampoco el recurrente ha justificado que el pretendido vicio procedimental haya afectado su derecho de defensa, pues se ha limitado a mencionar la cuestión sin señalar defensas que no haya podido invocar, o pruebas que en su caso habría ofrecido en el proceso.

La segunda «sección» del planteo de nulidad de la acusación es genérica en el sentido de que se dirige contra todos los hechos.

El argumento sostiene que la inviolabilidad de la defensa se vio vulnerada en razón de las imprecisiones temporales de la acusación, y que en este caso las indeterminaciones no pueden ser «salvadas» mediante deducciones de la pieza acusatoria. También sobre este punto el Tribunal a quo se expidió, y lo hizo a mi juicio de manera clara, suficiente y motivada.

Afirmó que «las deficiencias en la precisión de los hechos en el relato de los niños y principalmente en menores que han sufrido experiencias de abuso sexual, obedecen a una cuestión un tanto más compleja que guarda relación tanto con su propia etapa evolutiva, así como también con las secuelas que le apareja la situación traumática vivenciada, resultando tales particularidades fundamentales al momento de valorar su testimonio.

Entre ellas cabe destacar en el caso bajo examen, el extenso tiempo transcurrido entre los hechos bajo investigación y el momento en que fueron formuladas las denuncias que dieron inicio al proceso. La Corte Suprema de Justicia de la Nación plasmó ese criterio in re **“Luque”**, al señalar que «...corresponde rechazar el agravio fundado en la nulidad de la sentencia por carecer de la determinación circunstanciada del hecho, pues si bien no pudo establecerse el lugar exacto, lo cierto es que la coordenada temporal y de la espacial puede deducirse dónde ocurrió y la defensa no demostró de qué manera la descripción espacial aproximativa efectuada por el tribunal afectó en concreto su derecho de defensa» (**CSJN, Fallos 325:3118** –cfr. Dictamen del Procurador General de la Nación a cuyos fundamentos y conclusiones se remitieron la mayoría de los jueces del Máximo Tribunal Nacional» (fundamentos, fs. 5911 vta.).

También citó el **precedente «Sayd Carrizo»** de esta Suprema Corte de Justicia de Mendoza, donde se afirmó que «en los casos de abuso sexual, cuando las víctimas son niñas y niños, la determinación cronológica de los hechos, así como los matices en relación a las circunstancias de modo y lugar, deben ser menos estrictas. Debe considerarse el perfil psicológico del niño o niña, su edad, su capacidad de situarse en el tiempo y demás particularidades que puedan influir de algún modo en la precisión de su relato. Por lo que, si existe alguna variación de acuerdo con las circunstancias de tiempo, modo y lugar, ello no supone una violación al principio de congruencia».

En este orden, el a quo afirmó que no conducía a ningún objetivo enarbolar la bandera de las garantías por las garantías mismas.

La defensa ha cuestionado la pertinencia de invocación de los precedentes señalados, pues en el **caso «Luque»** no existía la doble indeterminación de sujetos pasivos y de circunstancias temporales que se da

en el presente caso, y en «**Sayd Carrizo**» se habla de «matices» en la determinación cronológica de los hechos, y no de indeterminación absoluta como ocurre aquí. También critica la afirmación sobre las garantías, pues ninguna garantía es en sí abstracta.

Sobre este punto, considero que el cuestionamiento de la defensa no resulta suficiente para modificar la solución a la que llegó el tribunal de sentencia. Veamos.

Efectivamente, las expresiones vertidas por el a quo sobre las garantías es desafortunada. Hablar de «enarbolar las banderas de las garantías por las garantías mismas» implica -según mi modo de ver- una expresión con lenguaje fuertemente emotivo, cargado de contenido político y coyuntural impropio de una decisión judicial.

Las garantías del proceso penal son una victoria del liberalismo que dio origen a nuestra constitución, y representan un avance innegociable sobre los sistemas autoritarios de gobierno y administración de justicia, y en particular sobre el sistema inquisitivo en materia penal.

Las garantías no sólo constituyen un mandato moral en estos términos, sino que formalmente también son parte de las normas fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico y, como tal, son dignas de respeto en sí mismas e indiscutibles jurídicamente.

Sin embargo, lo cierto es que la cita de la defensa es sesgada y que la lectura completa del párrafo en cuestión aclara el sentido de la expresión.

Véase, el Tribunal afirmó que «entiendo no conduce a ningún objetivo, desde la perspectiva de la necesidad de equilibrar las dos tensiones que animan al proceso penal, enarbolar la bandera de las garantías por las garantías mismas, esto es, la exigencia de un completo respeto de las garantías “en abstracto” que, en definitiva, termina por hacer también “abstracto” al proceso penal, desconociendo que todo proceso opera sobre un caso concreto, sobre unas circunstancias determinadas, sobre unas necesidades que le son propias y, es en ese contexto, donde habrá que determinar el respeto de las garantías» (fundamentos, fs. 5911 vta.).

Tal como puede verse, la expresión en tela de juicio no constituye más que la declaración de un criterio sobre la invocación de garantías, que exige la existencia y demostración de un interés de parte.

Este criterio también ha sido afirmado en diferentes oportunidades por la Sala Segunda de esta Suprema Corte de justicia, aunque en diversos términos: «en materia de nulidades debe primer un criterio de interpretación restrictiva y sólo cabe pronunciarse por la anulación de las actuaciones cuando existe un derecho o interés legítimo lesionada, de modo que cause un perjuicio irreparable (entre otros, in re “Acosta”, A. 63. XXXIV, sentencia de fecha 04/05/2000)» (conf. «**Inc. Battocchia, Mario William**», entre otros).

De modo que una interpretación solidaria del argumento sostenido por el Tribunal a quo permite descartar la crítica defensiva. Resta entonces analizar si, como afirma la defensa, las imprecisiones temporales en cuestión conllevan la nulidad de las acusaciones.

Téngase presente que esta crítica se vincula con el argumento, reiterado por la defensa a lo largo de su recurso, según el cual no se ha demostrado que C. B haya estado en Mendoza al momento de los hechos, pues no consta que se haya trasladado desde La Plata, donde prestaba servicios -ver puntos III.(2).v, III.(3).i, III.(3).v, III.(3).vii de este voto, entre otros-.

Para dilucidar esta cuestión debe tenerse en cuenta que a los acusados se les atribuye la comisión de diferentes formas de abuso sexual contra un gran número de niños y niñas que, como característica común, eran hipoacúsicos. Esto implica que las víctimas de autos eran doblemente vulnerables: por ser menores de edad, y por la afectación en sus capacidades auditivas.

El Estado argentino ha asumido una serie de compromisos internacionales a efectos de asegurar un efectivo acceso a la justicia (arts. 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), particularmente en lo que respecta a la garantía de acceder a una investigación penal seria respecto un delito cometido en ámbitos de incumbencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos –esto, en el pleno entendimiento de la condición de obligación de medios que rige a su respecto–; considerando, a su vez, que la investigación criminal realizada en forma acorde a los mandatos de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos funge como una medida de reparación para la víctima y sus familiares, y como una garantía de derecho a la verdad.

La doble condición de vulnerabilidad que atraviesan las víctimas demanda una especial protección por parte de todos los agentes de la organización estatal, a fin de prevenir la violencia de la que históricamente han sido objeto; y de los operadores del derecho, quienes tienen la obligación de ser diligentes en la investigación, imprimiendo en el análisis de estos casos una lectura desde el enfoque adecuado, con el objeto de brindar una solución justa en cada caso.

Tal como ha sostenido este Tribunal recientemente en «**Vega, Héctor Damián**», tratándose de una víctima menor de edad, constituye una regla de la experiencia común que el relato de un niño o niña no puede ser objeto de un control de logicidad con la misma estrictez que el de un mayor de edad. Lo dicho se encuentra en plena sintonía con las directrices instituidas en documentos internacionales dictados en el marco de la ONU en materia de prevención del delito y justicia penal, que consagran –entre otras cuestiones– la fiabilidad de la declaración del niño en los procesos judiciales, destacando su derecho a ser tratado como testigo capaz y a que su testimonio se presuma válido y creíble, salvo que se demuestre lo contrario y siempre que por su edad y madurez pueda declarar en forma inteligible y creíble (conf. **Directrices sobre la justicia para los niños víctimas y testigos de delitos, Consejo Económico y Social, Res. 2004/27 del 21/7/04, ap. II. B.18; Directrices sobre la justicia en asuntos** concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos, Consejo Económico y Social, Res. 2005/20 del 22/7/05, ap. VI.18; Ley modelo sobre la justicia en asuntos concernientes a menores víctimas y testigos de delitos, de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito –UNODC–, en colaboración con el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia –UNICEF– y la Oficina Internacional de los Derechos del Niño, año 2009, art. 20). Lo apuntado precedentemente resulta consecuencia necesaria del principio del interés superior del niño y su derecho a ser oído, ambos amparados por la Convención de los Derechos del Niño, instrumento que aquellos documentos mencionados anteriormente toman como base.

A lo señalado debe agregarse que cuando estamos frente a comportamientos de violencia sexual contra niñas, niños o adolescentes por parte de quienes tienen respecto de ellos una cierta vinculación o ascendencia vincular, también esa circunstancia debe ser considerada en el abordaje jurisdiccional de valoración de la prueba.

Ello en tanto, a lo traumático de lo experimentado, debe sumarse que la víctima no siempre se encuentra en las mejores condiciones de expresar lo que sufre, justamente por esa dependencia emocional que genera el hecho de que la persona responsable integra su «grupo de confianza».

Por otra parte, revistiendo la víctima la condición de mujer, se impone el deber jurídico de juzgar con perspectiva de género. Lo dicho resulta derivación de las obligaciones asumidas por nuestro Estado al suscribir la Convención Interamericana para prevenir sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (más conocida como la "Convención de Belém Do Pará" y aprobada por Ley 24632).

Dicho instrumento supranacional fija el estándar de la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer (art. 7 inciso "b"), directrices que se plasmaron a su vez en la Ley

26.485 (“Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales”), que fija entre sus objetivos el promover y garantizar el derecho a la mujer a vivir una vida sin violencia (art. 2), y específicamente a preservar su "integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial" (art. 3 inc. c).

De tal manera, «[...] ese texto normativo vino a imponer un verdadero “deber jurídico” para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas.

Sus destinatarios directos son aquellos sujetos que integran los órganos decisores en el marco de los procesos judiciales penales, ya sea por el lado de quienes resultan facultados para disponer sobre el curso de investigación, como también, respecto de quienes son los encargados de su juzgamiento».

Ese deber jurídico no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley. Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que «[l]os organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativos, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional [...] los siguientes derechos y garantías: i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son su naturales testigos [...]» (art. 16).

Por ello, «[...] uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo. A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables» (ver al **respecto «Ojeda Pérez»**, voto del Dr. José V. Valerio). Conforme lo expuesto, puede señalarse que en casos como el analizado, tal como lo ha realizado el magistrado de la instancia anterior, al momento de valorarse la prueba obrante en el proceso, es necesario considerar las normas dirigidas a la protección de la mujer, así como de niños, niñas y adolescentes previstas, de acuerdo a las particulares dificultades probatorias que generan los delitos sexuales.

Ello, sin dejar de considerar el valor de la garantía de la defensa en juicio de toda persona sometida a proceso, de tal manera que la solución que se adopte no penetre por debajo del valladar constitucional que implica el principio de inocencia.

En este entendimiento, y a fin de tener una mayor comprensión de esta problemática, debemos analizar el tema a partir de dos premisas fundamentales: i) la violencia sexual contra niños, niñas y mujeres es una de las manifestaciones más claras de una cultura patriarcal que fomenta el control del cuerpo y la sexualidad de las mujeres; y ii) que los patrones de discriminación estructural que padecen en particular las mujeres proveen el escenario donde se reproduce y fomenta la violencia sexual.

Por lo tanto, para brindar una solución justa para el caso sub examine debemos imprimir en su análisis una lectura que tome en cuenta la minoría de edad de las víctimas, su hipoacusia y la perspectiva de género. Dicho esto, debo señalar que el agravio no resulta procedente, y que el criterio sostenido por esta Suprema Corte de Justicia en el mencionado **caso «Sayd Carrizo»** no solamente debe ser ratificado, sino que resulta enteramente pertinente para los supuestos ahora en tratamiento.

En efecto, este Tribunal en pronunciamientos anteriores ha entendido que en los casos de violencia sexual, sobre todo, cuando las víctimas son menores de edad, las exigencias para la determinación cronológica de los hechos deben ser más flexibles, considerando el perfil psicológico de la víctima, su

edad, su capacidad de situarse en el tiempo y demás particularidades que puedan influir de algún modo en la precisión de su relato (ver al respecto, «**Lorente, Luis Alberto**»).

Frente al cuestionamiento de la defensa, advierto que en el caso sub examine debe considerarse el tiempo transcurrido entre los hechos y la primera denuncia que dio lugar al comienzo de la investigación llevada a cabo en estos autos, el momento en que cada uno de los hechos fue puesto en conocimiento de la autoridad judicial, así como la minoría de edad de las víctimas al momento de los hechos y los déficits en sus capacidades auditivas -que en numerosos casos importa dificultades intelectivas y comunicativas.

Se trata de circunstancias que influyen en la capacidad para recordar con exactitud los acontecimientos abusivos de los que fueron víctimas por parte de las personas adultas que las rodeaban (ver al respecto, «**Rivero Gutiérrez**»).

La indeterminación propia del específico momento de las agresiones contra la integridad sexual en autos no sólo se explican por el específico modo de comisión de estos hechos -esto es, por personas adultas, contra niños, niñas y adolescentes, en un ámbito escolar y de confianza, cometido por quienes tenían a su cargo el cuidado o responsabilidad sobre las víctimas y en algunos casos ostentaban autoridad religiosa-, sino también por lo traumático de su vivencia, lo cual distorsiona el recuerdo y relato de las circunstancias en las que se llevaron a cabo los hechos. No puede exigírsele a víctimas que se encuentra en una situación como la descrita que recuerden con máxima precisión la fecha de cada uno de los episodios que dieron lugar a los abusos (conf. «**Riedberger Galdame**»).

La nulidad de las acusaciones pretendida, entonces, no puede tener lugar en esta instancia pues no se verifica la trascendencia del agravio como restricción de derechos de la defensa. Así lo ha sostenido este Tribunal, con cita de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en «**Videla, Alberto**» al expresar que «[...] La nulidad por vicios formales carece de existencia autónoma dado el carácter accesorio e instrumental del derecho procesal; exige como presupuestos esencial, que el acto impugnado tenga trascendencia sobre la garantía de la defensa en juicio o se traduzca en la restricción de algún otro derecho.

De otro modo, la sanción de nulidad aparecería respondiendo a un formalismo vacío, en desmedro de la idea de justicia y de la pronta solución de las causas, en lo que también está interesado el orden público[...]» (con cita de «**Ferrell, Patrick**», F. 539 XXXVII.ORI).

Por tal motivo, las pretensiones de la defensa en cuanto a la precisión en la determinación temporal de los hechos no resultan ajustadas a la madurez de las víctimas y al transcurso del tiempo señalado, y no pueden tener acogida favorable en esta instancia.

2.- Consideraciones en torno a la valoración probatoria llevada a cabo por el Tribunal Penal Colegiado

Analizados los agravios relativos al mérito probatorio llevado adelante por el tribunal de instancia anterior, adelanto que entiendo que también aquellos deben ser rechazados en esta instancia. Paso a explicarlo.

En términos generales, debo señalar que la crítica defensiva se basa en una técnica -a mi juicio- deficiente: enumerar de modo genérico e impreciso pretendidas falencias en el razonamiento de la sentencia, mediante la invocación de lagunas argumentativas, contradicciones y omisiones, sin concreción alguna.

Esto tiene lugar en dos planos: en la mención de pruebas y contradicciones que no habrían sido considerados; y, lo más importante, en el efecto que el eventual error tendría en el razonamiento seguido por el tribunal para tener por acreditados los hechos.

En otras palabras: las críticas que ha expresado la defensa son indeterminadas y no explican cómo las supuestas falencias conducirían a un resultado diverso. Existe un salto lógico entre las premisas generales

de los argumentos sobre valoración probatoria de la defensa, y su conclusión, esto es, que debería realizarse una «valoración correcta» que, de alguna manera, conduciría a la absolución de los acusados. Del análisis de la resolución cuestionada y de las constancias de la causa advierto que la crítica casatoria no resulta ser más que el disenso con las conclusiones a las que llegó la sentenciante, fundado en una valoración probatoria efectuada desde la perspectiva propia de su rol defensivo, más no desde una visión integral de los hechos sometidos a juzgamiento y sin aportar razones que avalen la revocación de la resolución que cuestiona.

Además, no puede desconocerse que el recurrente reedita en esta instancia los argumentos expuestos al tiempo de formular sus alegatos de clausura, los que fueron debidamente tratados y resueltos en la resolución que hoy cuestiona, sin incorporar fundamentos sólidos y convincentes que habiliten su revocación.

Lo apuntado precedentemente resulta consecuencia necesaria del principio del interés superior del niño y su derecho a ser oído, ambos amparados por la Convención de los Derechos del Niño, instrumento que aquellos documentos mencionados anteriormente toman como base.

A lo señalado debe agregarse que cuando estamos frente a comportamientos de violencia sexual contra niñas, niños o adolescentes por parte de quienes tienen respecto de ellos una cierta vinculación o ascendencia vincular, circunstancia que también debe ser considerada en el abordaje jurisdiccional de valoración de la prueba.

Ello en tanto, a lo traumático de lo experimentado, debe sumarse que la víctima no siempre se encuentra en las mejores condiciones de expresar lo que sufre, justamente por esa dependencia emocional que genera el hecho de que la persona responsable integra su «grupo de confianza» (v. «**Garrido Olivares**»).

Hechas estas consideraciones, el esquema que seguiré para evaluar la procedencia de los agravios sobre la valoración probatoria del tribunal a quo es similar al ya empleado: comenzaré por lo general -las críticas planteadas de modo genérico, en los puntos que siguen i a vi-, para luego abordar lo particular -esto es, los cuestionamientos con mayor especificidad, próximos puntos vii a xiv-. i.- En primer lugar, debo señalar que las críticas «globales» a la tarea de valoración probatoria del Tribunal Penal Colegiado no pueden ser recibidas, por el motivo expuesto anteriormente. E

sto es, que no permiten un genuino control por parte de esta Suprema Corte de Justicia. Se trata de los agravios según los cuales se ha valorado erróneamente la prueba porque no se consideró la totalidad de los testimonios y pericias o se sobrevaloraron unos y menospreciaron otros injustificadamente -v. punto III.1.ii-; se ha descartado inmotivadamente el planteo defensivo -v. punto III.1.iii-; se ha seleccionado groseramente y sin comparación unos testimonios sobre otros -v. punto III.2.iii-; y que se omitió el análisis integral de las declaraciones vertidas en Cámara Gesell, que revelan insalvables contradicciones -v. punto III.2.vii-. El análisis de la sentencia impugnada da cuenta de una tarea metódica, prolija y minuciosa por parte del a quo.

Ello no sólo en punto a la valoración de prueba, sino en términos generales.

El tribunal a quo comenzó por el tratamiento de ciertas cuestiones que habían sido resueltas durante el debate y cuyos fundamentos se habían desplazado, para luego abordar cada uno de los hechos atribuidos a cada imputado.

Y en esta sección, también se advierte un proceder analítico y claro, que abordó cada una de las cuestiones planteadas: el tribunal separó el tratamiento de los hechos acusados a cada imputado, y dentro de ese tratamiento comenzó por los hechos que a su juicio debían ser absueltos, para luego abordar los que justificaban una condena.

Finalmente, se ocupó de las calificaciones jurídicas correspondientes, la determinación de pena y las medidas de reparación pertinentes.

Conforme lo ha sostenido este Tribunal con anterioridad, la valoración de elementos de convicción debe ser realizada de manera integral, vinculando los elementos de prueba entre sí.

Entiendo que el método de cotejo y valoración de la prueba utilizada por el sentenciante en el sub-lite es el que ha sostenido esta Sala en numerosas ocasiones anteriores, según el cual «[...] los medios de prueba no constituyen compartimientos estancos, porque cada uno de ellos se apoya en mayor o menor grado sobre los restantes.

Unos y otros aparecen, finalmente, como los elementos de un todo, y será ese conjunto el que dará la prueba sintética y definitiva, aquélla sobre la cual se podrá levantar la reconstrucción de los hechos. Las diversas pruebas presentadas en un momento dado deben ser examinadas al mismo tiempo, pues el resultado global es el que cuenta...» (L.S. 388- 219).

De igual modo, se ha sostenido que «[...] el sistema de la sana crítica racional, se encuentra íntimamente relacionado con el principio de la unidad de la prueba, e impone como regla la consideración de la prueba en su conjunto, pues muchas veces la certeza se obtiene de probanzas, que individualmente estudiadas pueden aparecer como débiles o imprecisas, pero complementadas y unidas entre sí, llevan al ánimo del juzgador la convicción acerca de la existencia de los hechos denunciados (L.S. 381-233; 382-107; 388-219; 398-42)» (conf. «González, Daniel», entre otros).

De modo tal que debe descartarse la potencialidad crítica de los argumentos señalados al comienzo de este punto.

ii.- En segundo lugar, considero que tampoco puede prosperar el argumento que la defensa invoca en sucesivas oportunidades a lo largo de la impugnación: que no se ha acreditado que C. B estuviera en la provincia de Mendoza al tiempo de los hechos, pues se encontraba en La Plata, Buenos Aires, sin que existan pruebas que indiquen lo contrario.

El argumento también sostiene que se ha invertido la carga probatoria, que el Ministerio Público Fiscal debía probar que C. B estuvo en Mendoza y cómo se trasladó, siendo que no existen constancias de que se haya movilitado en avión o colectivo -v. supra puntos VI.b.1.iii, III.2.v, III.3.i, III.3.v, III.3.vii de este voto, entre otros-.

Al respecto, debo señalar que esta estrategia defensiva parte de una premisa errónea -o, al menos, equívoca-: que la acusación debe probar que el acusado se trasladó de una provincia a otra, y que lo hizo mediante determinados medios y en determinadas fechas. Esto no es así.

No lo es porque la acusación ha acreditado, respecto de los hechos que el tribunal ha tenido por probados, que el acusado cometió una serie de abusos sexuales.

Este razonamiento supone que, si a través de determinadas piezas de evidencia, el tribunal ha considerado que C. B cometió determinados hechos, pues entonces de manera previa y accesoriamente tuvo por acreditado que el acusado se encontraba en Mendoza. Si, por ejemplo, una víctima declara haber sido abusada analmente en el baño del I P por C. B , pues será entonces la defensa la que podrá alegar -si esa es su estrategia- que el acusado no se encontraba allí. Esto no implica una inversión de la carga probatoria. El Ministerio Público Fiscal no tiene la obligación de acreditar los extremos que hacen a la teoría del caso de la defensa.

En este caso, que no se demostrara mediante boletos aéreos o de transporte terrestre que el acusado se haya trasladado desde La Plata hasta Mendoza no implica que no haya cometido los abusos de los que se

lo acusa. Esto en tanto existe un contundente caudal probatorio contrario que ratifica la versión de las víctimas.

La coartada de C. B , entonces, decae si se considera que puede haberse trasladado mediante formas de transporte que no requieren boleto ni dejan registros, como puede ser mediante un vehículo particular.

A esta conclusión conduce la valoración de prueba de modo integral y según la sana crítica racional.

Dicho en otras palabras, la acusación ha logrado demostrar mediante elementos de prueba diferentes a los mencionados por la defensa que el acusado se encontraba en Mendoza.

Esto procesalmente implica que fuera la defensa la que -eventualmente, si lo consideraba adecuado dentro de su estrategia defensiva- aportara elementos de juicio que permitieran poner en tela de juicio aquello que la acusación logró acreditar. Múltiples testigos, de manera coincidente, lograron identificar a C. B , ubicarlo en el lugar y momento de los hechos y señalarlo como su responsable.

Es, a mi juicio, tarea de la defensa contradecir esa prueba, sin que pueda atribuir a las contrapartes la falta de credibilidad de la explicación alternativa que ofrece para desincriminar al acusado. De tal forma, y como se adelantó, el agravio en cuestión no puede ser acogido.

iii.- Algo similar ocurre con el argumento defensivo según el cual ningún examen psíquico ha podido afirmar que los acusados sean pedófilos o bisexuales simultáneamente.

El argumento no puede ser acogido, pues no es necesario demostrar ninguna de las cuestiones que señala la defensa para tener por acreditado el hecho, ni referencias sobre la orientación sexual ni sobre patología alguna en ese ámbito. El punto de partida implicado en este agravio asume erróneamente concepciones discriminatorias que no pueden ser convalidadas en esta instancia.

A modo enunciativo, señalaré que «ser bisexual» no es una condición médica o una enfermedad y que no necesariamente es algo susceptible de ser «detectado» mediante un examen psíquico.

Para tener por acreditados los hechos en cuestión, tampoco se requiere que una pericia deba demostrar un perfil «pedófilo», ni ello es necesario para fundamentar una condena por abuso sexual a un menor de edad.

Nuestro sistema de responsabilización penal se basa en el principio de responsabilidad por el acto o hecho, y no requiere construcciones sobre la personalidad, gustos, carácter, antecedentes, orientación sexual, ni preferencias del autor, lo cual es propio de un derecho penal de autor ajustado a sistemas autoritarios.

La Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia se ha expedido en otras oportunidades sobre los principales mitos de los prototipos de varones abusadores, entre los que se destaca la creencia de que éstos presentan rasgos de desviación o perversión sexual, o que sólo los desconocidos cometen este tipo de ilícitos, derivándose de ello, de manera indebida, que la excepcional comisión de este tipo de delitos por una persona conocida de la víctima genera menos daño que si fuera cometido por extraños -v.

«Ferrada Palma»-.

En la causa citada se afirmó que «[...] a través de su anclaje en el inconsciente colectivo, se crean y validan mitos sobre los perfiles de los varones abusadores y de las mujeres víctimas que, gravemente, impactan en decisiones judiciales, incluso en algunas ocasiones sin perjuicio de las pruebas que pudieran existir en autos».

En definitiva, y a partir de los conceptos vertidos precedentemente, estimo que el elemento de juicio propuesto por la defensa no puede ser recibido. El agravio -v. punto III.2.viii- debe, en definitiva, ser rechazado puesto que no es necesario acreditar los extremos que invoca la recurrente para tener por probados los hechos que se atribuyen a los acusados. iv.- Tampoco considero que pueda ser acogida

favorablemente la crítica relativa a la brevedad de las entrevistas en que se basaron los exámenes del personal del área psicológica del CMF y el EDEAAS que sostuvieron en el debate la credibilidad de los denunciados -v. punto III.2.iv-. La labor técnica de los peritos se basa, precisamente, en su capacidad para implementar al proceso penal conocimientos especiales, ajenos a la magistratura o a la generalidad de las personas y que no pueden ser considerados dentro de común saber y entender.

Tal como lo afirma la ley procesal, la pericia debe ser dispuesta cuando, «para descubrir o valorar un elemento de prueba fuere necesario o conveniente poseer conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o técnica» (v. art. 244 del CPP).

Sin perjuicio de la abstracción del argumento de la defensa, que no concreta de las falencias que contendrían los exámenes en cuestión, la crítica no puede ser acogida. Precisamente como consecuencia de la naturaleza de la pericia antes señalada, carece de idoneidad un cuestionamiento desprovisto de sustento técnico a la actividad que desarrollaron los profesionales de CMF y el EDEAAS para sostener la credibilidad de las víctimas. v.- Respecto del agravio reseñado en el punto III.3.x, relativo al estándar probatorio necesario para fundamentar una condena, debo señalar que el cuestionamiento carece de fundamento.

En efecto, la crítica se basa en que el relato de las víctimas, corroborado por prueba periférica, es insuficiente para condenar y, a modo de contradicción del tribunal, sostiene que en el hecho 10 acusado a C. B se absolvió a pesar de que la víctima había sido considerada creíble por los peritos del CMF y EDEAAS, por no presentar cicatrices.

Esto demostraría, a juicio de la defensa, el empleo de diferentes estándares probatorios por parte del tribunal de sentencia, que expondrían su parcialidad.

La crítica no se sustenta mínimamente.

En primer lugar, si bien es cierto que los fundamentos de la sentencia reparan en aspectos de los testimonios de las víctimas que, prima facie, parecen ser improbables (vgr. asignar contenido sexual a determinados hechos, a pesar de tratarse de infantes; o que en diversas declaraciones se adviertan matices distintos en el relato del hecho); deben tenerse en cuenta las máximas que ha elaborado la psicología forense del testimonio al respecto.

De acuerdo con ello, cierta diferencia de matices en sucesivas declaraciones de una niña víctima de abuso sexual -diferencias que, como se señaló antes, la defensa no se ocupa de identificarlo pueden ser tomadas llanamente como un ejemplo de que la testigo miente; puesto que la valoración de un testimonio no puede reducirse a una única alternativa tan sencilla como que los testigos, o bien dicen la verdad, o bien mienten (**ALONSO GALLO, J., 2011, Las decisiones en condiciones de incertidumbre y el Derecho penal, en InDret, 4/2011, p.9 y ss.**).

De esta manera, lo relevante para la valoración del testimonio de la testigo-víctima, radica en constatar aquellos criterios que la labor jurisprudencial ha entendido como necesarios para llegar a una condena: a) ausencia de incredulidad subjetiva, que excluye todo móvil de resentimiento venganza o enemistad; b) verosimilitud, es decir, constatación de la concurrencia de corroboraciones periféricas de carácter objetivo; c) persistencia en la incriminación, que debe ser prolongada en el tiempo, sin ambigüedades ni contradicciones (v. «**Arce, Ceferino**», con cita del Tribunal Supremo Español, **STS 2044/2015**).

En el caso que nos ocupa, la defensa no ha concretado la presencia de problemas o circunstancias que permiten, en alguno de esos tres ámbitos, cuestionar la valoración probatoria realizada por el tribunal a quo. En segundo orden, no es posible cuestionar en abstracto la eficacia probatoria de determinados medios de prueba.

Ahora bien, en el proceso penal el peso probatorio de cada pieza de evidencia no puede fijarse taxativamente ab initio ni de forma general, no es ontológicamente factible hacerlo pues ello implicaría privar a la prueba en cuestión de sus características individuales.

Por ello, y como principio general, «todos los hechos y circunstancias relacionados con el objeto del proceso pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba» (art. 205 CPP) y su valoración realizarse conforme las reglas de la sana crítica racional (art. 206 CPP).

Así como no existen reglas sobre las premisas que cada prueba pueda acreditar, no puede tampoco cuestionarse de modo general y abstracto el razonamiento llevado a cabo por el tribunal en autos, sin analizar cada uno de los hechos considerados probados a la luz de cada prueba y de su correspondiente mérito. Esto conduce, en tercer lugar, a negar la eficacia crítica de la presunta «incongruencia» del tribunal al meritar la prueba.

En definitiva, el análisis que el a quo efectuó del hecho 10 asignado a C. B -que puede verse a fs. 5921 vta.- según el cual no podía considerarse acreditado el medio comisivo adjudicado al acusado, no permite deducir actitudes de modo general por parte de la tarea valorativa que, a su vez, demuestran parcialidad en el juzgador.

En el caso, la lectura de las razones que motivaron aquella absolución no sólo se asocian a un problema de prueba, sino también del modo en que fue formulada la acusación, tal como fue destacado en el acápite dedicado a resolver el recurso del querellante particular.

No es posible validar el razonamiento de la defensa en el caso concreto, y tampoco en general como método para revisar valoración de pruebas. Por tal motivo, el agravio debe ser rechazado. vi.- Estas consideraciones son extensivas al agravio aludido en el punto III.3.xi, sobre la consideración que merece el hecho de que un acusado presente una teoría del caso defensiva.

La defensa señala que el a quo meritó de modo cargoso el hecho de que C. S. no presentó una teoría del caso, pero que simultáneamente no valoró las declaraciones que hizo C. B . A lo dicho en el punto anterior, que resulta suficiente para rechazar la posibilidad de identificar «actitudes probatorias» y de considerar a partir de ello que el tribunal haya sido parcial, se añade el hecho de que parte de una premisa falsa: que el a quo no valoró las declaraciones de C. B , pues de lectura de la sentencia surge que el tribunal de instancia previa tomó en consideración sus dichos -vgr., fs. 5924-. vii.- En relación a los hechos 1, 13 y 14, la defensa señala que se omitieron considerar las contradicciones y modificaciones en el relato de D.L.; la falta de correlato emocional al declarar; la incerteza sobre el origen y antigüedad de las cicatrices que presenta D.L. y el parecido entre la seña que identificaba a C. B con la de H. A -v. punto III.3.i.-

Advierto que la motivación brindada por el a quo para considerar acreditados los hechos en cuestión -v. fs. 5922 y vta. y 5926 vta./5927 vta.- es suficiente para mantener la decisión como acto jurisdiccional válido.

En este sentido, el tribunal de instancia previa evaluó las constancias de la causa y las alegaciones de las partes y consideró relevante las declaraciones de la víctima prestadas en Cámara Gesell, que valoró como creíbles y certeras y que resultaban coincidentes con las demás pruebas obrantes en la causa. También meritó los exámenes psíquicos que se le realizaron, las constancias del expte. P-28.674/17, y los informes de los facultativos Agasso, Pelaia, Herrera y Brahim. Las críticas que plantea la defensa se asocian al juicio de credibilidad que asignó el a quo a sus dichos -que tomó en cuenta, por ejemplo, la presencia de detalles en el relato- y no son suficientes para fundar su nulidad.

Por una parte, no indica en esta instancia a qué contradicciones y modificaciones del relato alude. Por otra, la invocación de falta de correlato emocional no constituye, por sí misma, un indicador de falsedad

con el peso necesario para contradecir la posición del tribunal -pues la sana crítica racional indica que cada víctima puede hacer su propio duelo del hecho acontecido, máxime cuando ha transcurrido tiempo desde los sucesos y la víctima ha podido encontrar oportunidad de procesar y reflexionar sobre ello-.

En este sentido, resulta de utilidad el razonamiento que formula la doctrina al considerar que «las reglas probatorias más sensibles reconocen que lo traumático del momento padecido repercute en ciertas imprecisiones en la memoria y que, en la medida en que éstas no recaigan sobre aspectos sustanciales, no deben afectar la credibilidad de la mujer» **(DI CORLETO, J. 2015, La Valoración de la prueba en casos de violencia de género, en Garantías Constitucionales en el proceso penal, Florencia Plazas y Luciano Hazan, Bs.As., Editores del Puerto, p. 6).**

La existencia de lesiones es un fuerte indicio que corrobora la versión de la víctima, sin que se advierta que ésta tenga motivos para mentir, falsear su testimonio o perjudicar al acusado. Coincido con el señor Procurador General en este punto, por cuanto atribuir el origen de las lesiones a hechos distintos a los investigados es posible, pero omite dar cuenta del contexto en el que se están evaluando, a luz del cual toman un cariz distinto. Por último, el parecido entre la seña del acusado con la de otra persona omite considerar que la víctima conocía a C. B , y supone aceptar que ésta se ha equivocado a lo largo de todas las entrevistas en Cámara Gesell que ha atravesado, lo que no resulta de recibo conforme a las constancias de la causa reseñadas. viii.-

En el punto III.3.iii se dio cuenta de la crítica al los hechos 4 y 5 atribuidos a C. B -hecho 6 acusado a C. S.- , que pone en tela de juicio la veracidad de la víctima por haber señalado un secuestro y haber mencionado una camioneta negra que nadie pudo corroborar.

Al respecto la defensa invoca la existencia de «vasto material» que permite cuestionar la veracidad de los dichos de la víctima, como sus problemas de conducta, enuresis diurna o nocturna, falta de correlato emocional o lenguaje verbal acorde a los hechos denunciados.

Refiere a la posibilidad de que lo que se identificó como lesiones fueran un supuesto de «himen complaciente sin solución de continuidad», que puede producirse por causas no vinculadas a un abuso.

También señala que la intervención de C. S. no está acreditada, y que erróneamente se lo ha considerado partícipe de un hecho cuyo autor no se conoce y cuya condición de ministro de culto no puede tenerse por acreditada.

En primer lugar, debo invocar la jurisprudencia de esta Suprema Corte de Justicia, por cuanto ha destacado en otras oportunidades que, al momento de valorar la credibilidad del relato del niño o la niña acerca de lo ocurrido en actos de abusos sexuales, uno de los escollos a sortear es la idea errónea sobre la tendencia natural del niño a imaginar y confundir fantasías con lo realmente padecido **(L.S. 425-059, «Martínez Tejada»).**

El tribunal, correctamente a mi juicio, consideró corroborada la existencia de la furgoneta en cuestión a través de los relatos de testigos y de la documentación secuestrada, en la que se encuentra una autorización de manejo para C. B para conducir el vehículo de la institución con esas características.

También meritó el examen psíquico realizado por la Dra. Hanna y la Lic. Lara, que afirma -respecto de la víctima- que «su relato es claro y coherente, sin indicadores de fabulación o mitomanía, reúne indicadores de credibilidad con una estructura lógica y temporal que le otorgan claridad a los hechos que relata.

Refiere vivencias de hechos de índole sexual y maltrato físico y psicológico dentro del I P » -fs. 5923 vta.-. Ese mérito del testimonio fue reforzado por la corroboración de E.C., D.C. y O.A.

En segundo orden, tampoco es arbitraria ni infundada la acreditación de la presencia de una persona no identificada considerada ministro de culto. La sentencia afirmó al respecto, en consideraciones que la

defensa no ha tomado en consideración en su impugnación, que «[l]a existencia de este “cura” NN, no identificado ni habido, tal cual diera cuenta [V.G.] no es antojadizo, un invento, sino que refuerza aún más la credibilidad del relato, desde que no intentó involucrar a algún adulto por ella conocido del I P para perjudicar su situación.

Por otro lado, la existencia de gente externa -o no habitual- al I fue confirmada por V.C.A., quien declarara en la jornada Nº 30, manifestando que el P G, A y el hermano J -ya fallecido -iban y venían, incluso mencionó algunos sacerdotes y seminaristas que iban un par de meses y luego se volvían, aunque no recordó los nombres» -v. fs. 5944-.

En particular el hecho 6 atribuido a C. S. fue acreditado a partir de un cúmulo de elementos de prueba que la defensa no ha impugnado ni incluido en su análisis, que se torna de ese modo sesgado y demostrativo de una mera disconformidad con el resultado condenatorio, antes que como una crítica genuina a la labor analítica del a quo.

Puede verse que el tribunal de sentencia meritó la declaración de la víctima, de la testigo S.M.S., el informe psiquiátrico/psicológico antes aludido, la valoración que de ese informe realizó el médico Jorge Néstor Criach, los testimonios de V.C.A., O.A., A.S., N.O., L.G., la causa AEV n° P-97.366/06 y la declaración de la Dra. Graciela Mónica García -v. fs 5943/5945 y vta.-.

Ese material probatorio fue debidamente analizado y puesto en relación por el a quo, sin que las críticas expresadas por la defensa logren conmover sus conclusiones. ix.- Los hechos 8, 15 y 16 acusados a C. B también han sido puestos en tela de juicio por la defensa, que en el agravio reseñado en el punto III.3.iv de este voto señala que el tribunal de sentencia no tomó en cuenta las alegaciones de su parte.

Cuestiona la asignación de credibilidad a J.A. a partir de corroboraciones periféricas, la falta de mérito de las contradicciones de D.L., el hecho de que J.A. mantuviera relaciones sexuales consentidas abiertamente, la presunta imposibilidad de coito con niñas por debajo de 6 años y la falta de correlato emocional de J.A.

Sobre la atribución de credibilidad a un relato a partir de corroboraciones periféricas y la cuestión relativa al correlato emocional me expedí antes, en consideraciones a las que corresponde remitir por cuanto resultan plenamente aplicables a este tramo del recurso -v. supra punto VI.b.2.v-. Las consideraciones efectuadas en aquella oportunidad explican que la objeción a la valoración del testimonio de J.A. no pueda ser acogida. En este sentido, el tribunal señaló que «[n]o hay finalidad ganancial en su relato ni está dirigido a perjudicar al imputado, contiene detalles de la forma en que ocurrieron los hechos que solamente pueden ser relatados por alguien que los ha vivido en primera persona.

En este caso también se trae a colación como prueba los informes del Cuerpo Médico Forense de fs. 2021 y 2081, además de ello también se tiene en cuenta las pericias psíquicas que detallan que no hay indicios de tabulación ni mitomanía y que su relato es coherente y preciso» -v. fs. 5925-. Lo mismo cabe decir de la crítica al testimonio de D.L. La sentencia ha explicado cómo tuvo por acreditados los hechos a partir de la declaración coincidente de D.L., J.A., Je.A. y C.L., y por qué las variaciones en sus testimonios quedaban explicadas a partir del proceso que vivían, intentando superar el abuso sexual -véase fs. 5927 vta., donde la menor de edad sostuvo «ahora van a saber la verdad, me he vuelto fuerte por el tratamiento con la psicóloga de Rivadavia»-.

Coincido con el Procurador General respecto de que las críticas que efectúa la defensa lucen como intentos de aislar las premisas fácticas que se han tenido por acreditadas a efectos de atacarlas mediante explicaciones poco verosímiles de los hechos y sin considerar el cuadro probatorio en conjunto, que -

integralmente valorado- permite justificar la acreditación de los hechos en cuestión. Algo similar ocurre con el argumento sobre la imposibilidad de coito por debajo de cierta edad.

El agravio no resiste el análisis, pues importa la invocación de autoridades médicas (Kvitko y Calabuig) para sustentar afirmaciones sobre las lesiones que ocasionaría un abuso sexual como el acusado y luego descartar que éste pueda haber tenido lugar porque la niña, en el caso, «nunca fue internada».

Tal argumentación no puede ser acogida favorablemente en esta instancia, pues a nivel epistémico se asienta sobre premisas no explicitadas que harían trasladables las opiniones médicas al presente caso, sin tomar en cuenta ninguna de las circunstancias fácticas que lo rodean; y a nivel probatorio omite considerar la motivación del tribunal que justifica tener por acreditado el hecho. Entre ellas, destaca la declaración de C.L. que dijo que «la vío [a la víctima] caminar mal y que además pudo ver que tenía colocado un pañal» -v. fundamentos, fs. 5927 vta.-.

Dicho en otros términos, que la víctima no haya sido hospitalizada no es elemento de descargo que conduzca a presumir que el hecho no ocurrió. En todo caso, ilustra la situación de vulnerabilidad que padecían las víctimas.

Tampoco los argumentos médicos según los cuales el coito con un menor de cierta edad no es anatómicamente posible determinan consecuencias para la causa, pues no se requiere -para tener por acreditado el suceso tal como consta en la acusación- que se haya producido el mismo tipo de penetración que analizan los autores Kvitko y Calabuig.

x.- En cuanto al hecho 6 asignado a C. B , la defensa plantea que la prueba no fue valorada correctamente pues la víctima R.M. declaró en dos oportunidades y en la segunda no pudo ratificar sus anteriores dichos. También cuestiona las identificaciones que hizo, por cuanto respondieron a sugerencias del intérprete, y deriva de ello cuestionamientos al examen psíquico que afirma que su relato es coherente y detallado -v. punto III.3.v de este voto-.

La crítica contrasta con la detallada motivación que brindó el a quo para asignar peso probatorio y credibilidad a las declaraciones en cuestión.

Efectivamente, comenzó con el ahora cuestionado examen psíquico realizado por el EPAASI, del que rescató que «[la víctima] tiene un relato con coherencia, detalles contextuales, consistencia interna, descripción de interacción entre los involucrados y escenas desarrolladas acompañadas de correlato acorde a la temática que se aborda. No se evidencia indicadores de ganancialidad, se lo observa inhibido, con tendencia a intentar minimizar o disimular sus experiencias.

Evidencia malestar interno, con pensamiento recurrente respecto a las escenas vivenciadas, temor y conductas de sometimiento y obediencia, lo que facilitó el silencio durante años. Este equipo entiende que el hecho denunciado, emprendido por un adulto hacia un niño, provoca un adelantamiento en la esfera evolutiva psicosexual adelantando su normal desarrollo» -v. fundamentos, fs. 5924-.

Pero luego lo cotejó con las declaraciones de la Lic. Carla Bitti, la Dra. María de los Ángeles Quiroga y la Lic. Andrea Riveros, y concluyó que «los profesionales que tuvieron contacto con el testigo R.M. [víctima] (MF, A Rs, M Q, CVy A A), se pronunciaron en idénticos términos y compartieron sus interpretaciones en cuanto a la personalidad de [R.M.]».

El cuestionamiento defensivo no resulta, al menos en los términos en que ha sido planteado, idóneo para demostrar vicios en la valoración probatoria del tribunal a quo. En efecto, no ha explicado en qué consistirían las incongruencias entre las declaraciones que impugna, ni cómo esa eventual circunstancia afectaría la acreditación de las premisas fácticas en cuestión, ni concreta un cuestionamiento sólido contra su versión.

Ello, sin considerar que -además- tales impugnaciones también deberían dar cuenta de las circunstancias que rodean este caso y que he puesto de resalto a lo largo de este voto, que determinan que la valoración probatoria deba realizarse a la luz de las particularidades del caso concreto: presuntas víctimas con hipoacusia; autores con autoridad religiosa y etaria; por señalar sólo algunas.

xi.- Sobre el mérito probatorio que condujo al a quo a considerar acreditado el hecho 7 atribuido a C. B , correspondiente al 4 acusado a C. S., la defensa cuestiona su base probatoria -v. punto III.3.vi-.

En particular, que se haya considerado suficiente sustento probatorio la declaración de un exalumno sobre la existencia de revistas pornográficas en poder de C. B , el testimonio de un profesor de informática que habría encontrado páginas pornográficas en los equipos de la sala de computación, y el reconocimiento del hecho por parte de Bordón en la sentencia n°170.

La defensa afirma que el mérito de esas pruebas es erróneo, pues tales pruebas no dan cuenta del hecho ni la intervención de los acusados, sin que la sentencia donde B acordó una pena pueda ser tenida en cuenta, pues éste debió aceptar la descripción del hecho que se le acusaba, sin modificarla.

Destaca que extender su confesión a otros acusados implicaría violar el derecho de defensa y el principio de culpabilidad por el hecho.

Preliminarmente debo señalar que las críticas respecto de la falta de sujetos pasivos incluidas al expresar este agravio han sido contestadas con anterioridad en el punto VI.b.1.iii, consideraciones a las que corresponde remitirse.

Dicho esto, las restantes críticas corren la misma suerte que las anteriormente analizadas. Esto por cuanto la defensa no logra, en su argumentación, plantear un estado de duda respecto del acontecimiento atribuido a sus defendidos.

Por una parte, la mera descalificación de las pruebas que tuvo en cuenta el tribunal a quo no es susceptible de atacar su peso probatorio. La defensa se limita a manifestar su desacuerdo con el mérito que ha llevado a cabo el a quo, explicando que las pruebas que enumera son solamente indicios y que no demuestran la autoría de los acusados y, siquiera, que el hecho haya ocurrido.

Sin embargo, a mi juicio el mérito que sobre ese hecho contiene la sentencia -doblemente analizado, pues se evaluó respecto de C. B y de C. S. independientemente, v. fs. 5924/5925 y 5936/5937- resulta suficiente para tenerlo por acreditado. En efecto, este suceso ha sido tenido por probado luego de valorar, además de las pruebas que impugna la defensa, las declaraciones de R.M., V.G., D.G., A.M., A.S., G.R., V.G.M, O.A. y L.V.G., el acta volante labrada en las instalaciones del I P que da cuenta de más de 300 accesos a páginas con contenido pornográfico. Por otra parte, el cuestionamiento al empleo, como prueba, de la sentencia dictada respecto de Bordón no tiene correlato con lo ocurrido en autos.

Al respecto, debe decirse que no es exacto que en un juicio abreviado el acusado no pueda modificar la plataforma fáctica que se presenta a homologación.

Tal afirmación carece de sustento legal: nuestro código procesal penal permite que el acusado confiese circunstanciadamente el hecho o acepte la imputación que realiza el fiscal (v. art. 359 del CPP).

El art. 418 del CPP refuerza que la imputación asignada por el Ministerio Público Fiscal es reformable. De hecho, la sentencia que condenó a Bordón expresamente fue tomada en cuenta a modo de indicio, y no como prueba -v. fs. 5924 vta. y 5936 vta.-.

Más allá de la posición que pueda tomarse en relación a si es posible, o no, tomar como indicio el reconocimiento realizado por un coimputado en el marco de un procedimiento abreviado, lo cierto es que el agravio, de todas maneras, no reviste la entidad suficiente para conmovier la decisión a la que arribó el

tribunal a quo. Esto que queda demostrado mediante el empleo de la técnica de la supresión mental hipotética del indicio en cuestión.

Esto es, aun si el juicio abreviado al que arribó B no fuera considerado al evaluar este hecho, el mismo puede considerarse acreditado a partir de la prueba analizada antes. De forma tal que el agravio no reviste entidad alguna y no puede ser acogido en esta instancia.

Las razones expuestas sellan la suerte adversa de este tramo del recurso. xii.- También ha sido impugnada la valoración probatoria relativa al hecho 9 de C. B , hecho 5 de la acusación de G B.. -v. punto III.3.vii-. La defensa reclama que se valoren las pericias realizadas en la causa P-60.030/17, donde la víctima C.L. dijo tener un hijo de 4 años producto de un abuso sexual ocurrido cuando salió del I P .

Esa situación, a juicio de la defensa, impide atribuir la cicatriz anal de la víctima a un hecho de C. B . Agrega que no hay precisiones sobre la fecha del hecho, pero que el tribunal infirió que se produjo en 2007, cuando el acusado se encontraba en otra provincia.

Respecto de la última parte del argumento -esto es, que C. B se encontraba en La Plata al momento del hecho-, cabe remitir a las consideraciones que efectué en el punto VI.b.2.ii, enteramente aplicables a este caso y que contestan la fuerza crítica del reclamo. Sobre lo primero, advierto que la objeción no tiene sustento lógico alguno.

No advierto de qué modo el hecho de que la víctima haya sufrido un abuso sexual que dio lugar a a su embarazo y que diera a luz un hijo -lo que requiere penetración vía vaginal- pueda explicar las lesiones anales atribuidas a C. B . Explicado con claridad: a C. B se lo acusa en este hecho de haber abusado analmente de la víctima C.L.; y la defensa señala que las cicatrices anales que ésta presenta y que acreditan el suceso no pueden ser inequívocamente atribuidas a C. B , pues C.L. también fue víctima de un abuso sexual que ella reconoce y del que nació un hijo.

Pues bien, la falta de logicidad del argumento salta a la vista si se considera que el abuso atribuido a C. B se consumó por vía anal, mientras que -necesariamente- el que dio origen a un nacimiento debió ser por vía vaginal. Nada ha dicho la defensa al respecto, de manera tal que el agravio no puede ser recibido. xiii.- Respecto del hecho 11 de C. B , 5 de C. S. y 6 de G B., cabe remitir a la expresión de agravios reseñada en el punto III.3.viii-.

En punto a la falta de correlato emocional con el contenido de la declaración de J.J.R., debo señalar que este argumento ha sido analizado en punto a otras declaraciones testimoniales de víctimas anteriormente, y he descartado su peso probatorio per se para restar valor a la declaración.

Conviene en esta oportunidad explicar con más de detalle de qué hablamos en este caso: nos encontramos ante víctimas que, en casos como el presente, eran menores de edad al momento de los hechos y que han tenido que declarar en diversas oportunidades sobre aquellos acontecimientos.

El sólo hecho de que se convoque a una víctima en más de una ocasión para relatar el suceso que sufrió, constituye una forma de revictimización que las buenas prácticas de administración de justicia desaconsejan (ver al respecto «**Lorente, Luis Alberto**»).

Esta revictimización se ve acentuada cuando el delito en cuestión es un abuso sexual; más todavía cuando la víctima es un niño, niña o adolescente, y más aún cuando se trata de infantes con obstáculos para comunicarse, como es el caso de la hipoacusia. En este sentido, la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño y su incorporación al sistema interno con jerarquía constitucional ha contribuido al cambio de concepción del niño hacia su reconocimiento como sujeto pleno de derecho.

Con la sanción de la Ley 26.061 de protección integral de los derechos del niño se reafirman los diversos derechos y obligaciones contenidos en la Convención.

En lo concerniente al procedimiento penal específicamente, se ha ido reformando la normativa incorporando en las distintas provincias mecanismos especiales para la toma de declaración de niños víctimas y testigos. De este modo, se tiende a evitar los repetidos interrogatorios de los niños dentro del proceso de modo de procurar evitar su revictimización (conf. **UNICEF, Guía de Buenas Prácticas para el abordaje de niños/as, adolescentes víctimas o testigos de abuso sexual y otros delitos, p. 6**).

Ahora bien, en el caso que nos ocupa analizamos la declaración de un niño víctima de abuso sexual que ha debido enfrentarse a más de un pedido estatal de reconstrucción de los hechos que padeció. La crítica de la defensa relativa a la «falta de correlato emocional» parece axiomática y totalmente desvinculada de estas circunstancias. No es esperable que una persona reaccione siempre del mismo modo a la evocación de sus experiencias, ni pueden establecerse reglas generales sobre emociones esperadas (estereotipadas) o «correctas» ante el relato de hechos de abuso sexual, y no puede derivarse -al menos, no sin más explicaciones- consecuencias sobre la veracidad de una declaración a partir de todo ello. El agravio se encuentra, a mi juicio, al margen de las reglas de la sana crítica racional.

Lo mismo cabe señalar en punto a las pretendidas contradicciones en las declaraciones de J.J.R. y G.R. La defensa pretende cuestionar las conclusiones a las que arribó el tribunal a quo sin tomar en cuenta la motivación que el mencionado tribunal expuso, sin considerar el contexto que he señalado antes, a través del aislamiento de segmentos de sólo dos pruebas testimoniales, sin dar cuenta del sentido que adquieren unas pruebas o indicios al ser puestos en relación con otros, sin señalar qué aspectos de las premisas fácticas serían dubitados, y sin explicar por qué en el caso de que las contradicciones fueran deliberadas, desestabilizarían la totalidad del cuadro probatorio considerado holísticamente.

Dicho en pocas palabras: la defensa pretende generar un espacio de duda a través del ataque a la declaración de las víctimas, sin considerar que en muchos casos se trataba de menores de edad al momento de declarar, que han denunciado instancias de abuso sexual infantil, que se encuentran en dificultades para expresarse y comunicarse y que han sido atacadas por las personas adultas que ostentaban una clara relación desigual de poder. Planteado de este modo, el agravio no puede tener acogida favorable en esta Suprema Corte de Justicia.

El mismo error en los razonamientos de valoración probatoria que ha sido señalado a lo largo la mayor parte de los agravios analizados en este punto VI.2 de la sentencia se verifica en el argumento -expresado en III.3.viii- según el cual, si la versión del niño víctima fuera cierta, el examen físico no habría arrojado «sólo una cicatriz, sino destrucción anal total».

Aunque suene sobreabundante, la función revisora en esta instancia exige señalar expresamente que esa conclusión no se sostiene a partir de las premisas que invoca: que el niño J.J.R. haya sido abusado sexualmente por tres personas adultas diferentes en reiteradas ocasiones, no implica en términos lógicos nada sobre las consecuencias de esos abusos en su cuerpo, tal que pueda desacreditar la vinculación del examen físico.

Además de encontrarse llanamente al margen de la sana crítica racional, estos agravios muestran el uso de la infructuosa estrategia defensiva antes señalada: aislar elementos de prueba, poner en tela de juicio su producción o las premisas que pretenden acreditar, y a partir de ello derivar consecuencias para la totalidad del cuadro probatorio.

Otro tanto cabe señalarse sobre el punto de la defensa según el cual si un galeno hubiera conocido los hechos, los hubiera denunciado; o respecto a que si la madre de la víctima sabía de los hechos y seguía mandando a su hijo al I , el relato es falso o la madre es partícipe.

Se trata de agravios aparentes, explicaciones alternativas al hecho que, en vistas del conjunto de elementos de evidencia que ha tenido en cuenta el tribunal a quo y de la ilación que ha realizado de las premisas que cada uno de ellos acredita, resultan inverosímiles e incapaces de conmovir la conclusión condenatoria. xiv.- Lo dicho en el punto anterior respecto al modo en que deben ser evaluadas las declaraciones de niños, niñas y adolescentes víctimas de abuso sexual es aplicable a los agravios expresados por la defensa respecto a la valoración probatoria que condujo a tener por acreditado el hecho 1 atribuido a C. S. -v. punto III.3.ix-.

En este segmento del recurso, la defensa remarca que J.A. no dijo que «le tocó el pene a C.», sino que «éste sacó su pene»; y que D.L. dijo que C. «se bajó los pantalones».

Luego señala que no se valoró que J.A. no hubiera contado nada a su familia, y que ambas testigos colocan a diferentes personas como el sujeto que ingresó al lugar del hecho. Según entiendo, estos matices que los testimonios de niñas víctimas o testigos de abuso sexual a lo largo de diferentes etapas del proceso penal no pueden ser elevados a la categoría de contradicciones centrales que hagan decaer su credibilidad -v. aplicaciones de este criterio en «Teves Lucero», «Italiani» y «Merlo Lassa», entre muchos otros-.

El agravio debe correr la misma suerte que los anteriormente analizados, por las mismas razones: se trata de variaciones sobre puntos no esenciales de las declaraciones, cuando no resulta exigible a las víctimas relatos absolutamente claros y precisos sobre los eventos, lo que además no es necesario para tener por acreditados los hechos concretos que fueron acusados, y que -por último- son puestos en tela de juicio de manera aislada y sin tomar en consideración la motivación completa que el tribunal a quo expresó para alcanzar la certeza necesaria para condenar a los acusados.

3.- Análisis del vicio in iudicando planteado

Finalmente, en lo que sigue me ocuparé del agravio estrictamente relacionado a violación la ley sustantiva por parte del tribunal de la instancia anterior y reseñado en el punto III.3.ii.

Según el cuestionamiento en análisis el hecho 3 asignado a C. B sería atípico, pues tener a alguien sentado en la falta no es un abuso sexual simple agravado por la guarda.

Para el análisis que sigue, debe tenerse presente que la defensa no ha controvertido la materialidad del hecho. El cuestionamiento no tiene posibilidad de modificar la decisión del tribunal a quo en este caso.

En derecho penal el margen de interpretación se ve notoriamente reducido en virtud del mandato de legalidad contenido en el art. 19 de nuestra Constitución Nacional, y el cual la doctrina ha vinculado a una exigencia de «máxima taxatividad» legal: las conductas sancionadas por el Derecho penal deben estar descriptas -«tipificadas»- con mucha precisión, a efectos de evitar una vulneración al principio de legalidad mencionado.

Esta tesis, que es asignada frecuentemente a Feuerbach, ha sido recibida con amplio consenso en nuestra cultura jurídica (v. **RIGHI, E., 2017, Derecho penal: parte general, 3ra ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, p. 88 y ss.**).

Sin embargo, aun en estos espacios más acotados la interpretación jurídica es necesaria, pues las descripciones de delitos en numerosas oportunidades incluyen lo que se conoce como «elementos normativos»: referencias a abstracciones que no pueden ser constatadas materialmente, y que deben definirse contextualmente.

Los elementos normativos del tipo no describen objetos y por tanto tampoco están en relación causal con la acción del autor, sino que contienen una valoración que en parte prejuzga la antijuridicidad (**ROXIN, C., 1997, Derecho penal, parte general, tomo 1. Fundamentos, la estructura de la teoría del delito, Madrid, Civitas, p. 281**).

Lo dicho debería permitir comprender el tipo de problema al que nos enfrentamos: interpretar si la conducta atribuida a C. B se encuentra incluida en la descripta por el art. 119, primer párrafo y cuarto párrafo letra b del CP, esto es, el delito de abuso sexual simple agravado por ser el autor el encargado de la guarda.

Ahora bien, según la redacción de la norma, la acción típica consiste en «abusar sexualmente de persona de uno u otro sexo», mas no se precisa en qué consiste el acto de abuso. Lo que sí queda claro, por las referencias posteriores de la norma, es que se trata de un acto de connotación sexual distinto al del acceso carnal o de los que causan -por su duración o circunstancias un grave ultraje.

La doctrina penal dice que «abusa sexualmente quien realiza actos corporales de tocamientos o acercamiento de carácter sexual» y que «abusaba deshonestamente de otra persona el que usaba el cuerpo de ella para actos de significado objetivo impúdico».

También se ha afirmado que se trata de «conductas de acercamiento o contactos corporales con la víctima, de significación sexual, sin que constituyan acceso carnal» (**D'ALESSIO, A, 2004, Código Penal comentado y anotado, parte especial, Buenos Aires, La Ley, pp. 160/161**).

En este orden, se han distinguido dos líneas interpretativas: una «subjetiva», que exige la constatación de una finalidad libidinosa en el autor, y otra «objetiva», que sólo requiere la constatación del elemento material u objetivo.

Según esta última posición, la conducta se torna abusiva no por el significado sexual o dirección que le otorgue el autor, sino porque se ejerce prescindiendo de la voluntad de la víctima, reduciéndola a un simple objeto del acto.

Coincido con el autor citado en que ésta última es la interpretación que mejor se adecua al sentido actual de la protección penal, esto es, la integridad sexual de la víctima.

De modo similar se ha expedido esta Suprema Corte de Justicia en otros pronunciamientos, en los que ha sostenido que «[...] si bien no puede negarse que este delito requiera para su imputación la comprobación del aspecto subjetivo de la conducta, considero que éste no va más allá de consentir en un genérico propósito impúdico, que puede estar constituido tanto por el deseo de satisfacer o excitar pasiones propias como por el simple conocimiento del significado impúdico y ofensivo que el hecho tiene para la víctima (**Núñez, Creus, Soler, entre otros**), elemento que, a mi juicio, necesariamente debe ser vinculado con la resistencia opuesta por la víctima para enfrentar la situación propuesta por el agente, ya que ello se constituye en un elemento de incuestionable manifestación de desprecio a su práctica, por resultarle ofensivo, aspecto que si bien será analizado en los puntos siguientes, resultó debidamente demostrado en autos. [...]

Repárese que nos encontramos ante una afectación de la libertad sexual, entendida como la libre disposición del cuerpo y respeto del pudor sexual, razón por la cual, la existencia de contacto corporal que represente inequívocamente una expresión sexual por estar dirigidos a partes pudendas del cuerpo asociadas a la actividad sexual, son configurativas del tipo enrostrado. [...]

De allí que, a mi juicio, la conducta se torna abusiva no por el significado sexual o dirección que le otorgue el autor, sino porque se ejerce prescindiendo de la voluntad de la víctima, reduciéndola a simple objeto del tocamiento («**Di Garbo**»). Sin embargo, el problema se disuelve en buena medida cuando se analiza el agravio defensivo.

El argumento se basa en descontextualizar el hecho: no se trata solamente de «tener a alguien sentado en la falda» -como pretende simplificar la defensa-, sino que se ha tenido acreditado -y no ha sido discutido-, que un ministro de culto -como lo era entonces C. B -, en el interior de su habitación, tomó del

brazo a un niño de entonces 9 años, lo hizo sentar sobre su falda -concretamente, sobre su zona pública- y no lo dejó moverse de allí. El contexto, en este caso, permite a mi criterio dilucidar las dudas interpretativas que plantea la defensa.

El atribuido a C. B no se trata de un comportamiento neutral, sino de uno sumamente cargado de significado. Sentar a un niño en la zona pública y no dejarlo salir cuando éste lo solicita constituye una conducta de la cual se puede razonablemente predicar el contenido sexual previsto por el art. 119 del CP. De manera tal que también a este agravio la respuesta debe ser negativa, y debe por tanto rechazarse en todos sus puntos el recurso de casación planteado por la defensa y confirmarse la decisión del tribunal a quo. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Llorente y Dra. Orbelli. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los Dres. PEDRO J. LLORENTE y ALEJANDRA MARINA ORBELLI adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. DALMIRO GARAY CUELI DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los Dres. PEDRO J. LLORENTE y ALEJANDRA MARINA ORBELLI adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. DALMIRO GARAY CUELI DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a las partes vencidas y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASI VOTO.

Sobre la misma cuestión, los Dres. PEDRO J. LLORENTE y ALEJANDRA MARINA ORBELLI adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar los recursos de casación planteados por el querellante particular y la defensa de los imputados en autos, y en consecuencia confirmar la sentencia n° 919 pronunciada por el Segundo Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial en autos.
- 2.- Imponer las costas a las partes vencidas y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos. Regístrese. Notifíquese. DR. DALMIRO F. GARAY CUELI Ministro DR. PEDRO J. LLORENTE Ministro DRA. ALEJANDRA M. ORBELLI Juez de Cámara

38- DUARTE. 02-10-20.

| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
|----|----|-----|------|--------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|-------------|---|------------|
| VG | - | NNA | | - | - | - | A | - | - | - | - | - | N | 474 414 |

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201002_FcDRO.pdf

Lex: Art. 124 del CP. CDN. Art. 206 del CPP.

Vox: VG. NNA. A.S.I.. Abuso sexual seguido de muerte. Absolución. Unidad de la prueba. Indicios anfibológicos. Nulidad. Nuevo debate.

Summa:

La Excma. **Séptima Cámara del Crimen** absolvió a R. O. D. y M. S. R. de la acusación que se les formulaba como autor y partícipe secundaria del delito de abuso sexual seguido de muerte (art. 124 del Código Penal), con fundamento en las previsiones del art. 2 del CPP.

La **MPF** interpone recurso de casación.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** resolvió hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el MPF, y, en consecuencia, anular el debate, la sentencia y sus fundamentos, originarios de la entonces Séptima Cámara del Crimen, remitiendo las presentes actuaciones al TPC correspondiente a fin de que la OGAP determine el tribunal que habrá de intervenir en la realización de un nuevo debate.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 4699, pronunciada por la Excma. Séptima Cámara del Crimen (Hoy TPC N°1) -1° CJ.

Parágrafos destacados

“..Bajo esta premisa general, encontró una explicación alternativa a cada uno de los hechos indiciarios que la acusación valoró de manera global, pero no basó el estado de duda absolutorio en una hipótesis alternativa global desincriminatoria. Dicho en pocas palabras, para asignar el carácter anfibológico al plexo indiciario acompañado por la acusación, el tribunal debió hacer un análisis global de sus elementos, de modo que una –o más– explicaciones integrales puedan explicarlos. En esta tarea, el tribunal ha utilizado premisas inadecuadas. El modo en que ha sido presentada la acusación impone el recurso de la prueba indirecta como vía principal para su análisis y, por ende, demanda intensificar la valoración conjunta del material disponible. Si bien la sentencia hace permanente mención a la existencia de indicios anfibológicos, lo cierto es que la prueba no ha recibido el tratamiento de un cuadro indiciario, sino de prueba directa...”

SCJM. Dres.: **Palermo.** Valerio. Adaro.

Fallo.

CUIJ: 13-02848990-5((012174-11459101)) FC/ D., R. O. P/ ABUSO SEXUAL SEGUIDO DE MUERTE Y R., M. S. PARTICIPE NECESARIO DEL DELITO DE ABUSO SEXUAL (76006) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *102872050*

En Mendoza, a los dos días del mes de octubre del año dos mil veinte reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia en la causa N° 13-02848990-5/1, caratulada “F. C/D. R. P/ ABUSO SEXUAL SEGUIDO DE MUERTE Y R., M. S. PARTICIPE NECESARIO DEL DELITO DE ABUSO SEXUAL P/RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. OMAR A. PALERMO, segundo DR. JOSÉ V. VALERIO, y tercero, DR. MARIO D. ADARO.

En el marco de los autos N° P-76.006/09, el representante del Ministerio Público Fiscal interpuso recurso de casación contra la sentencia N° 4.699 dictada por la entonces Séptima Cámara del Crimen de la Primera Circunscripción Judicial y sus fundamentos (fs. 3724/3733, fs.3686 y fs. 3689/3722, respectivamente).

Ello, en tanto absolvió a R. O. D. y M. S. R. de la acusación que se les formulaba como autor y partícipe secundaria del delito de abuso sexual seguido de muerte (art. 124 del Código Penal), con fundamento en las previsiones del art. 2 del CPP.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso de casación del representante del Ministerio Público Fiscal?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

De acuerdo con las constancias de la causa, la entonces Séptima Cámara del Crimen de la Primera Circunscripción Judicial absolvió a los mencionados R. D. y M. R. del delito de abuso sexual seguido de muerte, que se les había endilgado como autor y partícipe secundaria respectivamente.

En lo pertinente, la pieza de acusación fiscal señala que «en fecha 17/05/07, a las 19 hrs. aproximadamente, fue encontrado en una bodega abandonada ubicada en calle ... de Guaymallén Mendoza, el cuerpo sin vida de M. P. R., de 11 años, cuyo paradero se desconocía desde el 11/05/07.

El cadáver de la niña presentaba signos de haber sido abusada sexualmente mediante acceso carnal por vía vaginal. En el curso de la [investigación] resultó probado que, a pesar de negarlo, M. R. -progenitora de la niña-, mantenía de modo clandestino a la fecha de la desaparición de la niña una relación habitual con R. O. D. -con quien había contraído matrimonio el 30/12/04 y ya era padre de dos de sus hijas mayores- pero con quien no convivía desde hacía años.

En razón de ello se solicitó la extracción de muestras de sangre a efectos de tipificar el perfil genético de R. D. y se cotejó dicho perfil [...] con los perfiles genéticos ya obtenidos y determinados [...]. De dicho estudio resultó que, sobre un rastro hemático que fue encontrado en el pantalón que vestía M. cuando fue hallada en la escena del crimen, existe un perfil genético mezcla de los perfiles de M. R. y R. O. D. con un coeficiente que indica [...] que es 7094 x 1016 veces más probable que la muestra [...] sea mezcla de material biológico de R. M. [...] y de D., R. O., que de R. M. [...] y algún otro individuo desconocido. Dicho de otro modo, existe un rastro encontrado en una mancha de sangre hallado sobre la ropa de la menor –vestigio que puede ser salivas sangre, esperma o cualquier otro fluido humano– que coincide en un 99% con el perfil genético del sospechoso D. Teniendo en cuenta que el médico forense actuante en la causa,

confirma [...] que tanto la lesión vaginal como la asfixia se produjeron simultáneamente, se infiere que quien accedió carnalmente a la niña, debió también darle muerte sofocándola, por lo que resulta lógico concluir que, no habiendo ningún otro rastro que involucre a terceras personas en la escena del crimen, fue el imputado D. quien violó y asfixió con sus manos a la menor». «Por su lado, también surge de las probanzas de autos la participación punible en el homicidio de M. S. R.. En efecto, el propio D. aclaró en su declaración que él tuvo relaciones con la niña y que M. ejercía la prostitución y que incluía en su actividad a su hija M. –llevándola para entretener a sus clientes– y que, incluso, en una ocasión pocos días antes de que la menor desapareciera, M. consintió que él mantuviera relaciones sexuales con la menor cuando ambas, circunstancialmente, estuvieron en su domicilio. Dadas las circunstancias conocidas, M. R. era inexorablemente la vía de acceso más segura que tenía a mano D. para vincularse sexualmente con la niña, y así, resulta razonable concluir que desde ese viernes 11/05/07 a las 17,30 hrs aproximadamente, M. R. supo que M. estaba con D. y no obstante, consintió que permaneciera con él –con fines sexuales–, hasta que en una fecha cercana al 17/05/07, éste la violó y mató asfixiándola en la bodega abandonada» (ver fs. 3.438/3.458).

Luego de valorar la prueba instrumental, testimonial y pericial incorporada al debate, el a quo sostuvo que correspondía la absolución de los acusados.

Ello, puesto que «[...] no se ha logrado superar en el debate el grado de convicción al que se arribó a través de los elementos colectados en la investigación penal preparatoria, elementos que, si bien sirvieron para requerir la citación a juicio, no nos alcanzan ahora.

Y ello luce notorio pues, este debate fue una reproducción íntegra y fiel de lo actuado en la etapa anterior [...]. Todo lo recién expuesto, no significa que se haya acreditado que los acusados no tuvieron ningún tipo de participación en el hecho que se les enrostra (certeza negativa).

El análisis de la prueba colectada en la causa, origina incertidumbre respecto a la veracidad de lo acontecido, y no arroja certeza cuando se trata de afirmar que ello no sucediera.

Estas circunstancias nos llevan a sostener la creación de un estado de duda razonable que nos conduce inexorablemente a la absolución por duda en virtud de lo dispuesto por el artículo 2 del Digesto Adjetivo y elementales principios constitucionales» (fs. 3721 vta./3722).

2.- El recurso de casación del Ministerio Público Fiscal

Frente a la sentencia absolutoria descrita anteriormente, la crítica recursiva del representante del Ministerio Público Fiscal es presentada a tenor de lo normado por el art. 474 inc. 1° y concordantes del CPP. Considera que la sentencia es arbitraria por haber valorado parcialmente las pruebas rendidas durante el debate y las debidamente incorporadas. En concreto, alude a una errónea valoración de los testimonios rendidos en la causa, a un apartamiento infundado de circunstancias acreditadas en la propia sentencia, y a una inadecuada aplicación de la sana crítica racional. Reproduce las declaraciones testimoniales asentadas en los fundamentos del tribunal y luego formula las siguientes consideraciones:

a. Los imputados R. D. y M. R. mantenían contacto desde el año 2004, que se prolongó hasta el momento de la desaparición de M.. Esta conocía a D. y concurría asiduamente a la zona de... a visitar a sus hermanas y al nombrado. b. La víctima fue hallada con la misma ropa que llevaba cuando desapareció, y sobre ella se encontró fluido que coincidió con el ADN de D., siendo irrelevante el tipo de fluido analizado. c. R. D. y M. R. mantuvieron relaciones sexuales al menos en dos oportunidades. En dichas relaciones intervino M. R., aunque no fue penetrada y llevaba vestimenta diferente a la que diera lugar al cotejo de ADN mencionado. Al respecto, sostiene que es «llamativo» que el tribunal no haya reparado en esos extremos, mencionados por el propio encartado. d. Es «absurda», a juicio de la acusación, la hipótesis introducida

por el tribunal de sentencia en torno a las comunicaciones que mantuvieron D. y R., esto es, que ellas podían explicarse a partir de la relación sentimental que mantenían. Ello, puesto que no es lógico que se mandaran mensajes sentimentales mientras se encontraba desaparecida una menor de edad con retraso mental, puesto que las fechas de los mensajes (11 y 16 de mayo) coinciden con las de la desaparición y muerte de M., y, asimismo, puesto que no es verosímil la respuesta negativa de R. a la pregunta por los contactos mantenidos con D. durante ese lapso. e. El tribunal no explicó adecuadamente, según el recurrente, cómo se justifica que M. R. se haya manejado con «extrema pasividad» ante los hechos. En concreto indica que, el no haber dormido en su domicilio, el no concurrir con cierta alarma al domicilio de M. C. R. luego de advertida la ausencia de M., y que no buscara allegados que colaborasen con la búsqueda, son indicadores de que R. direccionó la investigación hacia P. f. Es cuestionable la afirmación del tribunal al indicar que la actitud de R. de denunciar a P. no se condice con la de alguien que ha entregado a su hija. El recurrente encuentra en esa actitud un indicio de cargo contra la imputada, pues dicha actitud le permitió desviar la investigación de las sospechas iniciales de su entorno familiar, que apuntaba a R. D. como involucrado. Según indica, R. despejó de este modo el camino de D. g. Es arbitraria la conclusión de que R. tenía razones para no pedir colaboración a su familia. El Fiscal considera que toda la familia, más allá de las diferencias, se mostró presta a colaborar en la búsqueda de M. y sorprendida de no haber sido convocada oportunamente para ello. Esto indica, según la acusación, que R. protegía a D. y a sí misma, puesto que tenía mucho por perder de haberse sabido desde el inicio las sospechas sobre su marido. h. M. tenía en su poder su abono de transporte de discapacitada al momento de la desaparición, y con él había abonado su último viaje rumbo a su domicilio. Al respecto, la acusación indica que es arbitraria la quita de relevancia que hizo el tribunal sobre el hecho probado de que la tarjeta Red Bus de M. R. fue empleada con posterioridad a su muerte (el día 25 de mayo) para hacer el recorrido de la línea... Afirma, que dicho recorrido liga a los imputados con el hecho, que quedó probado que R. a veces usaba la tarjeta sin la niña, y que el tribunal pasó por alto que, si M. pagó su viaje a la salida del colegio y jamás volvió a su casa, quien continuó utilizando el abono es quien estaba con la menor luego de su desaparición. i. Entiende que el hallazgo de los cuadernos de la niña a cuerdas de la vivienda del acusado D. no puede ser considerado un indicio anfibológico, puesto que, si se concatena con el resto de la prueba, conduce a la certeza. j. Es arbitrario sostener que la mancha hallada en el pantalón de la víctima, con ADN de D., «puede ser producto de que [éste] sea el autor del hecho o de cualquier otro episodio protagonizado por ambos -un almuerzo, por ejemplo- en el que D. se hubiera cortado o lastimado y hubiera ensuciado el pantalón, o hasta que haya estornudado, tosido o esputado y salpicado el jogging de la nena». Este argumento, de acuerdo con el fiscal, introduce ilegalmente hechos que no han sido siquiera invocados por el inculso o referidos por algún testimonio y se opone a la propia defensa ejercida por D., quien reconoció en tres oportunidades haber mantenido relaciones sexuales con la niña. Indica que lo decisivo es que había material genético del imputado en la ropa que tenía colocada la víctima al momento de su desaparición y posterior hallazgo sin vida. k. Es arbitrario el argumento del tribunal que indica que no se pudo determinar la antigüedad de la mancha y, por ello, que no se puede saber si el fluido con ADN de D. era reciente o antiguo. Advierte que el perito forense que declaró en el debate explicó que el agua conspira contra el resultado del ADN, por lo que no puede ser muy antigua, y tilda al razonamiento del a quo de «selectivo». l. Es arbitraria la valoración sobre las contradicciones de la testigo R. P., pues fueron empleadas solamente para absolver a los acusados y nada se dijo sobre que ella señaló que el entorno de la familia R. le había exhibido fotos de los P. para que los sindicara como autores. En conclusión, considera que todos los datos indiciarios, analizados en conjunto, permiten señalar con certeza a los imputados

como autores del hecho que se les atribuye. Por ello, entiende que la consecuencia lógica de su presentación reside en la casación de la sentencia impugnada y en el dictado de condenas a prisión perpetua respecto de R. D., como autor del delito de abuso sexual con acceso carnal seguido de muerte, y respecto de M. R., como partícipe primaria del mismo (arts. 124 y 133 del CP y art. 485, primer supuesto, del CPP).

3.- El dictamen del Procurador General

Al contestar la vista conferida el Procurador General se remitió a lo expresado por el recurrente y dio por reproducidos sus argumentos, recomendando así acoger la crítica casatoria.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

Detallados los motivos de agravio expuestos por el representante del Ministerio Público Fiscal contra la sentencia absolutoria dictada por la entonces Séptima Cámara del Crimen, adelanto mi posición en el sentido que corresponde acoger el recurso interpuesto y, en consecuencia, anular el juicio oral y la sentencia recaída en los autos aquí tratados.

a. Aclaración previa. Naturaleza de los agravios

A fin de expedirme al respecto es importante aclarar que, si bien el recurrente ha estructurado su planteo en torno a la causal prevista por el art. 474 inc. 1° CPP –esto es, por considerar que la misma contiene vicios in iudicando–, lo cierto es que aquéllos se condicen con la presencia de vicios in procedendo (art. 474 inc. 2° CPP).

Según se advierte, todo el recurso gira en torno a la presunta arbitrariedad de la sentencia criticada, producto de una errónea valoración de la prueba y del empleo de silogismos lógicamente inaceptables, razón por la que aquí debe decidirse si el esquema argumental utilizado por el a quo cumple con el método de la sana crítica racional en la valoración de la prueba.

Según se ha adelantado, entiendo que le asiste razón al representante del Ministerio Público Fiscal.

b. Los aspectos pacíficamente acreditados

Tanto la sentencia impugnada como el recurso de casación fiscal coinciden en que el día 11 de mayo de 2007, alrededor de las 17:30 horas, M. R. volvió del colegio –del cual salía a las 17 horas– con dirección a su hogar, acompañada de su amiga K. R. y de la mamá de ésta, M. C. R..

Igualmente, resulta pacífica la circunstancia de que la niña estuvo en el domicilio de su amiga K. realizando deberes escolares, y que desapareció en el interín entre que salió de la casa de K. y el camino hacia su domicilio.

Luego de seis días de búsqueda, y de numerosas denuncias cruzadas entre M. R., madre de la niña, y el padre biológico de M., A. P., la víctima –de 11 años de edad al momento de los hechos– fue encontrada sin vida en una bodega abandonada ubicada en la calle... de Guaymallén.

El descubrimiento se produjo en oportunidad en que A. D. –que se encontraba junto a otras personas en el recinto– advirtió la presencia del cuerpo.

Con algunas diferencias de horario, también se acreditó que M. R. concurrió a la vivienda de M. C. R. a consultar por la ausencia de la niña, y que concurrió esa noche a denunciar el hecho al Quinto Juzgado de Familia, donde le indicaron que esperara hasta el día siguiente para formular la denuncia formal.

No se ha cuestionado, igualmente, que la niña usó su tarjeta Red Bus para subir al colectivo en el que viajaría desde su colegio hacia su casa el día 11 de mayo a las 17:16 horas, y que esa misma tarjeta fue empleada el día 25 de mayo de ese año –cuando su cuerpo ya había sido encontrado sin vida– para la

realización de un viaje en el trayecto de la entonces línea... Respecto a la causa de la muerte, ninguna de las partes ha cuestionado que M. R. fue asfixiada en forma concomitante al momento en que era víctima de un acceso carnal, el cual, además, habría sido el único que experimentó en vida.

En este sentido, la necropsia indicó que la muerte se produjo por asfixia compatible con sofocación por obstrucción de las vías aéreas superiores y compresión extrínseca del cuello.

Asimismo, el cuerpo de M. R. presentaba una lesión en el himen por abuso sexual reciente.

No está en duda, igualmente, que su cuerpo fue introducido en la bodega por el orificio de cemento del cuarto piletón. Esto dado que allí se le habrían adherido telarañas y restos de tierra a su vestimenta.

En cuanto a su depósito, el deslizamiento del cuerpo hasta el fondo del piletón generó heridas en la rodilla derecha, en el antebrazo de la mano derecha y en la parrilla costal derecha.

Todas estas heridas, al ser post mortem, indican que su fallecimiento fue anterior al momento en que se la ingresó a la bodega.

En cuanto al horario de la muerte, el tribunal de instancia previa se apartó de las conclusiones de la pericia e indicó que la niña fue asesinada –sin poder afirmar con certeza el horario– el día 16 de mayo en horas de la tarde.

Esa idea no fue impugnada, igualmente, por ninguna de las partes.

c. El razonamiento del tribunal a quo

En esencia, el tribunal de juicio ha entendido que la acusación fiscal no ha logrado acreditar, con el grado de certeza necesario, la intervención de R. D. y de M. R. en el hecho que se les atribuye. Para sostener esa idea, descartó cada uno de los argumentos y consideraciones del fiscal en sus alegatos.

Al respecto, el a quo descreyó de las declaraciones de ambos imputados, especialmente de la de R. D., quien sostuvo haber tenido relaciones sexuales con M., en presencia y con anuencia de M. R., una semana antes del suceso. En primer lugar, el tribunal indicó que no existe prueba que corrobore la afirmación de D. en el sentido que la niña era prostituida por su madre.

Ello se apoya, según el tribunal, en la necropsia realizada por el doctor A., la cual arrojó que el cadáver tenía un desgarró himenal que probaba que la niña no había tenido actividad sexual anterior.

Asimismo, indicó que, si bien el imputado dijo que M. R. llevaba a M. para «entretener a los clientes», y que ello no podría significar necesariamente penetración sino la práctica de otros juegos eróticos, tampoco se incorporaron otras pruebas e indicios que fortalecieran esta idea.

Resaltó el a quo que la maestra de M. dijo que no parecía una niña que padeciera abuso sexual, y que los vecinos de M. R. expresaron un buen concepto sobre ella.

Con ello, el tribunal destacó que la versión de la prostitución de M. sólo contaba con el apoyo del testimonio de S. R. –hermana de M.–, cuando dijo que era vox populi en el barrio que M. prostituía a su hija, pero de quien descreyó atento a su animosidad con la acusada.

La segunda razón del tribunal para descreer de la confesión de D. residió en que, mientras el acusado dijo que la niña estaba desarrollada, las fotografías del cadáver y el informe de la necropsia indicaban lo contrario (ver fundamentos, fs. 3.711 y vta. y fs. 3.712 vta.).

En cuanto al argumento fiscal relativo a los mensajes mantenidos entre los acusados el día de la desaparición y el de la muerte, el a quo consideró que ellos resultaban explicables en términos de una relación sentimental mantenida entre ellos.

Quedó probado que D. y R. tenían hijas en común – fruto de una relación anterior que ellos habían mantenido– y que tenían una relación clandestina a la fecha de los hechos, sólo conocida por pocos parientes.

Más aún, se acreditó que se casaron en secreto el 30 de diciembre de 2004, momento en que M. R. vivía en pareja con H. F. y con los tres hijos que tenía a esa fecha junto a éste.

De tal modo, para el tribunal de sentencia, los mensajes referidos no vinculaban a los imputados necesariamente al ilícito, sino que dicha circunstancia sería una consecuencia natural y lógica de la relación sentimental y parental que los unía.

Además, resaltó que el mensaje del día 11 de mayo era anterior a la desaparición, pues fue enviado a las 16.37 hs., mientras que la niña desapareció luego de las 17.30 hs. (ver fundamentos, fs. 3.713 vta./3.714). Asimismo, el tribunal entendió que esta relación podía explicar el rastro de ADN de D. en la ropa que vestía la víctima cuando fue hallada.

A su juicio, tanto la relación entre D. y R., como el hecho de que el primero viviese cerca de la abuela de M. y de D. D., hija de la pareja, explicaban el contacto entre el imputado y la víctima. Por ello, dijo que «dicha mancha en su pantalón, puede ser producto de que D. sea el autor del hecho que aquí se le enrostra, o puede ser fruto de cualquier otro episodio protagonizado por ambos -un almuerzo, por ejemplo-, en el que D. se hubiera cortado o lastimado y hubiera ensuciado el pantalón, o hasta que haya estornudado, tosido o esputado y salpicado el jogging de la nena.

Máxime si se tiene en cuenta que no se pudo determinar la antigüedad de dicha mancha en el pantalón (lo dijo la experta Z., con el agravante que explicó que una mancha de sangre puede perdurar años) y tampoco se acreditó desde cuándo no se lavaba el jogging de la criatura».

A ello agregó que las dudas se acrecentaban pues las pericias arrojaron que, la mancha de semen encontrada en el guardapolvo de la niña no ofreció material genético analizable, y que la mancha de semen presente en la bombacha de la niña mostraba un perfil genético que pertenece a M. y a otro individuo que no era ni E. F., ni A. P., ni W. P. o A. J. D. (ver fundamentos, fs. 3.718).

Por otro lado, descartó que R. desviase la investigación deliberadamente hacia P.. Según explicó, la iniciativa de buscar a M. en la casa de su padre y la sospecha de que éste la tenía nació a partir de otra hija de M. -J. R.- y no de la acusada.

Además, entendió que no tenía sentido que denunciara el hecho si había contribuido con él, pues ello significaría poner en alerta a las autoridades para producir el hallazgo.

Dijo asimismo que, aun en la suposición de que la encartada demoró en ir a buscar a M. hasta la casa de la vecina -supuesto poco claro atento a los diferentes horarios invocados por los testigos-, ello no indicaba que R. hubiera entregado a su hija (ver fundamentos, fs. 3.714/3.715).

En cuanto al hallazgo de los cuadernos de la niña en un descampado cercano al cementerio..., situado en las cercanías del domicilio de D., el tribunal a quo indicó que muchas personas viven en la zona y que se trata de un descampado donde cualquiera pudo pasar y arrojarlos.

A ello agregó que el hallazgo de ropa en el lugar, con pelos que no dejaron rastros de ADN analizable, debía jugar a favor de los encartados (ver fundamentos, fs. 3.717 vta.).

También hizo referencia al uso del abono de colectivo de la niña con posterioridad a su muerte como un indicio anfibológico.

Al respecto dijo que, si bien se acreditó que esa credencial no era usada con exclusividad por la niña, puesto que a veces M. R. la usaba sin su hija, ello no la incriminaba.

Esto, pues la acusación no logró probar que fuese M. R. la única que usaba la tarjeta de su hija, de modo que pudo haber sido ella, o D. con alguna otra «nena o muchacha», o alguien de su entorno, o un/a tercero/a extraño/a. Además, advirtió que el recorrido constatado el día 25 de mayo -en la línea...- tiene

muchas paradas y no surgía de la prueba dónde se bajó o subió el pasajero que utilizó el abono (ver fundamentos, fs. 3.717).

Finalmente, le descartó valor probatorio de cargo a ciertas declaraciones testimoniales debido a que los testigos formaban parte de un entorno familiar poco unido, y a que sus dichos eran, ante todo, «chismes, rumores y comentarios que circulaban por el barrio».

Destacó en ese sentido que ninguno de los familiares había sido testigo presencial o directo de los hechos investigados y, asimismo, que debía influir en la poca credibilidad de las declaraciones el tiempo transcurrido y la mediatización del hecho.

En este sentido, señaló que los testigos demostraron tener más información del suceso por lo que había salido en televisión, que por las circunstancias que ellos podían conocer personalmente (ver fundamentos, fs. 3.712 vta.).

d. La arbitrariedad de la sentencia

Según el tribunal de sentencia, no puede llegarse al grado de certeza sobre el objeto de contradicción ventilado en esta causa –esto es, que R. D. abusó sexualmente y de modo simultáneo dio muerte a M. R., contando con la colaboración de M. R.–, puesto que los hechos indiciarios presentados por la acusación sólo tenían el carácter de anfibológicos (ver fundamentos, fs. 3.712).

Esta posición es, a mi entender, arbitraria, puesto que la asignación de tal significado o carácter a los indicios, no ha respetado las reglas para su valoración, sino que ha sido precedida del tratamiento de una prueba directa.

Al respecto, esta Sala ya ha dicho que el principio de la unidad de la prueba – íntimamente relacionado con el sistema de la sana crítica racional contenido en el art. 206 CPP–, impone como regla la consideración de ésta en su conjunto.

Ello, pues muchas veces la certeza se obtiene de probanzas, que individualmente estudiadas pueden aparecer como débiles o imprecisas, pero complementadas y unidas entre sí, llevan al ánimo del juzgador la convicción acerca de la existencia de los hechos denunciados (L.S. 381-233, 382-107 y 388-219).

En el presente caso, en lugar de recurrirse a un análisis conjunto de las diversas variables positivas y negativas que arrojaban los indicios, el tribunal analizó cada elemento probatorio de cargo de manera individual y aislada respecto de los demás.

Bajo esta premisa general, encontró una explicación alternativa a cada uno de los hechos indiciarios que la acusación valoró de manera global, pero no basó el estado de duda absolutorio en una hipótesis alternativa global desinriminatoria.

Dicho en pocas palabras, para asignar el carácter anfibológico al plexo indiciario acompañado por la acusación, el tribunal debió hacer un análisis global de sus elementos, de modo que una –o más– explicaciones integrales puedan explicarlos. En esta tarea, el tribunal ha utilizado premisas inadecuadas.

El modo en que ha sido presentada la acusación impone el recurso de la prueba indirecta como vía principal para su análisis y, por ende, demanda intensificar la valoración conjunta del material disponible.

Si bien la sentencia hace permanente mención a la existencia de indicios anfibológicos, lo cierto es que la prueba no ha recibido el tratamiento de un cuadro indiciario, sino de prueba directa.

Ello queda explicitado en el modo en que el tribunal ha segmentado los elementos probatorios destacados como relevantes por el fiscal, y ha enfatizado su incapacidad de probar por sí mismos el suceso.

Un ejemplo claro de ello reside en el resultado positivo para ADN que arrojó la pericia practicada sobre una mancha hemática en el pantalón de M..

Según el informe pericial, dicha mancha contenía un perfil genético «mezcla» de los perfiles de ADN de M. y una persona de sexo masculino que resultó ser R. D. (ver informe de fs. 2.457/2.458 y fs. 2.750/2.751).

Para el tribunal este elemento podía ser interpretado como lo alegó la defensa, es decir, indicativo de varias posibilidades: (a) que D. abusó sexualmente y asesinó a M. R.; (b) que D. y M. protagonizaron cualquier otro episodio –un almuerzo, por ejemplo– en el que éste se hubiera lastimado o cortado y hubiera ensuciado el pantalón; (c) o hasta que el acusado haya estornudado, tosido o esputado y salpicado el jogging de la niña en cualquier otra oportunidad.

A ello, el tribunal agregó que arrojaban más dudas, el hecho de no poder determinar la antigüedad de la mancha con el ADN de D., que se hubiera encontrado semen en el guardapolvo de la niña sin material genético analizable, y que se hubiera encontrado en la bombacha de M. un perfil genético de la niña y otro sujeto que no eran E. F., A. P., W. P. ni A. D. (ver fundamentos, fs. 3.718).

Respecto de estos dos últimos datos vinculados al semen hallado en el guardapolvo y en la bombacha de M., se advierte que el tribunal no les ha otorgado el peso adecuado.

En efecto, que el semen hallado en el guardapolvo no sea genéticamente analizable y que el hallado en la bombacha no sea de otros sujetos –distintos que D.– no mejora la situación del acusado, como pareciera inferir el a quo, sino que sólo no lo empeora.

Es decir, a los efectos de la valoración integral de la prueba indiciaria, los datos relevados por el tribunal no tienen un contenido desincriminante, sino un contenido neutro.

Por su lado, las variables utilizadas por el tribunal para explicar la presencia de ADN de R. D. en el pantalón de M. se muestran, en principio, susceptibles de factibilidad, pero su contemplación como hipótesis alternativas es arbitraria.

En realidad, el tribunal ha igualado alternativas explicativas de esa prueba de ADN que no se encuentran en igualdad de condiciones puesto que, si bien todas ellas son posibles en términos fácticos, la realidad es que no existe ni una sola prueba que permita pensar en un almuerzo mantenido entre la víctima y el acusado o en un encuentro en el que éste hubiese tosido, estornudado o esputado.

Si bien es cierto que los familiares de ambos acusados aseveraron que M. y D. se conocían por la relación clandestina que éste mantenía con la madre de la niña y por las visitas que ambas hacían al barrio o el domicilio de D. –circunstancia no contradicha por las partes del juicio, ver fundamentos, fs. 3.710 vta.–, ello, sin más, no agrega ningún tipo de información respecto de un encuentro, cercano en el tiempo a la desaparición de M., en el que el rastro de ADN del acusado haya terminado en el pantalón de la niña en virtud de dichas alternativas factibles.

En este sentido, también tiene que destacarse que la imposibilidad de determinar la antigüedad de la mancha con ADN de D. o la fecha desde la que no se lavaba el jogging de M., no son datos que arrojen dudas plausibles sobre la hipótesis acusatoria.

En efecto, de determinarse una antigüedad lejana o cercana a la desaparición o a cualquier encuentro –constatado– de M. con D., el tribunal podría haber hecho valoraciones de contenido desincriminatorio, pero la falta de ese dato no permite tal postura, ni una que inculpe al acusado, sino que sugiere un peso o valor neutro a efectos de la valoración indiciaria.

Esas posibles explicaciones contempladas por el tribunal han sido valoradas como relevantes, pero sin prueba de apoyo, lo cual implica una posición arbitraria frente a la interpretación de uno de los principales elementos de cargo.

Por el contrario, la primera hipótesis –que el ADN de R. D. se explique por su intervención en el hecho criminoso–, es una hipótesis que se encuentra rodeada de otros elementos que la fortalecen frente a la falta de toda otra explicación apoyada en pruebas.

Por un lado, debe considerarse que M. R. fue hallada en un piletón de una bodega en Guaymallén con el uniforme de colegio con el que fue vista por última vez; es decir, vestida con el mismo pantalón donde se encontró una mancha con ADN de R. D.. Esta circunstancia debilita las hipótesis valoradas por el tribunal como alternativas válidas.

Que M. utilizó, en un almuerzo familiar, el mismo pantalón con el que fue al colegio el día 11 de mayo y con el que luego fuera encontrada el 17 de mayo, y que en dicho almuerzo el acusado se cortó y derramó sangre, o estornudó, o tosió sobre dicho pantalón, es una posibilidad muy débil si no existen elementos de prueba que la apoyen.

Más aún, el examen de ADN fue analizado en el punto 8.1.I de la sentencia y en el apartado inmediato anterior (punto 8.1.H) se trató el hallazgo de los cuadernos de la niña en un descampado cercano al domicilio del acusado.

Si bien ambos puntos son subsiguientes en la sentencia, no existe ningún esfuerzo en ella por explicar o contemplar un posible puente inferencial que los conecte, cuando la relevancia de una conexión era evidente para la acusación.

Si el tribunal hubiese analizado la prueba indiciaria como tal, es decir, no de manera fragmentada sino integrada, debería haber tenido en cuenta que las alternativas que ofreció siguen diferenciándose en cuanto a su probabilidad de acontecer.

Dicho en otras palabras, el tribunal no contempló una hipótesis alternativa integral de estos elementos capaz de controvertir el peso que la acusación le había dado a ambos datos.

Al revertir la ecuación surge que el hallazgo de los elementos escolares de la niña en tal lugar no generaría, por sí solo, ninguna sospecha.

Pero, si una persona, cuyo ADN se encontraba en una mancha hemática presente en el jogging que vestía la víctima al momento de su desaparición y de su muerte, reside en las cercanías de dicho hallazgo, ese elemento se resignificaría.

Dicho esto, en otros términos, en la valoración de las alternativas plausibles que explican el examen de ADN referido, y a fin de evaluar su real peso de cargo, el tribunal debió contrastar la teoría del caso de la acusación con otra hipótesis distinta que también contemplara el hallazgo de elementos personales de M.. Tal operación no ha sido practicada. La motivación insuficiente de la sentencia se acentúa si se observa cómo el tribunal ha valorado otros elementos probatorios de la hipótesis acusatoria

En este sentido, se ha corroborado que M. llevaba consigo su tarjeta Red Bus al momento de su desaparición, pues existe un viaje registrado hacia la zona de su casa el día 11 de mayo a las 17:16 horas, es decir, a pocas horas de su desaparición.

Ese dato coincide con el relato de M. C. R., que declaró que a esa hora llevó a M. y a su amiga K., a su casa. A ello debe agregarse un dato: esa tarjeta fue usada el día 25 de mayo para realizar un trayecto en la línea... en Las Heras–.

Ahora bien, si M. llevaba su tarjeta cuando desapareció, y esa tarjeta fue empleada luego de su muerte, se pueden afirmar dos extremos: M. no fue quien la usó el 25 de mayo sino alguien más, y quien la usó debió haber entrado en contacto de algún modo con la niña luego de su desaparición.

El tribunal de sentencia entendió que las personas que pudieron usar el abono de la niña son varias. En concreto, consideró que la madre podría haber usado el abono de la hija para manejarse cotidianamente,

como hacía antes de su desaparición, o que pudo haber sido D., o una tercera persona (ver fundamentos, fs. 3.717).

Nuevamente, éste ha sido un análisis aislado de un elemento probatorio, pues no se advierte ningún contraste global trazado con los elementos ya mencionados. Independientemente de la relevancia que la acusación le ha dado al hecho, de que el tramo para el cual se usó el abono tiene por destino-origen el distrito de..., es decir, la zona donde fueron encontrados los cuadernos de M., y que este lugar se encuentra cerca de la residencia de una persona cuyo ADN se encontró en el pantalón de la niña, el tribunal debió conectar los indicios referidos para determinar su real peso de cargo.

El tribunal remarcó también contradicciones entre la declaración de M. R., en tanto que la acusada dijo que el día de los hechos fue a su trabajo y se enteró de la desaparición de la niña cuando llegó a su casa, y la de su concubino H. F., quien refirió que «nosotros volvíamos a esa hora», haciendo referencia a que llegaron juntos él y M..

Frente a tal discordancia, el tribunal sostuvo que ella podría haber sido un elemento que corroborara la participación de M. R., pero que eso se había frustrado porque no se evacuaron adecuadamente las citas (ver fundamentos, fs. 3714 vta.).

Este argumento resulta censurable, puesto que sólo considera que son útiles para sostener la acusación, aquellos elementos probatorios que categóricamente permitan incriminar a los acusados, y descarta toda utilidad en la medida en que no cumplan esa función.

Ciertamente, una evacuación de citas hubiese facilitado la tarea.

Aun así, las contradicciones advertidas en la declaración de la acusada debieron ser valoradas junto con los demás elementos probatorios a fin de determinar su valor.

Dicho de otro modo, el hecho de que la investigación podría haber aportado mayores datos no significa que los ya recolectados no tengan entidad para contribuir al esclarecimiento del hecho en cuanto a la intervención de los acusados.

Esto se ve claramente cuando, al analizar el argumento del órgano acusador sobre la tardanza de M. R. en salir a buscar a su hija, el tribunal afirmó que «el verdadero obstáculo al argumento fiscal es que no ha demostrado que la señora R. estuviera en su casa entregando a M. a manos de D.. No ha acreditado que la encausada, por ejemplo, estuviera escondida cerca de la esquina con D. y allí la interceptaran» (ver fundamentos, fs. 3715).

Contrariamente a lo allí sostenido, esta Sala ha dicho que «la declaración de certeza sobre la participación del imputado puede basarse no sólo en pruebas directas sino también en elementos de convicción indirecta, entre los cuales se destacan los indicios, los cuales son las pruebas indirectas por excelencia» (LS 436-147).

De tal modo, no era necesario que la acusación aportara prueba que incriminara directamente a R. y D., es decir, que contáramos, por ejemplo, con un testigo presencial que afirmara haber visto a la acusada entregar a su hija. Indirectamente, a través de indicios, también es posible concluir afirmativamente sobre la intervención en un hecho.

En resumen, las valoraciones hechas indican que la sentencia impugnada adolece de vicios claros.

Por un lado, se tiene un conjunto de indicios que han sido valorados de manera aislada, fragmentada y parcializada, y que debieron ser analizados conforme las reglas de la sana crítica racional, es decir, de manera integral y en contraste con otras hipótesis alternativas racionales.

Por otro lado, se ha omitido considerar el alcance de las contradicciones en que incurrieron los imputados en sus declaraciones, y, con ello, determinar si fortalecían o no la versión acusatoria.

Todo ello ha derivado en la adopción de una decisión arbitraria, y por consiguiente nula, que demanda la reedición de un nuevo debate.

En función de lo expuesto, considero que debe contestarse afirmativamente la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio y Dr. Adaro. Adhieren

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y MARIO D. ADARO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Atento al resultado de la cuestión previa, corresponde acoger el recurso presentado por el representante del Ministerio Público Fiscal y anular el debate, la sentencia y sus fundamentos, originarios de la entonces Séptima Cámara del Crimen.

En consecuencia, deben remitirse las presentes actuaciones al Tribunal Penal Colegiado correspondiente a fin de que la OGAP determine el tribunal que habrá de intervenir en la realización del nuevo debate. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Acoger el recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal, y, en consecuencia, anular el debate, la sentencia n° 4.699 y sus fundamentos, originarios de la entonces Séptima Cámara del Crimen.
- 2.- Remitir las presentes actuaciones al Tribunal Penal Colegiado correspondiente a fin de que la OGAP determine el tribunal que habrá de intervenir en la realización de un nuevo debate.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro.

39- GRAIN y ot.. 19-10-20.

| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
|-----------|----|----|------|--------|---------|---------|----------|---------|---------|---------|------------|-------------|---|------------|
| | | | | | | | | | | | | | | 474 |
| VG | - | - | | - | - | - | A | - | - | - | -3° | - | - | 353 |

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201019_FcGME.pdf

Lex: Art. 124 del CP. Art. 59, inc. 3°; 62, inc. 2° y 67 del CP. Art. 353 del CPP. Ley 26485. Ley 24632. Convención Belem Do Pará. Ley 25990 – modificatoria del art. 67 del CP–.

Vox: VG. Abuso sexual seguido de muerte. Acceso carnal. Actos interruptivos. Extinción de la acción penal. Prescripción. Violencia de género. Perspectiva de género.

Summa:

El **TPC** dispuso el sobreseimiento de A M E V abuso sexual con acceso carnal seguido de muerte (arts. 124 del CP, según redacción Ley 11.179), por haber operado la extinción de la acción penal por prescripción, de conformidad con lo dispuesto por el art. 59, inc. 3°; 62, inc. 2° y 67 del CP y art. 353 del CPP.

El **MPF** y la parte **querellante** interponen recurso de casación.

El **Procurador General** mantiene el recurso casatorio promovido por la Fiscalía.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 650, pronunciada por el TPC N° 1- 2° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Ochoa Campos.

b-CSJN

Doctrina citada

Parágrafos destacados

SCJM. Dr. **Garay.** Dra. Isuani. Dra. Miquel.

Fallo.

CUIJ: 13-05058678-7/1((028601-5294)) FC/ G M E V, E A E G I P/ ABUSO SEXUAL C/ ACCESO CARNAL AGRAVADO (5294) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105224683*

En Mendoza, a los diecinueve días del mes de octubre del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05058678-7/1 caratulada “F. C/ G, M Y OTS. P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL SEGUIDO DE MUERTE S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. DALMIRO F. GARAY; segundo, DR. MARINA ISUANI y tercero, DR. SILVINA MIQUEL.

El representante del Ministerio Público Fiscal interpone recurso de casación contra la sentencia N° 650, mediante la que se dispuso el sobreseimiento de A M E V abuso sexual con acceso carnal seguido de muerte (arts. 124 del CP, según redacción Ley 11.179), por haber operado la extinción de la acción penal por prescripción, de conformidad con lo dispuesto por el art. 59, inc. 3°; 62, inc. 2° y 67 del CP y art. 353 del CPP.

El pronunciamiento cuestionado fue dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Segunda Circunscripción Judicial en estos autos N° 5294/140141.

De igual modo, el representante de la querellante particular deduce recurso de casación contra la resolución precedentemente individualizada.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobres costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. DALMIRO F. GARAY, DIJO:

1.- La sentencia recurrida

El tribunal impugnado resolvió del modo precedentemente señalado, por entender que «[...] analizadas las presentes actuaciones a los efectos de resolver sobre la prescripción de la acción penal respecto de los imputados V D E, A M E e I A G, se desprende que a los nombrados se les atribuyó el delito de ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL SEGUIDO DE MUERTE –a los términos del artículo 124 del Código Penal–, delito que se encontraba reprimido con pena de reclusión o prisión de quince a veinticinco años cuando resultare la muerte de la persona ofendida.

El último **acto interruptivo es la citación a juicio** de fecha 12 de mayo de 2005 (fs. 990) [...] Corren agregados los informes de antecedentes expedidos por U.E.R. –Reincidencia– de los imputados a fs. 3197, 3199 [y] 3201, de los que no surge que los mismos registren antecedentes condenatorios [...]

Por [lo que] debe concluirse que en la presente causa se ha producido la extinción de la acción penal, por prescripción, respecto de los nombrados; y en consecuencia, corresponde ordenar su sobreseimiento (arts. 59 inc. 3°; 62 inc.2 y 67 del C.P., y art. 353, corr. conc. del C.P.P.) [...]» (resolución, fs. 67/68).

2.- El recurso de casación de la representante del Ministerio Público Fiscal

El recurrente promueve su impugnación a tenor de lo dispuesto por el art. 474, incs. 1 y 2 del CPP, esto es, por considerar que existen vicios in iudicando e in procedendo en la resolución que cuestiona.

Con relación a los agravios formales, el representante del Ministerio Público Fiscal considera que la resolución cuestionada es nula –en los términos del art. 416, incs. 2 y 4 del CPP– por carecer de la

enunciación del hecho objeto de la acusación o la determinación circunstanciada de las circunstancias que el tribunal estimaras acreditados y por no haberse analizado elementos probatorios de valor decisivo, omitiéndose la aplicación de las reglas de la sana crítica racional.

En ese orden, señala que la sentencia de sobreseimiento cierra irrevocable y definitivamente el proceso con relación al imputado a cuyo favor se dicta y que en ella debe analizarse, siempre que fuere posible, las causales en el orden dispuesto en el art. 353 del CPP, lo que no se ha cumplido en autos.

Expresa que el fallo cuestionado al no enunciar el hecho que fue objeto de la acusación vulnera un extremo fundamental para el ejercicio y resguardo de garantías constitucionales del proceso penal. Sostiene que la cuestión es central porque si el tribunal parte de una insuficiente calificación legal –como entiende que ha ocurrido en autos– el cómputo del plazo de prescripción habría operado, pero si pondera los hechos con su real alcance y con justo encuadramiento típico la acción penal estaría vigente.

Así, afirma que los hechos investigados constituyen el delito de homicidio agravado por ensañamiento y por ser *criminis causae*, en concurso real con abuso sexual agravado, en perjuicio de Silvia Noemí Paula Toledo. El impugnante considera que, conforme dispone el **art. 373 del CPP**, el tribunal es soberano para calificar el hecho de manera distinta a la calificación legal obrante en la pieza acusatoria, ejerciendo el **principio iura notiv curia** y desarrolla argumentos tendientes a demostrar que la calificación que propone se adecua a los elementos de prueba incorporados a la causa. De tal manera refiere que en la sentencia de sobreseimiento se ha incurrido en inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva al no haber calificado legalmente los hechos como se propone.

Señala que para la fecha del hecho se había sancionado y publicado la **ley 24.632** y que, en función de ello, mediante la resolución impugnada se habrían incumplido las obligaciones asumidas por el Estado argentino en materia de violencia de género por basarse en una calificación legal sin perspectiva de género.

En función de ello, solicita se anule la sentencia de sobreseimiento y se declare aplicable al caso **la Ley 9.106 de juicio por jurados populares**, aportando las razones en las que funda esta última petición.

3.- El recurso de casación del representante de la querellante particular

El recurrente también promueve su impugnación a tenor de lo dispuesto por el art. 474, incs. 1 y 2 del CPP., esto es, por considerar que existen vicios *in iudicando* y vicios *in procedendo* en la resolución que cuestiona.

En primer lugar, sostiene que la resolución cuestionada es nula, ya que carece de fundamentación. Ello, en tanto se basa en una sentencia de este Tribunal que no se encuentra firme y consentida, por haberse interpuesto queja por recurso extraordinario federal denegado ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En torno a este agravio, expresa también que el a quo erróneamente le otorgó efecto extensivo a la sentencia de esta Suprema Corte de Justicia con relación a *I A s G*, toda vez que éste no adhirió al recurso de casación interpuesto por la defensa de *V E y A E*.

Entiende que la resolución es contraria a la «Convención de Belem do Pará», ratificada por nuestro país mediante ley 24.632, porque impide que una mujer sometida a violencia pueda tener un juicio oportuno y acceso efectivo a la justicia.

En segundo lugar, considera que el pronunciamiento impugnado es absolutamente nulo, toda vez que no contiene la enunciación circunstanciada del hecho que fuera objeto de la acusación, conforme establece el art. 416, inc. 2° del CPP.

Con a relación a este agravio, el recurrente expresa que tiene fundamental importancia puesto que permite al Tribunal determinar la calificación legal que corresponde y, con base en ella, verificar si se operó la prescripción.

En ese orden, sostiene que la calificación legal contenida en la acusación o en el auto de elevación no vincula al Tribunal, de acuerdo con lo establecido por el art. 413 del CPP y que la «justa calificación» del hecho es la de homicidio agravado (art. 80, inc. 7 del CP) en concurso real con la figura del art. 124 del CP. Por lo que, según entiende, deben computarse el plazo de quince años a los fines de la prescripción (art. 62, inc. 1° del CP). En tercer lugar, señala que en la sentencia de sobreseimiento no se han valorado elementos probatorios con valor decisivo que no tienen relación alguna con la calificación legal tomada como válida por el tribunal. Finalmente, destaca que la resolución impugnada desconoce la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza que encuadró el caso dentro de lo que se denomina **«violencia de género»**, como surge de la sentencia de fs. 2859/2874 de autos; y que, al dictar el sobreseimiento sobre la base de una calificación legal sin perspectiva de género, el a quo se aparta de lo ordenado por este Tribunal en aquella sentencia. En virtud de ello, solicita se haga lugar al recurso, se anule el fallo cuestionado y que se aplique al proceso la ley 9.106 de juicio por jurados populares. Formula reserva del caso federal.

4.- Vista a la defensa de los imputados Víctor E Verdugo y de A E Verdugo

La defensa técnica de los imputados, al contestar la vista conferida, solicita que se rechace in limine el recurso intentado por el Ministerio Público Fiscal, por considerar que los agravios que plantea no contienen el presupuesto mínimo para criticar la sentencia impugnada.

Con relación al planteo de nulidad de la sentencia por la supuesta falta de enunciación del hecho y porque no se consideraron las acciones de ejecución y consumación de los hechos delictivos, sostiene que de atenderse lo alegado se afectaría el principio de preclusión al pretenderse que el tribunal de sentencia analice los hechos y la prueba sin hacer el debate. Señala que **el fiscal confunde sobreseimiento con absolución**.

Asimismo, sostiene que la petición del recurrente en referencia a que el a quo debió analizar las causales de sobreseimiento tendría por resultado remontarse a la etapa de la instrucción y pretender un cambio de calificación más gravosa en la instancia por la que transitaba la causa afectaría el principio de congruencia.

Desde otro aspecto, pone de resalto que lo relativo a la violencia de género fue planteado y tratado oportunamente, sin que la decisión fuera cuestionada por ese Ministerio Público Fiscal, por lo que no corresponde volver sobre el tema en el presente recurso.

Considera, además, que la petición de cambio de calificación y aplicación al caso del juicio por jurados resulta incompatible con la legislación penal de menores.

Destaca que la resolución recurrida es una sentencia operativa, consecuencia lógica de la extinción de la acción penal determinada oportunamente por este Tribunal.

En lo que concierne a la impugnación deducida por el querellante particular, considera que no puede ser admitida respecto de los menores de edad, atento a que la legislación especial no lo admite (**arts. 119 y 120, Ley 6354 y art. 103 del CPPM**).

Expresa que es inadmisibles sostener que se ha violentado la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva, ya que es un tema tratado y resuelto por este Tribunal y, además, que en caso de conflicto de intereses, es el interés superior del niño debe primar.

Por último, destaca que el a quo dictó la resolución que aquí se recurre como consecuencia de la sentencia emitida por esta Suprema Corte de Justicia y que, en virtud de la disposición del superior, la jurisdicción del sentenciante quedó limitada a la solución impugnada.

En función de los argumentos desarrollados, solicita se rechacen los recursos de los acusadores público y privado.

5.- Dictamen del Procurador General

En oportunidad de emitir su dictamen, el Procurador General mantuvo el recurso de casación deducido por el representante de ese Ministerio Público Fiscal y se remitió a los argumentos brindados por aquél al momento de su interposición.

6.- La solución del caso

Voto Dr. Garay. Preopinante.

Por diversas razones estimo que corresponde rechazar los recursos de casación deducidos por el representante del Ministerio Público Fiscal y por el representante de la querellante particular, conforme se explicará a continuación.

En forma preliminar, estimo oportuno señalar que si bien la defensa de los imputados entiende que corresponde rechazar formalmente el recurso deducido por la acusadora privada, deviene inoficioso expedirme al respecto teniendo en cuenta la solución que propicio.

A fin de dar un tratamiento ordenado a sus planteos recursivos, resulta conveniente reseñar los motivos de agravio deducidos por cada uno de los recurrentes.

Así, los cuestionamientos desarrollados por el acusador público se refieren a: a) la nulidad de la sentencia por carencia de enunciación del hecho y omisión de valoración de elementos de prueba con valor decisivo; b) falta de observancia del orden dispuesto en el art. 353 del CPP al dictar el sobreseimiento; c) desacertada declaración de prescripción por basarse en una calificación legal insuficiente y por haber omitido el sentenciante aplicar el principio *iura novit curia*; y d) errónea aplicación de la ley penal sustantiva por inobservancia de la perspectiva de género.

Por su lado, los agravios del representante de la acusación privada consisten en: a) la nulidad del fallo impugnado por basarse en una resolución que no se encuentra firme; b) la errónea extensión de los efectos del recurso de los imputados E al imputado I A G; c) la contradicción de la sentencia impugnada con las disposiciones de la «Convención de Belem do Pará», por impedir que una mujer sometida a violencia pueda tener un juicio oportuno y efectivo acceso a la justicia; d) la nulidad de la sentencia por no contener la enunciación circunstanciada del hecho objeto de la acusación; e) la falta de valoración de elementos de prueba con valor decisivo, lo que incide en la adecuada calificación legal y en el cómputo de la prescripción; y f) desconocimiento del sentenciante en relación a lo resuelto por esta Suprema Corte de Justicia mediante sentencia agregada a fs. 2859/2874 de autos. Teniendo en cuenta la precedente reseña de agravios casatorios, resulta oportuno proceder a su análisis conforme tal detalle.

1.- Recurso del representante del Ministerio Público Fiscal

a) Acerca de la nulidad de la sentencia por falta de enunciación del hecho objeto del proceso y por omisión de valoración de elementos de prueba.

Con relación a este punto de agravio, no puede perderse de vista, en primer lugar, que la resolución emanada del Tribunal Penal Colegiado de la Segunda Circunscripción Judicial constituye una sentencia de sobreseimiento dictada en cumplimiento de lo dispuesto por este Tribunal mediante el fallo recaído en autos 13-04289879-6/1.

En efecto, la referida resolución dispuso «[r]emitir las actuaciones al tribunal de origen a los fines de que, previa comprobación de la inexistencia de otra causal interruptiva del curso de la prescripción de la acción penal -art. 67, 4° párrafo inc. a) del C.P.-, se pronuncie sobre la vigencia de la acción penal y, en su caso, dicte el correspondiente sobreseimiento [...]» (fs. 103).

Esta circunstancia pone de resalto que el a quo, al dictar la sentencia que aquí se recurre, se limitó a dar cumplimiento a lo ordenado por este Tribunal y a resolver sólo la cuestión sometida a su consideración, esto es la vigencia de la acción penal ejercida en estas actuaciones.

En segundo lugar, corresponde aclarar que si bien el recurrente reclama que en la referida resolución se habría omitido enunciar el hecho investigado, conforme exige el art. 411 del CPP, la norma que debe ser observada en el dictado del sobreseimiento por prescripción no es la invocada por el representante del Ministerio Público Fiscal, sino el art. 354 de aquel cuerpo legal.

Ello, toda vez que el art. 411 del código de procedimientos –en función con el art. 416 del CPP– resulta aplicable a las sentencias que deben dictarse como consecuencia necesaria de la celebración de un debate oral y público, pero no respecto de los sobreseimientos que se dicten por verificarse alguna de las causales previstas en el art. 353 del CPP.

El agravio bajo estudio revela una errónea interpretación de la normativa aplicable, derivada de las modificaciones producidas en el código de rito de esta provincia de Mendoza como consecuencia del dictado de la ley 6.730.

Al respecto, debe señalarse que la ley 1.908, vigente con anterioridad a la reforma aludida, establecía en el **art. 344 del CPP** que «[e]l sobreseimiento se resolverá por auto, en el cual se analizarán las causales, en lo posible, por el orden enumerado en el artículo anterior», texto que la ley 6.730 tan sólo modificó en lo referente al tipo de resolución mediante la que debía instrumentarse el sobreseimiento, pero mantuvo los demás recaudos exigidos por el antiguo sistema, lo que –a su vez– no ha sido alterado a través de las posteriores modificaciones legislativas.

Así, el **art. 354 del CPP** que regula actualmente la forma en que debe dictarse el sobreseimiento expresa que «se dispondrá por sentencia, en la que se analizarán las causales, siempre que fuere posible, en el orden dispuesto por el artículo anterior». Los defensores de este cambio lo sustentaban en argumentos comunicativos (estadísticos), en el sentido que las causas terminadas mediante auto reflejaban estadísticamente una respuesta de baja calidad de la justicia, porque era la forma como se hacía con los incidentes durante el proceso, y que toda resolución definitiva de las mismas debía agruparse bajo de denominación de sentencia.

En otras palabras, el dictado del sobreseimiento basado en las causales previstas en el art. 353 del CPP deberá hacerse mediante sentencia, pero observándose idénticos recaudos a los que debían tenerse en cuenta al dictarse auto de sobreseimiento, durante la vigencia de la ley 1.908.

Y esa es la manera en la que ha sido acogido el texto incorporado por ley 6.730 por los tribunales de esta provincia que, casi sin excepción, dictan sentencias de sobreseimiento de acuerdo con estos parámetros y con la extensión y contenido que corresponda según la causal y la particular circunstancia a resolver, conforme se explica en apartados posteriores.

Debe señalarse también que la plataforma fáctica intimada surge con claridad del requerimiento de elevación a juicio de la presente causa, como también la calificación legal en la que el órgano acusador encuadró los hechos investigados y en función de la cual se efectuó el cómputo del plazo de prescripción, tal como surge del resolutivo del fallo impugnado.

En virtud de ello, entiendo que no existe una ausencia del relato de los hechos en la resolución atacada, en tanto el a quo se ha remitido a la descripción obrante en la pertinente pieza acusatoria y, en consecuencia, el planteo bajo estudio no posee la entidad que le asigna el recurrente y tampoco vicia de nulidad la sentencia como se peticiona.

En tercer lugar, el representante del Ministerio Público Fiscal pretende también la nulidad de la sentencia impugnada fundándose en una supuesta omisión de valoración de los elementos de prueba reunidos en la causa. Sin embargo, el recurrente omite considerar que la instancia en la que se ha dictado el sobreseimiento que se cuestiona y la causal en la que éste se basa no requieren la ponderación que alega. En efecto, la sentencia recurrida se ha dictado con posterioridad al requerimiento de elevación a juicio y en una etapa previa a la sustanciación del debate oral y público; actos procesales – requerimiento acusatorio y debate– en los que necesariamente corresponde analizar los elementos de prueba obrantes en la causa para ponderar si existe mérito suficiente para llevar la causa a juicio –en el primero de ellos– o si de la prueba producida durante las audiencias de debate surge la acreditación del hecho y autoría del imputado de manera suficiente para el dictado de una condena.

Es decir que el sobreseimiento que aquí se resiste no es el producto de una tarea valorativa, puesto que no se ha producido en una etapa procesal que la requiera. Así, la resolución aludida no es consecuencia de un caudal probatorio desincriminante –que tan sólo podría derivar de la ponderación de los elementos de prueba en la etapa del proceso que corresponda–, sino de haberse operado la prescripción de la acción penal con relación a los imputados individualizados en la sentencia, lo que no requiere ninguna ponderación de plexo probatorio incorporado.

Estas circunstancias revelan que la omisión denunciada tampoco conduce a la declaración de nulidad del fallo atacado y, por ello, corresponde el rechazo del agravio que la vehiculiza.

b) Sobre la observancia del orden establecido por el art. 353 del CPP

Respecto de este cuestionamiento, cabe referir que se encuentra estrechamente relacionado con los argumentos desarrollados en el punto anterior. Resulta oportuno recordar que el art. 354 del CPP establece que al dictarse el sobreseimiento se analizarán las causales en el orden dispuesto en el artículo anterior «siempre que fuere posible».

Es decir que, existiendo más de un motivo para dictar el sobreseimiento, corresponderá –si resultare factible– primero expedirse en torno a la inexistencia del hecho o que la autoría de este no puede serle atribuida (art. 353, inc. 1° del CPP); luego, a su atipicidad, si correspondiere (art. 353, inc. 2° del CPP); y de ese modo en relación a cada una de las causales en el orden establecido, pero siempre que fueren varias. En el caso que nos ocupa, ningún sentido tenía analizar las causales en el orden previsto por la norma referida, puesto que el motivo en el que se sustentó el sobreseimiento impugnado era sólo uno, esto es la extinción de la pretensión penal (art. 353, inc. 4 del CPP).

Sobre ello debe tenerse presente que en nuestro sistema jurídico vigente la prescripción de la acción extingue la potestad represiva (punitiva) del Estado y, con ello, cualquier posibilidad de expresarse sobre el asunto. Por ello, considero que el planteo aquí analizado no requiere mayor análisis y, en consecuencia, no puede prosperar.

c) Acerca de la calificación legal en que se basó la declaración de prescripción

Sobre este agravio, el recurrente postula que el sobreseimiento por prescripción es erróneo por haberse computado el plazo de prescripción basándose en una calificación legal incorrecta, de acuerdo con los elementos de prueba obrantes en la causa; y que tal encuadre típico debería haber sido corregido por el a quo en función del principio iura novit curia.

En tal sentido y luego de hacer una ponderación de los elementos de prueba que considera relevantes, el impugnante refiere que la calificación adecuada es la de homicidio agravado por ensañamiento y por ser *criminis causae*, en concurso real con abuso sexual agravado y que, en función de ello, la acción penal no se encontraría prescripta.

No obstante el esfuerzo argumental del recurrente, considero que las razones invocadas no resultan atendibles en esta instancia. Al respecto, cabe hacer algunas aclaraciones.

En primer lugar, la calificación legal que ha sido tomada en cuenta por el a quo para pronunciarse con relación a la vigencia de la acción penal es aquella en la que el entonces representante del Ministerio Público Fiscal encuadró los hechos objeto del proceso, la que oportunamente fue intimada a los imputados de la causa y en relación con la cual ejercieron su derecho de defensa.

Así, tal como surge del avoque; de las actas de declaración indagatoria de A E, de V E y de I G agregadas a fs. 160/162; de los autos de procesamiento de los imputados referidos, obrantes a fs 373/376 vta., fs. 465 y vta. y a fs. 629/639; y del requerimiento de elevación a juicio respecto Víctor E, A E e Iván G de fs. 1033/1039 vta., el delito cuya comisión se les atribuyó es el de abuso sexual con acceso carnal seguido de muerte –art. 124 del CP (texto conforme ley anterior a la 25.893)–.

Es decir, que la sentencia de sobreseimiento cuestionada ha sido dictada en función del encuadre legal definido oportunamente por el Ministerio Público Fiscal, más allá que su actual representante, mediante un cambio de criterio, pretenda mutar la calificación legal intimada en una etapa procesal en que tal actividad se encuentra vedada.

Ello, debido a que la acusación ya ha sido circunscripta a determinadas circunstancias de hecho y de derecho respecto de las cuales los imputados desplegaron su estrategia defensiva. Es que como surge de las constancias de la causa, la fase de investigación se desarrolló y fue clausurada en el marco de una determinada calificación legal, respecto de la cual se ejercieron todos los actos de defensa que los representantes legales de los imputados –y ellos mismos– consideraron pertinentes en función de tal figura típica.

Cualquier modificación de aquella acusación – en cuanto a las circunstancias fácticas o jurídicas– sólo sería posible en una etapa en que se garantice a aquéllos el respeto del debido proceso, del principio acusatorio y del derecho de defensa, y, en virtud de ello, siempre que se reunieran los recaudos exigidos por la ley de rito, conforme prevén los arts. 391, 392 y 413 del CPP.

De tal manera, no puede soslayarse que la etapa de investigación ya precluyó y que, siendo así, el momento procesal oportuno para que el cambio de calificación alegado por el recurrente fuese viable no es otro que durante el desarrollo del debate oral y público, momento en que –de prosperar su pretensión– los imputados puedan ser nuevamente intimados y desarrollar una nueva estrategia defensiva de acuerdo al nuevo encuadre jurídico; y que, a pesar de todas las recomendaciones de este Tribunal, hasta el momento no se ha llevado a cabo.

Siendo así, el órgano acusador no puede pretender que el tribunal de la instancia anterior aplicara el **principio iura novit curiae**, regulado por el art. 413 del CPP, con anterioridad a la celebración del juicio propiamente dicho y sin dar oportunidad a los imputados de que ejerzan las facultades inherentes a su defensa. Con mayor razón cuando la jurisprudencia, en forma unánime, no acepta la aplicación de ese principio en la forma establecida en la norma invocada y como pretende el quejoso.

En otras palabras, no resulta atendible la petición del recurrente tendiente a que el juez modifique de oficio y en forma más gravosa la calificación legal del Ministerio Público Fiscal –órgano que tiene la responsabilidad funcional de hacerlo–, en tanto vulneraría el sistema acusatorio –y más aún uno de tipo

adversarial como actualmente tenemos establecido–, pretendiendo que el juzgador retrógradamente asuma funciones propias de los jueces del sistema inquisitivo atenuado o mixto – característicos de la vieja legislación de la ley 1908– y, con ello, viole expresamente las garantías de independencia, imparcialidad, imparcialidad y debido proceso.

Asimismo, no puede dejar de señalarse que, si bien la acusación en las etapas procesales críticas de este proceso no fue ejercida por su actual representante, el principio de unidad de actuación del Ministerio Público Fiscal (art. 3, inc. 1° de la ley 8008) impide que la acusación varíe a largo de la tramitación de una causa en función del criterio que asuma cada uno de los representantes de la acusación pública que ejerzan el cargo, si no se garantiza –al menos– el derecho al contradictorio y demás principios que inspiran el sistema penal.

Desde otro aspecto, y aun cuando se encuentra consolidado el criterio según el cual «para establecer el término de la prescripción de la acción en un proceso penal debe estarse a la pena del delito más severamente reprimido de los atribuidos al inculpaado y a la posible calificación más gravosa que razonablemente pueda corresponderle», lo cierto es que esa calificación más gravosa será tenida en cuenta siempre que no haya sido invocada al solo efecto de evitar que se declare prescripta la acción, conforme sostuvo la CFCP, Sala III, en el **precedente “Galarza” del 6/02/2003. En similar sentido, CNCP, Sala II, fallo “Chammah” del 02/05/06; CNCyC, Sala I, fallo “Bobbioni” del 29/09/2018, fallo “Sosa de Aza” del 29/05/2019 y de Sala IV, fallo “Mayo”, del 03/10/18, entre otros.**

Cabe agregar, siguiendo esa línea de razonamiento, que el delito más «severamente reprimido» al que se hace referencia será uno de los que efectivamente se hayan «atribuido» al acusado –mediante el correspondiente acto de intimación– y respecto del cual haya podido ejercer sus derechos, lo que no ha ocurrido en autos en relación con la nueva calificación propuesta por el recurrente.

En virtud de ello, entiendo que el presente cuestionamiento debe ser rechazado en esta instancia, debiendo el acusador público esperar la etapa procesal oportuna para petitionar el cambio de calificación que alega.

d) Sobre la observancia de la perspectiva de género en la sentencia recurrida

En cuanto a este planteo, el recurrente expresa que la resolución cuestionada es, a su entender, nula porque mediante ella se habrían incumplido las obligaciones asumidas por el Estado Argentino a través de la sanción de la **ley 24.632** en materia de violencia de género, la que ya se encontraba vigente al momento de producirse el hecho investigado.

A mi modo de ver, y como se explicará a continuación, este argumento no puede prosperar.

Ello, teniendo en cuenta, por un lado, que el representante del Ministerio Público Fiscal que aquí recurre es quien ha calificado los hechos objeto del proceso desde los inicios de la investigación, encuadre jurídico que ha mantenido invariable a través de todas las incidencias y planteos que se han suscitado en la causa. Es decir que es el órgano acusador que representa el recurrente el que debió, en caso de corresponder, calificar los hechos con total observancia de los compromisos asumidos por el Estado; y no pretender que un Tribunal que tiene limitada su jurisdicción al análisis de un planteo de prescripción mutara la calificación legal en una etapa en la que tal proceder le está vedado, conforme se explicó.

Por otro lado, no puede pasarse por alto que este Tribunal, mediante la sentencia agregada a fs. 2859/2874 vta. de las actuaciones principales N° 13-02842714-4, sí tuvo en cuenta las obligaciones asumidas por el Estado Argentino y, en función de ellas, entendió que los hechos investigados en estos obrados encuadraban en un caso de «violencia de género», por lo que la valoración del material probatorio incorporado debía efectuarse desde esa perspectiva particular.

Pero de ninguna manera modificó la calificación legal en la que oportunamente fue subsumido el caso por el órgano acusador y en función de la cual se desarrolló todo el proceso hasta la actualidad.

Desde otra perspectiva, corresponde agregar que el recurrente no explica de qué modo la ley 24.632 incidiría en las normas que regulan el instituto de la prescripción de la acción penal aplicadas al caso.

Ello, a fin de determinar en esta instancia si, en efecto, la legislación en materia de género ha modificado el sistema legal que regula la prescripción y si, en la presente causa, se efectuó una adecuada aplicación de ellas.

En síntesis, considero que el tribunal recurrido no ha incumplido ninguna obligación en tanto se limitó a corroborar si la acción penal se encontraba vigente, de acuerdo con la normativa de fondo, y el órgano acusador que aquí recurre no ha explicitado si esa normativa ha sido modificada por la legislación específica que invoca.

En función de tales consideraciones, entiendo que corresponde rechazar el recurso de casación deducido por el representante del Ministerio Público Fiscal.

2.- Recurso del representante de la querellante particular

a) Sobre la falta de firmeza del fallo en que se basa la sentencia recurrida

El acusador privado sostiene que la sentencia de sobreseimiento es nula en virtud de basarse en un fallo de este Tribunal que no se encuentra firme por haberse interpuesto queja ante la CSJN por recurso extraordinario federal denegado.

Al respecto, corresponde señalar que el rechazo del agravio se impone, de acuerdo con la jurisprudencia constante y pacífica de este Tribunal, a través de sus diferentes integraciones.

En efecto, este Cuerpo ha expresado que «la sentencia adquiere firmeza con el rechazo del recurso extraordinario federal interpuesto ante el tribunal superior de la causa.

En forma simultánea a esa calidad, y por haber pasado en autoridad de cosa juzgada, la sentencia condenatoria resulta ser inmutable y susceptible de ser ejecutada» (conforme sostuve en el precedente **“Ochoa Campos”**).

Y, con diferente integración, que «[l]a sentencia adquiere firmeza a los términos del artículo 66 del C.P., cuando una vez dictada no ha sido recurrida en los plazos establecidos por la ley, o cuando ejercitados los recursos correspondientes, los agravios son rechazados por el Tribunal Superior que corresponda.

Por ello, mediando la posibilidad de recurrir en instancia extraordinaria ante la Corte de Justicia de la Nación, mediante la interposición del Recurso Extraordinario Federal (ley 48 arts. 14 y 15) y siendo la Corte Provincial, la que tiene competencia para resolver sobre la viabilidad formal del recurso extraordinario federal, agota con ello su propia jurisdicción» (**fallos “Baigorria” e “Iracheta Tello”**).

Es decir que, una vez rechazado por este Tribunal el recurso extraordinario federal deducido contra la sentencia recaída en esta instancia, los jueces de la causa o quienes los subroguen – de ser el caso– deben dar cumplimiento a lo que en ella se ordena, como ha ocurrido en el caso sometido a estudio.

Así y tal como se ha expresado al analizar los planteos del acusador público, el tribunal a quo se limitó a dar cumplimiento de lo dispuesto por este Tribunal mediante la sentencia recaída en autos CUIJ N° 13-04289879-6/1, por lo que nada puede serle reprochado en ese sentido.

b) Acerca de la extensión de los efectos del recurso con relación al imputado I A G

El representante de la querellante particular se agravia por considerar que el sentenciante habría hecho extensivo erróneamente el sobreseimiento dictado con relación a V y A E en favor del coimputado G. E ,

en tanto refiere que este último no adhirió al recurso de casación que oportunamente dedujeron aquéllos y en función del cual se dictó la sentencia de sobreseimiento.

No obstante tal argumento, considero que quien interpreta de manera errónea la normativa aplicable es el recurrente.

Es que el art. 458 del CPP, que regula el efecto extensivo de los recursos en general, es muy claro al establecer que «[c]uando el delito que se juzgue apareciere cometido por varios coimputados, el recurso interpuesto en favor de uno de ellos favorecerá también a los demás, a menos que se base en motivos exclusivamente personales».

Como se advierte, la norma no exige para hacer efectiva la extensión del recurso que el coimputado a quien se beneficie con ella haya adherido al recurso de quienes efectivamente recurrieron.

Tan sólo requiere que la solución del caso que se hará extensiva no se funde en cuestiones «exclusivamente personales» de los coimputados que sí recurrieron.

Dicho de otro modo, ningún obstáculo legal existe en el presente caso para que el sentenciante haya analizado si la acción penal continuaba vigente también en relación con I A G, aun cuando la sentencia que este Tribunal oportunamente dictó no haya hecho referencia a él.

Ello por dos razones. La primera, porque –como se dijo– no es necesario que el coimputado haya adherido a un recurso para que se beneficie con la extensión de sus efectos; y, la segunda, porque la prescripción es un instituto de orden de público que debe ser analizado y, si corresponde, declarada en cualquier instancia del proceso, como ha ocurrido en las presentes actuaciones (art. 351, párrafo segundo del CPP, ley 6.730 – art. 341 primer párrafo, segunda parte del CPP, ley 1.908).

En virtud de lo expuesto, también corresponde el rechazo de este agravio. c) Sobre la observancia de las pautas establecidas en la Convención de Belem do Pará El recurrente sostiene que la sentencia de prescripción que impugna es contraria a la Convención de Belem do Pará y a la ley 24.632 que la ratifica, por impedir que una mujer sometida a violencia pueda tener un juicio oportuno y acceso efectivo a la justicia. Sobre este cuestionamiento, cabe señalar que no se advierte de qué manera la sentencia de sobreseimiento cuestionada y la resolución de este Cuerpo que le dio fundamento pueden resultar contrarias a la normativa alegada.

En ese orden, no puede soslayarse que, en la última oportunidad que la jurisdicción de este Cuerpo fue instada mediante recurso de casación, una de las cuestiones a dilucidar consistió en determinar si específicos actos procesales –como la nueva integración del tribunal– constituían actos con poder interruptivo del curso de la prescripción, en el marco de la ley 25.990 que el tribunal a quo consideró aplicable al caso y que ninguna de las partes objetó.

En ese contexto, este Tribunal entendió que, siendo aplicable la **ley 25.990** – modificatoria del art. 67 del CP–, el último acto con capacidad interruptiva en la presente causa era la citación a juicio agregado a fs. 990 del expediente principal y que, por ello, correspondía remitir las actuaciones al «tribunal de mérito a los fines de que, previa comprobación de la inexistencia de otra causal interruptiva del curso de la prescripción de la acción penal –art. 67, 4° párrafo inc. a) del código de fondo– declare prescripta la acción penal y dicte el correspondiente sobreseimiento» (fs. 102 de autos N° 13-04289879-6).

Como consecuencia de ese fallo, el tribunal hoy recurrido se limitó a aceptar la decisión de esta Corte referida a que el acto de integración de aquel tribunal no era válido como **causal interruptiva** del curso de la prescripción y a verificar la inexistencia de otro acto con tal capacidad –la comisión de algún delito, por ejemplo–, dictando, ante su ausencia, el sobreseimiento correspondiente.

En ambos pronunciamientos, como se señaló al tratar el recurso del representante del Ministerio Público Fiscal, ninguna consideración podía hacerse en torno a los delitos de género puesto que la cuestión a resolver era otra, concretamente, la vigencia de la acción penal al amparo de las normas que regulan la prescripción.

Y en torno a estas últimas, ninguno de los hoy recurrentes se pronunció respecto a la influencia que sobre ellas podía ejercer la legislación en materia de género.

En otras palabras, la instancia jurisdiccional –tanto de este Tribunal como del a quo– fue abierta en relación con un tema puntual, en virtud del cual recayó resolución, y los planteos que hoy se pretende fueran tratados no fueron introducidos por quienes los reclaman.

Por otro lado, no puede soslayarse que este Cuerpo cada vez que intervino, en cumplimiento de las normas nacionales e internacionales en materia de género, instó a la pronta resolución de la causa.

No obstante lo cual, hasta la fecha no se ha llevado a cabo la realización del debate oral y público respecto del imputado M G, con relación a quien la acción penal continúa vigente, En virtud de ello, el cuestionamiento bajo análisis tampoco puede prosperar.

d) Nulidad de la sentencia por omisión de enunciación del hecho y de valoración probatoria

En razón de ser los agravios aludidos coincidentes con los desarrollados en el punto a) del apartado anterior, me remito a ellos a fin de no reiterar idénticos argumentos. e) Acerca del desconocimiento del a quo de la jurisprudencia de esta Suprema Corte de Justicia Como último planteo, el representante de la querellante particular cuestiona que el tribunal de instancia anterior no ha tenido en cuenta al dictar el sobreseimiento que este Cuerpo encuadró el caso dentro de lo que se denomina «violencia de género».

En ese **orden, sostiene que el a quo no debió dictar un sobreseimiento basado en una calificación legal sin perspectiva de género.**

Considero que tampoco puede prosperar este agravio. Si bien es cierto que este Tribunal, con diferente integración, consideró que los hechos objeto del proceso debían encuadrarse dentro de los casos de violencia de género, no dispuso –como se señaló al tratar el recurso del acusador público– un cambio de calificación legal.

En efecto, lo que este Cuerpo sostuvo es que «el presente caso encuadra dentro de la denominada «violencia de género» según lo establecido por los arts. 1 y 2 de la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” por cuanto se trató de conductas que, de manera directa en virtud de una relación desigual de poder y a causa de una brutal agresión sexual perpetrada por varios hombres, terminó con la vida de Paula Toledo, de veinte años de edad» y que «[e]ncuadrar el caso en esa problemática implica asumir que en la valoración de los elementos de prueba deben tenerse en cuenta las determinadas particularidades de tipo social y cultural que circunscriben el supuesto».

Así, de ningún modo puede sostenerse que este Tribunal haya mutado la subsunción jurídica que fuera oportunamente intimada a los imputados y de la cual se defendieron, por lo que tampoco puede derivarse del contenido de ese fallo que el a quo haya debido computar el plazo de prescripción de la acción penal en función de una calificación legal distinta a la que lo hizo, esto es, en función del delito de abuso sexual con acceso carnal seguido de muerte –art. 124 del CP (texto conforme ley anterior a la 25.893)–.

Por ello, entiendo que no surge del pronunciamiento cuestionado ningún desconocimiento o apartamiento de la jurisprudencia emanada de esta Suprema Corte de Justicia.

Sin perjuicio de las consideraciones efectuadas y advirtiendo que, al dictar la sentencia obrante a fs. 2859/2874 vta. de las actuaciones principales N° 13-02842714-4, este Cuerpo ordenó extraer compulsas

de los presentes obrados y remitirla al Juez de Instrucción de la Segunda Circunscripción Judicial a fin de que se investigara la posible comisión ilícitos en el trámite de la causa, corresponde requerir a la Primera Fiscalía Correccional de aquella circunscripción –donde quedó radicada la compulsa N° 132.522, conforme resolución recaída en autos 13-04141974-6– informe, en el plazo de cinco días hábiles, a la Sala Tercera de esta Suprema Corte de Justicia, el estado procesal de esas actuaciones.

Asimismo, no puede soslayarse que este Cuerpo instó en dos oportunidades al tribunal de juicio a la inmediata realización del debate oral y público por el hecho aquí investigado –mediante la sentencia de fecha 07/09/2016 recaída en autos 13-02842714-4 y la de fecha 20/09/2018 recaída en autos 13-04289879-6–, por lo que resulta conveniente encomendar a la Delegación de la Segunda Circunscripción Judicial que arbitre los medios necesarios para la urgente realización del juicio oral y público respecto del imputado M F G , una vez llegado el expediente a su jurisdicción.

Resta señalar que, teniendo en cuenta que ninguno de los planteos recursivos puede prosperar en esta instancia, tampoco resulta atendible la pretensión de que este Cuerpo disponga la aplicación al caso del juicio por jurado popular –establecido por ley 9.106–, toda vez que ello sólo resultaría posible ante un agravamiento de la calificación legal atribuida.

Por todo lo expuesto, entiendo que corresponde dar respuesta negativa a la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazar los recursos de casación deducidos por el representante del Ministerio Público Fiscal y por el representante legal de la querellante particular. ASÍ VOTO.

Voto Dra. Isuani y Dra. Miquel. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, las DRAS. MARINA ISUANI Y SILVINA MIQUEL adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. DALMIRO F. GARAY DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, las DRAS. MARINA ISUANI Y SILVINA MIQUEL adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. DALMIRO F. GARAY DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, las DRAS. MARINA ISUANI Y SILVINA MIQUEL adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar los recursos de casación deducidos por el representante del Ministerio Público Fiscal a fs. 69/82 y por el representante de la querellante particular a fs. 89/101.
- 2.- Requerir a la Primera Fiscalía Correccional de la Segunda Circunscripción Judicial informe, en el plazo de cinco días hábiles, el estado procesal de los autos N° 132.522, caratulados «Comp. Suprema Corte de Justicia en a: 13-02842714-4», el que deberá ser elevado a la Sala Tercera de esta Suprema Corte de Justicia.
- 3.- Instar a la Delegación de la Segunda Circunscripción Judicial para que arbitre los medios necesarios para la inmediata realización del juicio oral y público respecto del imputado M F G , una vez llegado el presente expediente a su jurisdicción.
- 4.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

5.- Tener presente la reserva del caso federal.

6.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. Cúmplase. DR. DALMIRO F. GARAY CUELI Ministro DRA. MARINA ISUANI Juez de Cámara DRA. SILVINA MIQUEL Juez de Cámara

40- MEDINA. 06-11-20.

| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
|-----------|----|----|------|------------|---------|------------|----------|---------|---------|---------|---------|-------------|---|------------|
| VG | - | - | | PCE | - | EGT | A | - | - | - | - | - | - | 474 |

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201106_FcMLA.pdf

Lex: Art. 119, 3° párrafo del CP. Art. 38 inc. b de la ley 9106. Ley 26485.

Vox: VG. Abuso sexual. Acceso carnal. Tentativa. Consumación. Determinación de la pena. Imparcialidad. Preguntas aclaratorias. Violencia de género. Amplitud probatoria.

Summa:

El TPC condenó al señalado a la pena de **cuatro años de prisión** como autor del delito de abuso sexual con acceso carnal en grado de tentativa.

Interpone recurso de casación:

- a- el **querellante particular**.
- b- la **defensa técnica**.
- c- el **MPF**.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido por la defensa y mantiene el recurso del MPF.

La **SCJM** resolvió desestimar formalmente el recurso de casación deducido la querellante, y admitir formalmente los interpuestos por la defensa y por el MPF. Desde lo sustancial rechazó el recurso interpuesto por la defensa e hizo lugar al MPF. En consecuencia, casó el resolutive I) de la originaria del TPC N° 1, quedando así redactado: «CONDENANDO a M. M. L. A. ya filiado como autor del delito de ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL, que se le atribuye en autos N° P 152.127/17 previsto y penado por el art. 119 3° párrafo, arts. 29 inc. 3 y 12 del Código Penal, 557 y concordantes del Código Procesal Penal». Dispuso la remisión de las actuaciones al TPC N° 1 con el fin de determinar la pena. (Art. 38 inc. b de la ley 9106)

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1030 (26-11-19), pronunciada por el TPC N°1-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Voto Dr. Adaro

- Galdeano Reyes. 31-07-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=242>
- Merlo Lassa. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf
- Silva.
- Gil Herrera. 24-05-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180524_FcGHF.pdf
- Ruiz Gutiérrez. 18-02-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190218_FcRGO.pdf
- Flores González
- Sosa Terrera
- Ferreyra Ordoñez
- Chacón Moyano

Voto Dr. Palermo.

- Di Cesare Morales. 26-06-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=156>

- Mejía Salvador. 10-09-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=197>

Voto Dr. Valerio.

- Morales Quiroga.
- Zurita. 11-09-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200911_FcZAJ.pdf
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Merlo Lassa. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=243>
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>

b-CIDH

- «Castro Castro vs. Perú». Fondo, 25-05-06.
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf
- Caso Rosendo Cantú vs. México. 31-08-10
https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=339
- Caso «Fernández Ortega y otro vs. México». 30-08-10.
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/fernandez_ortega/esap.pdf
- Caso «Bámaca Velásquez vs. Guatemala». 21-08-14.
https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=244

Doctrina citada

SEGATO, Rita Laura, Las estructuras elementales de la violencia. Ensayos sobre género entre la antropología, el psicoanálisis y los derechos humanos, Universidad Nacional de Quilmes, Bs. As., 2003, pags. 30 y 31.

BOBBIO, Norberto, Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política, Fondo de Cultura Económica, trad. José F. FERNÁNDEZ SANTILLÁN, México, 1989

SCJM. Dres.: **Adaro**. Palermo. Valerio.

Fallo.

CUIJ: 13-05083462-4/1((018601-152127)) FC/ M. M. L. A. P/ ABUSO SEXUAL AGRAVADO (152127) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105250654*

En Mendoza, a los seis días del mes de noviembre del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N°13-05083462-4 caratulada "F. C/M. M. L. A. S/CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. OMAR A. PALERMO y tercero DR. JOSÉ V. VALERIO.

A fs. 1010/1027, el querellante particular interpone recurso de casación contra la sentencia N° 1030, de fecha 26 de noviembre de 2.019 obrante a fs. 973 y vta. y sus fundamentos de fs 976/993, en tanto condena a L. M. M. a la pena de cuatro años de prisión como autor del delito de abuso sexual con acceso carnal en grado de tentativa.

La defensa técnica del imputado, a fs. 1029/1070, promueve recurso de casación contra la sentencia n° 1030, de fecha 26 de noviembre de 2.019 obrante a fs. 973 y vta. y sus fundamentos de fs. 976/993, en tanto condena a su defendido a la pena de cuatro años de prisión como autor del delito de abuso sexual con acceso carnal en grado de tentativa.

La representante del Ministerio Público Fiscal a fs. 1071/1083 formula recurso de casación contra la sentencia n° 1030, de fecha 26 de noviembre de 2.019 obrante a fs. 973 y vta. y sus fundamentos de fs. 976/993 en tanto condena a L. M. M. a la pena de cuatro años de prisión como autor del delito de abuso sexual con acceso carnal en grado de tentativa.

El pronunciamiento fue dictado por Sala Unipersonal del Tribunal Penal Colegiado n° 1 de la Primera Circunscripción Judicial en autos n° P-152.127/17.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Son procedentes los recursos interpuestos?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

1.- La sentencia recurrida

La sentencia puesta en crisis tuvo por probado «[...] una serie de situaciones que ocurrieron en la noche que fue del ..., aproximadamente después de las 20 hs., al ... del mismo año, a las 15 horas. Así las cosas, tenemos que la denunciante S.M.G. era una mujer joven, menuda (esto se pudo observar a simple vista durante su declaración brindada por ante el Tribunal de Juicio) y que: A) que esa noche concurrió al domicilio de su amiga A. Z., porque era el festejo del cumpleaños de aquella, esto fue relatado por los testigos que estuvieron en el lugar, por los padres que la llevaron y por su propia declaración. Allí bebieron fernet con cola, aunque según la dueña de casa, fue muy breve porque en realidad se iban a ir a bailar a un boliche. B) Se fueron en dos autos hacia el boliche..., Luján de Cuyo, Mendoza. Fueron R. P., F. y R. A., L. M., novio de R. P., C. y P. C. Llevaron un "viajero" con fernet y coca cola del cual bebió 3 veces. Una vez llegados al lugar, como se hacía la apertura de los jardines, había una degustación a la entrada, en donde consumieron un vaso de vodka con energizante, que les regalaban al ingresar (los mismos testigos y la denunciante también confirmaron esto), y donde S. ingirió un vaso. C) También quedó demostrado (por los mismos testigos y la denunciante) que compraron dos pack de bebida que eran de ron y fernet, de los

cuales también tomaron, incluyendo S., a pesar que no tomaba habitualmente ron porque no le gustaba. D) Todo esto transcurrió hasta aproximadamente las 3 hs. de la mañana, momento en el cual comienza a ser difusa la situación de la presunta víctima. Nuevamente tenemos certeza de lo ocurrido a partir de las 5 hs. aproximadamente, momento en el cual se la encuentra sentada en un sillón durmiendo, que se ubicaba cerca de la entrada (a unos 10 o 15 metros de allí). Esto lo sostuvieron quienes la buscaron y la encontraron, como así también la propia denunciante. E) También existe certeza, que la Srta. S. M. G., se volvió en el auto con el novio de A., el Sr. L. M., y que allí mientras iba sentada en el asiento de atrás con su amiga R. P., sostuvo que le dolía en la zona genital, se vio el short, manchado de sangre, por lo que la llevaron a pedido de S. y R. al Hospital Central. La dejaron allí y desde ese lugar llamaron a los padres. D) una vez que llegaron los progenitores, como el padre trabajaba en el Hospita L..., se la llevó hacia allí donde de inmediato fue tratada. Se le preguntó si quería hacer la denuncia y ante la respuesta afirmativa, llamaron a la policía la cual se hizo presente de inmediato. E) por último la joven fue llevada al Cuerpo Médico Forense en donde se le hicieron los estudios de rigor, tanto físicos como bioquímicos. F) a eso de las 15 hs, cuando terminó todo, regresó con sus padres a su domicilio. Ahora bien, todo esto ha quedado en claro para quienes estuvimos presenciando el debate. Sólo queda tratar de descubrir qué ocurrió durante el espacio en el cual no se supo de ella en el período que va desde momentos después de la mañana hasta las 5 hs. del mismo día.

Así las cosas, hemos podido observar en la pantalla de la sala de debates, a la señorita bailando en la pista del Bar..., junto al imputado; y después se la ve tomada de la mano intentado bajar una escalera, detenerse y dirigirse a otro lugar juntos. Por último, ya sin el joven masculino con el que se la había visto caminando de la mano, se la ve junto a sus amigas, bajando una escalera pequeña con los brazos cruzados, y por último yéndose del lugar. Tampoco ha quedado dudas que el imputado fue el que tuvo relaciones con la denunciante, en un lugar marcado en el croquis de fs. 264 como X1, esto quedó en claro ya sea por la coincidencia en la declaración de la denunciante y del dueño del local (respecto de la ubicación) como por la propia confesión del mismo M. M., L. A., dada en sede judicial a fs. 293/295 y 296/301. También no quedaron dudas que tuvieron relaciones sexuales, tanto vaginal como anal, conforme las pericias obrantes en autos, y por las declaraciones de los peritos brindadas en el transcurso del debate» (ver fs. 985/986). En tanto que a fs. 989 estableció «no ha quedado dudas para el juzgador que el imputado el día de los hechos aprovechándose del estado de inconciencia que tenía S. M. G. producto de una gran ingesta alcohólica, abusó tanto vaginal como analmente de la misma, no logrando consumir su cometido [...] las cuales fueron totalmente ajenas a su voluntad».

Para así decidir el juez de sentencia valoró: las testimoniales prestadas en audiencia de debate por la víctima S.M.G, así como por J. D. G., H. B., R. P., M. A. Z., F. A., E. A., L. M., el oficial inspector L. R., la agente S. R., C. C., el doctor A. S., el doctor O. A. A., la doctora A., el doctor P., la doctora P., A. F. B., S. A., E. F. M., A. B. Q., B. N. V.; M. C., P. D., A. L. M., F. M., J. D. L. M., M. L. F.; las declaraciones del acusado y el resto de los elementos de prueba debidamente incorporados.

2.- Los recursos de casación

2.1.- *El recurso de la parte querellante particular*

A fs. 1010/1027 obra recurso de casación de la parte querellante particular a tenor del art. 474 incs. 1 y 2 del CPP. Sostiene que ha existido errónea aplicación del tipo penal.

Así, afirma que el juez para establecer que el delito no fue consumado introdujo una serie de elementos normativos al tipo penal aplicable al caso que no se encuentran contenidos en el mismo, puesto que el a quo sostiene que las lesiones sufridas por la víctima son todas externas.

Señala los elementos a los que se refiere (fs. 1018 y vta.) y expresa que el error consiste en que el tipo penal no exige para poder tenerse por consumado, tipo, especie o cantidad de lesiones, postura de los sujetos, lubricación y, menos aún, experiencia sexual ni contextura física.

Añade que la norma exige el acceso carnal, consistente en la introducción del órgano viril masculino en el orificio normal o anormal de la víctima (fs. 1019) sin requerir la perfección de la introducción.

De tal manera, el tipo penal no exige profundidad alguna y se conforma con la penetración aún en la entrada del orificio con tal que se haya logrado en cualquier lapso de tiempo.

En relación a la pretendida aplicación de perspectiva de género que el juez dice haber tomado en consideración el recurrente expresa que ello no es así.

Pone de resalto un párrafo de la sentencia en el que se describe físicamente a la víctima y considera que esa perspectiva no existió puesto que se afirmó que las características «especiales» de S. G. hicieron que la situación la «superase», de modo tal que se pone en su cabeza –al menos parcialmente– la responsabilidad de la conducta de M. M.

Agrega que no puede avalarse que se tengan como fundamento de las razones ajenas a la voluntad de M., para no consumir el delito, las condiciones físicas y psicológicas de la víctima. Critica también la aplicación del principio in dubio pro reo.

Ello, en razón de que entiende que no se aplicó correctamente ya que el magistrado lo esgrimió como aplicable para decidir que el delito fue tentado cuando no dijo en base en qué elementos probatorios se sustentaba y cuál fue su valoración. Entiende así que el juez no expresó cuál era la duda que tenía respecto de la consumación del acceso carnal.

Critica la valoración que se realizó de los elementos de convicción y considera que se dio al caso una solución con conjeturas y opiniones sin base doctrinaria, jurisprudencial y científica.

Cuestiona la ponderación del juez respecto del testimonio de la víctima, su relato, las sensaciones que recordaba, los resultados de su examen psíquico y las lesiones –anales– que presentó y fueron constatadas.

Considera que el razonamiento del juez se debilita por completo si se responde a la pregunta de qué tipo de lesiones esperaba que se tuvieran por acreditadas para considerar al delito consumado y cuáles serían las diferencias entre lesiones internas y externas que se tuvieron en cuenta para negar que el imputado lograra introducir su miembro viril en el orificio anal y vaginal de la víctima cuando esta presentó un desgarro de 1,5 cm en el ano.

Por lo señalado, solicita se case la sentencia, se condene al imputado por el delito de abuso sexual con acceso carnal y se aplique la pena solicitada por la fiscal de ocho años de prisión.

Para el supuesto en que se declare la nulidad de la sentencia y, a fin de evitar la revictimización de la denunciante solicita se recomiende al tribunal inferior se omita hacer comparecer a juicio a la víctima y se incorpore la grabación de la rendida en el primer juicio oral.

2.2.- El recurso de la defensa

A fs. 1029/1070 obra el recurso casatorio promovido por la defensa técnica de L. M. M. Funda su impugnación en función del art. 474 incs. 1 y 2 del CPP. En primer lugar, cuestiona por arbitraria la incorporación de la declaración del acusado prestada en la investigación penal preparatoria. Afirma que tal incorporación se encuentra en infracción a lo dispuesto por el art. 388 del CPP.

Expresa que la doctrina coincide en que tal incorporación procede si el imputado declara e incurre en contradicciones con lo expuesto en la investigación penal preparatoria, siempre y cuando se le hicieren notar aquéllas.

Agrega que su defendido optó por declarar en el debate y no se contradijo con lo ya declarado, de manera tal que el presidente del tribunal no hizo notar contradicción alguna, ni procedió a su lectura. De ello deviene la arbitrariedad de tal incorporación.

Señala así que tal circunstancia vulnera el derecho de defensa en juicio y los principios de la oralidad.

Agrega que a tenor del art. 2 del CPP, para el supuesto que se esté por otra interpretación de la norma, la interpretación que debe elegirse es la que más convenga al acusado.

Agrega que el juez se valió de tal declaración para fundar la sentencia utilizándola en contra de su asistido y que hizo protesta de recurrir en casación. De ello, entiende, se deriva perjuicio a su defendido puesto que fue determinante para llegar a la sentencia condenatoria.

Por ello solicita se excluya la incorporación de la declaración de M. M. prestada en la investigación penal preparatoria. En segundo lugar, afirma que no se encuentra acreditada la autoría de su defendido. Señala que en los videos incorporados no se ve a la víctima bailando con M. M. y por ello la afirmación del juez es falaz y carente de sustento fáctico.

Refiere que en el video N° 0129176464, hora 05.18.48 se ve a S.G. junto a M. Agrega que ambos estaban en perfecto estado y que S.G. tomó a M. de la mano, lo llevó, y caminaron hasta desaparecer de la cámara. Se queja de que se da por supuesto que su asistido es el autor y no surge acreditada su participación por ningún medio de prueba. Agrega que S.G. y el acusado no pudieron reconocerse, que ningún testigo los vio juntos y que no hay rastros en el cuerpo y vestido de S.G. que vinculen a su defendido.

Agrega que no se meritó que una amiga de S.G. la encontró en el local bailable –aparentemente dormida– y con su cabeza apoyada en el hombro de un joven que no era el acusado.

En tercer lugar, sostiene que el juez ha valorado la prueba respecto del consentimiento de S.G. apartándose de los principios de la sana crítica racional. Refiere que el índice de alcohol en sangre de 1.73 grs/lts. del informe del doctor R. no es un dato preciso ya que se incurrió en un error de cálculo. Explica en base al cálculo que detalla que el resultado arroja 1.70 grs/lts. y no 1.73.

Agrega que ese error de cálculo advertido por la defensa no fue valorado al dictar sentencia. Sostiene que ese cálculo tuvo influencia para hacer decir al juez que S.G. no estaba en condiciones de prestar consentimiento válido pues, a su criterio, la diferencia de 0.3 grs/lts. podría haber variado su decisión a favor de su asistido.

Agrega que tampoco se tomaron en cuenta las manifestaciones de la doctora L. que en audiencia de debate dijo que el valor del coeficiente de oxidación etílica de 0,15 g/l tiene variables pequeñas y al ser consultada por la defensa si este valor podría ser de 0,10 g/l respondió en forma afirmativa y en igual sentido el doctor S. Formula un cálculo en base al cual arroja un resultado de alcoholemia de 1,34 g/l y considera que este cuadro de situación haría variar el resultado de la sentencia, pero que el juez no lo valoró.

Se queja también de que el juez centró el problema del consentimiento en la graduación alcohólica en vez de hacerlo en la parte clínica de la denunciante. Sostiene que las conclusiones de la pericia del doctor A. de fs. 525 son subjetivas y no tomaron en cuenta los videos incorporados en la causa ni los testimonios.

En tanto que la pericia llevada a cabo por el Dr. S. se funda en datos objetivos. Formula referencia a la capacitación, experiencia y tarea de cada uno de los profesionales (ver fs. 1043 vta./1044vta.)

Considera que para poder responder a la evaluación clínica referida por el juez podía acudir a testimoniales de amigos de S.G.–videos incorporados–donde puede apreciarse a la víctima, testimonios de peritos, conclusiones de los especialistas –A. y S.–.

Señala que del video se aprecia que S.G. se encontraba totalmente orientada, su marcha es clara, firme sin tambaleos (video 0128979084 hora 6.19.42). Expresa que A. y S. evaluaron el video y que pese a eso y que resulta prueba determinante del estado de la víctima no se valoró.

En cuarto lugar, cuestiona que no se meritaron testimoniales de: R. P., A. Z.; C. C.; L. M.; B. V.; las declaraciones de S.G. y los dichos del acusado (ver fs. 1047/1048).

Señala que los argumentos en relación al consentimiento inválido de S.G. –debido a su alcoholización– son extraídos por el a quo del relato de aquélla y no tienen sustento científico en atención a lo señalado por los especialistas A. y S. (fs. 1048 vta./1051 vta.).

Reclama se valoren los dichos de A. sobre el recuerdo de S.G. del hecho y señala que «mágicamente» en el debate la víctima recordó todo con lujo de detalles.

Analiza la declaración de S.G. y considera que no es posible lógica, racional y científicamente que la denunciante no recordase nada en el momento del hecho, que no le dijera a nadie cómo ocurrió y que después de casi dos años recuerde con lujo de detalles todo y cada situación del mismo.

Entiende que de haber valorado lógicamente los dichos de la denunciante, conforme lo expresado por A. y S. el juez tendría que haber concluido que S.G. estaba en condiciones de prestar un consentimiento sexual válido, puesto que su estado de alcoholización leve a moderada no le impedía brindar un consentimiento sexual válido.

De tal manera, de existir un contacto sexual debió considerarse consentido y exento de reproche penal. Refiere que no se encuentra debidamente aplicado el in dubio pro reo y que en caso de duda debió haber resuelto en favor de su defendido. Cuestiona la introducción de los hechos en una cuestión de género que, a su criterio, «nada tiene que ver» porque su asistido siempre «respetó» a la «chica». Así surge de la declaración de su asistido lo aclaró y lo confirmó en el debate.

En quinto lugar considera que las pruebas de juicio no son suficientes para tener probado el aspecto subjetivo del delito.

Expresa que el dolo no se presume y que en la sentencia ello ha ocurrido puesto que no se ha ponderado ninguna probanza que acredite su existencia. Añade que, de haber existido un trastorno de conciencia por el alcohol, no era perceptible para nadie, ni para terceros ni para el acusado.

Sostiene que se trató de un error sobre el estado de la denunciante y que M. en su declaración de fs. 298 dijo que S.G. prestó el consentimiento para tener relaciones sexuales.

Así, señaló que «ella fue la que prácticamente se me tiró encima» y en el debate sostuvo «fue ella quien me avanzó».

En sexto lugar, impugna la calificación legal por considerar que esta resulta errónea ya que, a su criterio, la conducta de su asistido no recae bajo las previsiones de ningún tipo penal y por ello no le corresponde pena alguna.

Agrega que el abuso sexual con acceso carnal nunca fue consumado y que en todo caso podría discutirse la calificación penal de abuso sexual simple.

Concuerda en este punto con el razonamiento del juez en cuanto a que las lesiones presentadas por la denunciante eran externas, por lo que no existió penetración o no pudo acreditarse.

Agrega que en este punto los especialistas –S., A. y P.– no dejaron duda en que la certeza del acceso carnal no podía tenerse por acreditada.

Agrega que S.G. no presentó otras lesiones en la superficie corporal. Señala además que no se ha podido acreditar que haya existido una circunstancia ajena a la voluntad de M. que le haya impedido concluir la

acción iniciada. Afirma que su defendido en todo momento dijo que «frenó voluntariamente su acción» ya que la denunciante dijo que le dolía.

Señala que no se valoró que la doctora A. al declarar en el debate fue inconsistente y contradictoria, en tanto que en varias oportunidades dijo que hubo un intento de penetración, pero ante una pregunta sugestiva del Ministerio Público Fiscal señaló que «fue penetrada». Expresa que la doctora P. fue clara al señalar que no puede asegurar si hubo o no penetración.

Destaca que el himen se constató íntegro, que las lesiones internas se ven con un espéculo. Por ello y al no existir certeza debe estarse a la duda y en atención al cúmulo de contradicciones no puede condenarse, por lo que debe estarse otra vez más a favor del acusado.

Pone de resalto que el doctor S. señaló la inexistencia de elementos que hagan sospechar una penetración, en tanto que no había antígeno prostático y fosfatasa y a nivel anal lesión de Wilson Jackson, por lo que señala que no hubo penetración. En séptimo lugar cuestiona el monto de la pena aplicado al considerarlo arbitrario. Refiere que no se ha mencionado ninguna circunstancia agravante y que, pese a ello, se le impuso una pena desmedida.

Manifiesta que su defendido carece de antecedentes penales, que es padre de tres niños menores de edad que dependen de él para su subsistencia; que los hechos se produjeron sin violencia en un ámbito de diversión nocturna en el que la denunciante se expuso voluntariamente a ingerir alcohol y que M. no contribuyó a colocarla en tal estado.

Señala como circunstancias para considerar el buen concepto de su asistido, que la víctima no presenta estrés postraumático conforme el examen de fs. 525, la edad de su asistido, que su padre falleció mientras aquél se encontraba privado de libertad y que no puede suplantarle en el sostenimiento económico ni afectivo de sus hijos menores de edad.

Agrega que no se meritó que su defendido no consume habitualmente bebidas alcohólicas ni estupefacientes, que al declarar espontáneamente en el proceso lo hizo sin asesoramiento de su defensor y que resultó acreditado que no existieron hechos similares por parte de M. M..

En octavo lugar expresa que existió por parte del juez violación a la garantía de imparcialidad ya que preguntó todo lo que el representante del Ministerio Público Fiscal no preguntaba, realizando preguntas propias de la acusación.

Afirma que el sentenciante se extralimitó en el ejercicio de la función jurisdiccional y asumió facultades propias del órgano acusador. Sostiene que las preguntas realizadas por el juzgador estuvieron dirigidas a conducir de manera evidente el interrogatorio e introducir información, facultad que corresponde a la acusación o a la defensa (fs. 1068).

Destaca así que el acusado fue preguntado por el juez si había tenido relaciones sexuales con la denunciante. Luego el sentenciante preguntó a la doctora A. si había existido penetración y la experta dijo «no, hubo un intento de penetración».

Agrega que estas dos respuestas sirvieron de fundamento al tribunal de juicio para inclinarse por la calificación legal endilgada a M. En noveno lugar sostiene que existió arbitraria intervención de la representante del Ministerio Público Fiscal.

Cuestiona la intervención en el debate de la doctora R. por cuanto es fiscal de delitos especializados y carece de competencia para tomar intervención en un caso que investigó la Unidad Fiscal de Delitos contra la Integridad Sexual. Considera que debió intervenir la Dra. R. y, en defecto de ésta, debió subrogarla cualquiera de los fiscales que integran la unidad fiscal de delitos contra la integridad sexual o bien el Fiscal en Jefe de esa unidad.

Finalmente afirma que no le fueron notificados los fundamentos de la sentencia.

Explica que el art. 412 del CPP establece la lectura integral de la sentencia, bajo pena de nulidad, en el plazo máximo de cinco días a contar del cierre del debate y que dicha lectura valdrá como notificación. Señala que la defensa nunca fue notificada formalmente de los fundamentos, sino que tomó conocimiento por medio de la prensa.

De tal manera entiende que tal vulneración del derecho de defensa acarrea la nulidad de la sentencia.

Formula reserva del caso federal.

2.3. El recurso de la representante del Ministerio Público Fiscal

A fs. 1071/1083 se encuentra agregado el recurso de casación formulado por la representante del Ministerio Público Fiscal a tenor del art. 474 del CPP.

Considera la recurrente que en la sentencia se aplicaron erróneamente los arts. 119 y 42 del CP.

Refiere que el juez afirma que el acceso carnal no se consumó en razón de que las lesiones sufridas por S.G. se encuentran en órganos genitales externos. A su criterio tal afirmación no sólo es errada desde el punto de vista técnico médico, sino que, además, se aparta de lo expresado por la profesional del Cuerpo Médico Forense y realiza una reinterpretación que tergiversa sus afirmaciones. Señala que en debate la profesional mencionada afirmó que S.G. fue penetrada vía vulvar, y ello jurídicamente se traduce en que el acceso carnal fue **consumado**.

Critica la afirmación del a quo en cuanto sostiene que el hecho no se consumó por las condiciones del lugar, posición de víctima y victimario y nula experiencia sexual de la víctima.

Sostiene que tal afirmación es contradictoria internamente y añade que la equiparación del magistrado de la agresión sexual sufrida por la víctima con una relación sexual es carente de perspectiva de género.

Agrega que esa afirmación deja de lado la interpretación que doctrina y jurisprudencia han dado al tipo penal en lo relativo a la configuración del acceso carnal, partiendo de una concepción biologicista descartada, aceptándose que la postura adecuada es la jurídica que, además, es acorde a la letra del art. 119 del CP.

Destaca que la norma no describe la penetración vaginal, anal u otra como elemento constitutivo del tipo objetivo, sino que basta para la realización completa –consumación– que haya tenido lugar el acceso del pene en el cuerpo de la víctima.

Señala que el juez, luego de citar la doctrina que invoca ella misma invocó, de forma inexplicable concluyó que no había duda que el acceso carnal es la penetración del órgano masculino en la vagina de la mujer.

Refiere que en la norma que describe el tipo objetivo no está prevista la expresión vagina como la cavidad orgánica a la que tiene que llegar el miembro para considerarse consumado el acceso carnal.

Así considera tal conclusión antojadiza y arbitraria. Manifiesta que seguir el criterio del juez implica avasallar el principio de legalidad, ya que lleva ínsita la incorporación de un elemento al tipo que no está descrito por la ley.

Por otro lado señala que del análisis de las conclusiones de la profesional no cabe duda de que existió penetración vía anal.

Así las lesiones descritas y explicaciones brindadas no dejan margen a la duda. Por ello, resulta forzado sostener que la conducta del imputado quedó en grado de tentativa y que el requisito negativo del art. 42 del CP no se verifica en el caso examinado, por lo que su aplicación resulta absolutamente desacertada (fs. 1081).

Agrega que al descartar la consumación del acceso carnal el juez desoyó a la víctima quien además de hablar con su cuerpo, en cada ocasión que fue requerida dijo que sintió en su cuerpo la penetración del

imputado, describiendo dicha experiencia como un dolor fuerte y punzante que le generó molestia en zona genital y anal.

Agregó que esto fue la alarma que le indicó que algo le había sucedido y que luego confirmó con manchas hemáticas en su short y ropa interior y, por último, con el resultado del examen ginecológico y de laboratorio.

Solicita que se case la sentencia y se aplique al acusado la pena de ocho años de prisión o, en su defecto, se case la sentencia y se reenvíe al solo efecto de realizar juicio de cesura para individualizar la pena a imponer.

Expone agravantes de la pena y atenuante a favor del imputado.

Explica las bondades de una casación directa en atención a la naturaleza de los hechos investigados, la posibilidad de revictimización de S.G. en caso de un eventual reenvío y la afectación de compromisos internacionales asumidos por el Estado Nacional en materia de violencia de género y víctimas especialmente vulnerables, entre otras razones que esgrime (ver fs. 1082 vta.).

3.- Dictamen del señor Procurador General

A fs. 1091 y 1101/1104 se expide el Procurador General.

En relación al recurso casatorio de la representante del **Ministerio Público Fiscal, lo mantiene**, y se remite a los argumentos vertidos por aquélla.

Respecto del recurso promovido por **el defensor**, examina los agravios y sostiene que los argumentos vertidos en el recurso del Ministerio Público Fiscal sirven para sostener el rechazo de los agravios defensivos, como para recomendar que se case la sentencia atacada.

Considera que la sentencia se encuentra debidamente fundada en relación a la existencia material del hecho y la autoría de M. M..

No advierte valoración parcial de los testimonios, sino que más bien realizó una concatenación de los mismos, que, unidos a otras pruebas e indicios, le permitieron reconstruir el hecho.

De tal modo, aconseja el rechazo del recurso de la defensa, el acogimiento del promovido por la representante del Ministerio Público Fiscal y, en relación al formulado por el querellante particular, considera que no resulta admisible formalmente.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Por diversas razones adelanto que, por un lado, corresponde rechazar formalmente el recurso de casación deducido por el representante del querellante particular.

Por otro lado, considero que, aun siendo admisible desde lo formal, corresponde rechazar sustancialmente el recurso casatorio interpuesto por la defensa del acusado.

A su vez, entiendo que se debe acoger el recurso promovido por la representante del Ministerio Público Fiscal. Todo, conforme se explicitará en los apartados que siguen.

Querellante

4.1.- En primer lugar y en atención a la respuesta que propongo en relación al recurso promovido por el representante de la querrela particular, corresponde que explique los motivos por los cuales considero que resulta formalmente inadmisibile.

Al respecto advierto que, aun cuando la resolución impugnada por el querellante particular reúne los recaudos de impugnabilidad objetiva exigidos por el **art. 475 del C.P.P.** —en tanto constituye una sentencia

definitiva—, no se verifica en relación al recurrente legitimación subjetiva para impugnar ese pronunciamiento mediante la vía pretendida.

En efecto, la disposición señalada establece que tales resoluciones resultan recurribles con sujeción a «las limitaciones establecidas en los artículos siguientes».

Concretamente el art. 477 del CPP regula la legitimación subjetiva del querellante particular en relación al recurso de casación, estableciendo que el acusador privado tan sólo podrá impugnar «las sentencias mencionadas en los incisos 1) y 2) del artículo anterior», es decir, «[l]as sentencias de sobreseimiento confirmadas por la Cámara de Apelación o dictadas por el Tribunal de Juicio» y «[l]as sentencias absolutorias, siempre que hubiere requerido la imposición de una pena».

Conforme lo expuesto, surge con claridad que, habiéndose impuesto en el presente caso una sentencia condenatoria, ésta no es impugnabile en casación por el representante del querellante particular (ver al respecto lo señalado en el **precedente «Silva»**).

No obstante a que este Cuerpo ha afirmado que «[e]l querellante, como parte del proceso, no puede ser privado de los derechos de comunicación, participación y argumentación que son inherentes a esa condición», también ha señalado que «[l]a razón por la que el Código Procesal de Mendoza no admite el recurso de casación [...] reside en que se presupone que el querellante ha tenido posibilidad de ejercer su rol de parte a lo largo de un proceso, ofreciendo prueba, controlando la prueba ofrecida por la defensa, argumentando y peticionando» (ver al respecto **fallo «Gil Herrera»**).

De tal manera, sólo en los supuestos en que el querellante ha visto afectado su derecho a la tutela judicial efectiva, se podría sostener que la limitación contenida en el art. 477 del C.P.P. no puede regir.

Es que, según entiendo, sólo podría admitirse de forma excepcional un recurso casatorio contra una resolución —por parte de quien no se encuentra previsto en la norma aludida— cuando surja con claridad que la víctima —constituida en querellante particular— no ha podido, hacer efectiva su pretensión en el proceso.

Tal circunstancia no se verifica en la presente, por cuanto se constata que el acusador privado tuvo activa participación, conforme surge de las constancias de la causa.

Respecto de los recursos casatorios promovidos por la representante del Ministerio Público Fiscal y por la defensa técnica del imputado se advierte que reúnen los recaudos objetivos y subjetivos establecidos por el ordenamiento procesal para su admisión, en tanto han sido interpuestos por quienes se encuentran autorizados contra una sentencia condenatoria, expresamente declarada impugnabile, conforme establecen los arts. 475; 476, inc. 3 y 478, inc. 1° del C.P.P.

Por lo expuesto, corresponde rechazar formalmente el recurso de casación interpuesto por la parte querellante particular a fs. 1010/1027 y admitir los deducidos a fs. 1071/1083 por el representante del Ministerio Público Fiscal y a fs. 1029/1070 por la defensa del imputado.

4.2.- Superada la instancia formal, corresponde ingresar al tratamiento de los recursos de casación admitidos.

Defensa. MPF.

4.2.1.- En primer lugar se abordará el recurso de casación de **la defensa**. En relación al cuestionamiento formulado por la defensa sobre la incorporación de las declaraciones prestadas por L. M. M. en el curso de la investigación penal preparatoria advierto que, luego de abierto el debate, el nombrado optó por declarar.

En esa ocasión la representante **del Ministerio Público Fiscal** aludió a contradicciones en relación a lo declarado a fs. 294/295 y reclamó la incorporación de tal declaración.

Por su parte, la defensa entendió que sólo debía incorporarse las contradicciones. Ante la insistencia de ambas partes el juez refirió que valoraría la situación al incorporar la prueba (ver fs. 872).

Efectivamente al momento de incorporar prueba tal divergencia tuvo nuevamente lugar y el sentenciante resolvió la incorporación total de la indagatoria brindada en sede judicial. Por su parte la defensa formuló reserva de casación (ver fs. 967).

Ahora bien, entrando a analizar lo efectivamente incorporado en relación a la declaración indagatoria prestada en la investigación penal preparatoria por L. M. M. en los fundamentos de la sentencia, advierto que no ostenta la trascendencia que el recurrente pretende al erigirlo como motivo de nulificación del acto sentencial.

En efecto, durante el debate L. M. M. declaró en dos oportunidades. Al momento de iniciar el juicio (ver fs. 872) y, en forma previa a la incorporación de la prueba (fs. 967). En la primera oportunidad señaló que: «el día que me detuvieron [...] me pusieron un defensor del estado. Había pasado más de una hora, en la fiscalía le dijeron que el defensor era muy bueno y que lo tenía que aprovechar [...]

Yo no quería declarar pero el defensor me incitó a que lo hiciera, [...] nunca me asesoró de qué se trataba el tema. El defensor ni nadie me dijo que podía no declarar ni las pruebas que tenía en mi contra [...] me dijeron que tenía que declarar si quería volver rápido a mi casa y que para recuperar libertad tenía que declarar, que estaba todo arreglado con el fiscal. [...]

En determinado momento el defensor pidió hablar a solas conmigo, me hicieron pasar a una oficina contigua, me preguntó cómo era la chica y si podría reconocerla. Yo le dije que no podía reconocerla y él me dijo lo que llevaba puesto. El defensor estaba raro se olvidaba lo que decía, decía incoherencias. Nunca recuperé la libertad [...]

Pensé que todo era una cama [...] nunca recuperé la libertad. Con respecto al hecho, quiero decir que hay una confusión. La chica con la que estuve esa noche primero nunca le di nada de tomar, la chica estaba totalmente consciente, la chica no estaba alcoholizada, drogada. Caminaba bien, hablaba bien».

Luego, el acusado señaló: «[...] a las 4.30 hs. de la madrugada la chica toma mi mano y nos fuimos al interior del boliche, que en donde incluso no tuvimos relaciones porque estábamos nerviosos y pasaba gente permanentemente y además yo jamás le haría algo a una mujer en contra de su voluntad, mucho menos estaría con alguien que estuviera drogada ni alcoholizada. [...] Que por culpa de esto su padre falleció [...] Me destruyeron la familia por algo que yo no hice».

A ello el acusado agregó que: «[...] ella me tomó de la mano». Luego refirió que «[...] por asesoramiento de su defensor no va a contestar preguntas. Aclara que ella lo tomó de la mano y se fueron adentro del boliche donde incluso no tuvieron relaciones con ella.

Que dentro del boliche ella le tomó la mano [...] En esa parte había un pequeño techo, era parte del techo de una pista [...]. Esta chica estaba en perfecto estado, consciente de lo que hacía y ella fue la que me avanzó» (ver registro audiovisual de fecha 23/9/19 a partir del minuto 08.40).

Emerge también del registro audiovisual que la representante del Ministerio Público Fiscal hizo notar contradicciones entre la declaración allí brindada por el acusado y la prestada en la investigación penal preparatoria (a partir del minuto 16:09).

Al respecto refirió, en relación a que la víctima lo tomó –por el acusado–.

Por el contrario en la investigación penal preparatoria declaró «siento que me agarran con fuerza de mis genitales [...] era una chica petisita [...] y le tomé la mano».

En esa ocasión la doctora R. señaló que el acusado había dicho «[...] ella me comió la boca, nos quedamos besándonos mientras bailábamos, como no quería perder tiempo porque tenía que volver a trabajar le

dije “bueno vamos” [...] ella no dudó en seguirme (segunda contradicción) [...] Le solté mano y ella siguió caminando detrás mío».

La fiscal explicó que esa era la segunda contradicción en cuanto a que ella lo tomó de la mano y lo llevó, es decir él la llevaba a ella, por eso le soltó de la mano y ella quedó atrás.

Asimismo, agregó que otro punto de contradicción era respecto de si efectivamente tuvo relaciones o no (minuto 19.39). Así señaló que en la investigación, a fs. 294 vta., dijo: «[...] esta chica se acomodó contra la pared y yo me puse frente a ella y nos empezamos a besar, apenas la besé, nos abrazamos y ella acercó su vagina a mi pene y se comenzó a mover sobre mí, como si estuviésemos teniendo relaciones, después me tocó el pene por encima del pantalón, yo me lo desprendí y ella comenzó a masturbarme, así que yo le metí la mano por debajo del short, que era suelto y también la masturbé con un dedo primero y luego con dos.

Después nos acercamos más para poder tener relaciones, yo le corrí el short, y cuando quise penetrarla apenas la toqué con la punta del pene, ella gritó y me dijo “ay, ay me duele” entonces yo pensé “me está jodiendo, será virgen” y ahí no más me frené, ya que ella de verdad gritó fuerte y yo tuve miedo que alguien hubiese escuchado, de hecho miré si alguien nos había visto.

En un principio me alejé, pero ella me tomó el pene y me siguió masturbando, así que nuevamente intenté penetrarla, pero ella otra vez, en cuanto la apoyé volvió a gritar y me dijo “no, no pará, me duele”, ya esta segunda vez, como yo soy muy perseguido pensé que quizás tenía una enfermedad de transmisión sexual, y como yo no tenía preservativo ella decía que le dolía como excusa, no sé, no sabía que pensar, pero era confuso porque otra vez ella me tomó el pene y me siguió masturbando [...] se acercó un compañero mío B.».

La representante del Ministerio Público Fiscal también destacó otras contradicciones que se ubican cuando el acusado dijo: «[...] me guardé el pene sin haber eyaculado nunca [...] B. me dijo tené cuidado que hay cámaras de seguridad [...] volví con la chica nos empezamos a besar otra vez me empezó a fronear el pene sobre el pantalón, así que yo me volví a desprender el pantalón, pero esta vez le dije “bueno date vuelta”, le bajé un poco el short y cuando la quise penetrar por la cola ella otra vez gritó “ay ay no no”, entonces ella sola, se sube el pantalón, se da vuelta y empezó a hacerme sexo oral, durante unos tres o cinco minutos, en los que no pude eyacular porque me ponía nervioso [...]».

De tal manera la fiscal refirió que habían marcadas contradicciones y que correspondía su incorporación. Señaló así la descripción de la víctima en relación a que dijo que no habían mantenido «relaciones» y describió penetración vaginal, anal y masturbación.

En esa oportunidad el defensor expresó (a partir del minuto 26:41) que se oponía a la incorporación porque el art. 388 CPP establece que corresponde tal incorporación siempre y cuando el acusado se abstuviese de declarar o cuando al declarar incurre en contradicciones.

Agregó así que lo único que se podría incorporar eran las contradicciones que, a su criterio, no eran tales.

En la audiencia del día 6 de noviembre de 2.019 M. M. declaró nuevamente (a partir del minuto 33:00).

En esta ocasión, en forma previa el defensor refirió que la declaración era para que su defendido aclarare dos puntos, sobre todo en relación a su primera declaración. El primero de esos puntos estaba vinculado al tema de «la mano».

El defensor expresó que ello se vinculaba con la declaración prestada en el debate y señaló: «[...] fue en diferentes momentos, primero se me acercó una chica, acerca me agarra los genitales, le pregunto su nombre ella comienza a besarme, yo le agarré la mano como para bailar, le dije vamos y ella no dudó en seguirme, puedo haberla tomado de la mano, ella en algún momento me agarra la mano y yo se la saqué

... son detalles que no me acuerdo exactamente besa, le digo vamos y ella no dudó en seguirme, comienza a seguirme, ella me agarra la mano, se la saqué porque no quería que ella me viera».

El defensor preguntó cómo es que fue en diferentes momentos, a lo que respondió que «cuando voy al baño la chica me agarra los genitales, me doy vuelta, cuando le pregunto cómo se llama, ella se acerca y me empieza a besar, ahí le agarra la mano como para bailar y después si le dije “vamos” y ella no dudó en seguirme».

El defensor le preguntó qué entiende por «relación sexual», y M. M. dijo «que es la introducción de pene en la vagina o en el ano, y yo esa noche con la chica no tuve relaciones sexuales ni por adelante ni por atrás. Me cansé de decirlo desde mi primera declaración y yo lo sostengo y lo confirmo que con esa chica no tuve relaciones sexuales».

El defensor preguntó qué entendía por «persona petisa», y el acusado expresó alguien un poco más baja de estatura que él.

La incidencia planteada entre la parte acusadora y la defensa en relación a la incorporación de la declaración indagatoria de M. M., fue resuelta a favor de la postura sustentada por la representante del Ministerio Público Fiscal.

Al respecto fiscal alegó diferencias entre la situación prevista por el **art. 400 y el 388 del CPP**, y que la doctrina que invocaba se expide por la incorporación total de la declaración, en tanto que el representante de la querrela sostuvo que afectaba la teoría del caso frente a la cual se había erigido la propia de los acusadores.

El defensor, como se adelantó, consideró que las contradicciones no eran tales y no debía ser incorporada la declaración. Al momento de fundar la sentencia el juez, en relación a la declaración de M., expresó que el acusado «[...] optó por declarar por ante el Tribunal sosteniendo que cuando lo llevaron a la comisaría le pusieron un defensor del Estado.

No quería declarar, pero el defensor oficial le dijo que declarase. Al rato de declarar, lo traen a Tribunales y allí comienza la declaración. Era la tarde. Como no recuperó la libertad, creyó que era una cama. La chica, no estaba drogada ni alcoholizada. No tuvieron relaciones.

Ella lo tomó de la mano y se fueron adentro del boliche. Ella le tomó de la mano afuera debajo de un techito que es parte de una pista de baile y se fueron adentro. Esta chica estaba en perfecto estado y fue ella la que lo avanzó».

En relación a la anterior declaración expresó el a quo que «Declara a fs. 293/295 y la ampliación (296/301), en la última parte “fs. 294 dijo que siente que le agarra fuertemente de los genitales y él le tomó la mano (que él fue el que le tomó la mano y no ella), a fs. 194/195 declara que hay penetración, sexo oral, anal y masturbación» (ver fs. 976 vta.).

Al respecto, entiendo que por un error de tipeo se consignó el número de fs. 194/195 cuando debió señalarse 294/295, puesto que la única declaración prestada por M. M. antes del debate oral se encuentra agregada a fs. 293/295 y vta. y fs. 296/301 y vta. y fue prestada el mismo día (22/12/17 en dos lugares y momentos distintos).

A fs. 985 de los fundamentos el juez refirió el segundo momento en que durante el debate M. M. se expidió sobre los hechos atribuidos y, señaló «[...] nunca la había visto.

Ella le tocó los genitales, le pregunta cómo se llama, ella comenzó a besarlo, él le toma la mano como para ponerse a bailar y él dice que se fuesen y se fueron adentro del boliche hacia la barra de la que se ha hablado durante el debate. La chica era un poco más baja que él.

No tuvo relaciones sexuales ni vía vaginal, ni vía anal». Como dije, las consideraciones en torno a la incorporación, o no, de la declaración del acusado en la etapa de investigación no tienen relevancia en los fundamentos de la sentencia al determinar la modalidad comisiva del hecho ni las circunstancias que lo rodearon.

De la lectura de los fundamentos de la sentencia, en la sección destinada por el juzgador a efectuar la valoración de los medios de convicción, se desprende que los elementos en base a los cuales tuvo por acreditado el hecho son diversos medios de prueba (ver fs. 985 vta.) cuya constatación no sólo se desprenden de las declaraciones del acusado.

Así valoró: las circunstancias etarias y físicas de S.G.; las declaraciones brindadas por ésta y las personas que junto a ella concurrieron al local...; el consumo de bebidas alcohólicas referido por estas personas; las circunstancias ocurridas entre las 3 y las 5 horas de la mañana del día del hecho; el retorno de la víctima en el vehículo del novio de una de sus amigas y los motivos que la llevaron a solicitar su traslado a un hospital; los exámenes físicos y bioquímicos a los que fue sometida y sus resultados (ver fs. 985/986).

Si bien la autoría de M. M. en el hecho se deduce de su declaración prestada en la investigación penal preparatoria, ello no ostenta la trascendencia que pretende la defensa, puesto que a mi criterio las manifestaciones prestadas en el debate confirmaron –al menos parcialmente– su participación en el hecho atribuido.

Al efecto advierto que M. refirió que estuvo con una mujer y que fueron a un lugar oculto del local... Las divergencias en cuanto a si fue él quien la condujo o ella quién le tomó la mano, como las diferentes interpretaciones en cuanto a si mantuvieron «relaciones» sexuales o no, forman efectivamente parte de las contradicciones apuntadas por la representante del Ministerio Público Fiscal en la audiencia inicial del debate, y al ser leídas por aquélla, quedaron legítimamente incorporadas como prueba y pueden y deben ser valoradas por el juez al momento de fundar la sentencia.

Al respecto considero que no se ha vulnerado el principio de oralidad ni se menoscabó el derecho de defensa del imputado, por cuanto las consideraciones consignadas en torno a la declaración del imputado prestada en la investigación penal preparatoria fueron aquellas puestas de resalto como contradicciones por la fiscal y leídas en el debate, sin que se hayan infringido las disposiciones del art. 388 del CPP.

Por este motivo el agravio formulado en relación a la incorporación de las declaraciones de L. M. M. debe ser rechazado. En torno a la crítica formulada sobre la acreditación de la autoría del acusado en el hecho, entiendo que no le asiste razón a la defensa.

En efecto, más allá de las argumentaciones brindadas por el recurrente en torno a que no se encontraron rastros que vincularan a su defendido con el hecho y a la circunstancia de que la víctima no reconoció a su asistido, ni M. M. a S.G., no es posible desentenderse de las pruebas colectadas durante la investigación penal preparatoria que fueron debidamente ofrecidas por los acusadores –público y privado– que indican en forma coincidente al acusado como aquel que llevó a cabo el hecho denunciado.

Al respecto destaco las imágenes captadas por una de las cámaras (video n° 40-0129176464-), conforme se señala en el informe de fs. 257/258 y donde se ve a S.G. junto a un hombre vestido con remera de mangas cortas camuflada en tonos verdes y marrón, delgado, de tez trigueña, barba de aspecto prolijo.

Ambos aparecen tomados de la mano y se retiran sin ser ya captados por la cámara de video. En este sentido surge de las constancias de la causa que esa remera coincidía con las usadas por el personal que se desempeña en el local y que las características físicas de esa persona tomada por la cámara de video se condicen con las de L. M. que ese día prestó funciones en el local... y, también, con la descripción física aportada por la víctima respecto de su agresor.

Al respecto y, como señalé al contestar el primer agravio, considero que no logra desmerecer el valor de la prueba referida, las declaraciones del acusado prestadas en el marco del debate puesto que no surge de aquéllas que negara su autoría en el hecho.

Por el contrario, al manifestarse en su primera declaración L. M. M. refirió que estuvo con una mujer esa noche, aunque negó que presentase estado de alcoholización ni drogadicción, y que fue esa mujer quién lo tomó de la mano y que no estaría con alguien en esas condiciones.

En la segunda declaración aclaró que el evento ocurrió en diferentes momentos, que la mujer lo tomó de los genitales, que él preguntó su nombre, que ella lo besó y él le dijo «vamos» y ella lo siguió; a su vez negó haber tenido relaciones sexuales con ella.

De lo expuesto se desprende que el acusado asumió haber estado en una situación de intimidad con una mujer joven que asistió al local donde él trabajaba.

Esto, más allá que dio a su versión matices que lo benefician y niega haberla penetrado por vía vaginal ni anal, de la vinculación de su declaración con los elementos de prueba que verifican la identidad del agresor ya referidos, considero que se encuentra acreditada, a mi modo de ver de forma suficiente, la autoría de L. M. M. en el hecho investigado.

En otro orden, no puede tener acogida favorable el agravio que cuestiona la valoración del grado de alcoholización de S.G. y el impacto que tal circunstancia ocasionó en el consentimiento. Contrariamente en la sentencia cuestionada se detallan y valoran los elementos probatorios en base a los cuales el a quo determinó que S.G. no estuvo en condiciones de decidir libremente en relación a los hechos investigados, y que la limitación provocada por el exceso de alcohol consumido además de operar en la libre autodeterminación de la víctima fue aprovechada por el acusado.

Considero que el error que señala el recurrente en la operación que lleva a determinar proyectivamente el grado de intoxicación alcohólica de S.G. al momento del hecho no tiene la trascendencia que pretende el defensor. En primer lugar debe decirse que tal cálculo no resulta exacto y en la sentencia no se le asigna el grado de exactitud del que se queja la defensa.

En todo momento se señala que ese cálculo de 1,73 grs/lts es aproximado y más allá de constatarse la hipótesis del error de cálculo, no advierto que una diferencia de 0,03 grs/lts ostente la posibilidad de hacer variar el sentido de la decisión a la que se llegó. En segundo lugar, en el acto sentencial se pone de relieve la divergencia de opiniones entre los doctores A. y S. en relación a la calificación del grado de intoxicación de S.G. sobre si era grave o no, y al momento de expedirse analiza elementos de convicción periféricos.

De tal manera el juez determinó, acertadamente a mi criterio, que S.G. no estaba en pleno uso de sus facultades para decidir sobre la posibilidad de mantener relaciones sexuales propuesta por el acusado y éste aprovechó la situación para abusar de la víctima.

No comparto la queja del recurrente en cuanto a la ausencia de valoración de testimoniales que reclama en torno a la acreditación o no del grado de intoxicación alcohólica de S.G. y la falta de posibilidad derivada de ello de rechazar el ataque sexual del que fue víctima, por cuanto tal circunstancia fue valorada por el juez por medio de los exámenes llevados a cabo y mediante los cuales se determinó el grado de alcoholización de la denunciante y el test proyectivo llevado a cabo, como también fue extraído del relato de la víctima que conforme se señaló en el informe de fs. 525 no presentaba indicios de fabulación.

Debo señalar que analizado el recurso casatorio expuesto por el censurante advierto que parte de los cuestionamientos se dirigen a poner en tela de juicio el crédito asignado al testimonio de S.G. Por ello, debo destacar que entiendo acertado el enfoque de violencia de género asignado por el a quo al momento de ponderar los elementos de prueba.

Entiendo que el juzgador siguió los estándares internacionales en materia probatoria en hechos de violencia de género contra la mujer por razones de género, de manera tal que el testimonio brindado por la víctima ocupó un lugar privilegiado en la construcción del razonamiento.

Debo poner de resalto que –tal como he señalado en pronunciamientos anteriores (ver «**Galdeano Reyes**», «**Merlo Lassa**», entre otros)–, la jurisprudencia en el sistema interamericano de protección de derechos humanos, como así también a nivel nacional, ha construido paulatinamente los lineamientos o estándares en la interpretación de la prueba en materia de género, reflejando en su análisis una visión integral de la temática, especialmente relacionada a la ponderación del testimonio de la víctima (Cf. Corte IDH, Caso del penal «**Castro Castro vs. Perú**». Fondo, Reparación y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C N° 160; Corte IDH, Caso Rosendo Cantú vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C N° 216; Caso «**Fernández Ortega y otro vs. México**». Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C N° 215; y C.S.J.N. in re «**Leiva, M. Cecilia**», entre otros).

En el orden nacional la Ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, establece criterios en la interpretación de la prueba, que si bien constituyen pautas generales, importan un compromiso para el juzgador de valorar la prueba con perspectiva de género, es decir, con una mirada integral de la problemática, analizando las particularidades que presenta cada contexto en que se desarrolla el hecho. Así el art. 16 de la referida normativa establece la garantía que la investigación se realice bajo un estándar de amplitud probatoria para acreditar los hechos «teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos», en tanto el art. 31 conmina a los operadores judiciales a que ponderen, en orden a acreditar que el hecho tuvo lugar en un contexto de violencia de género, todas las presunciones que se construyan a través de indicios graves, precisos y concordantes.

Expresamente referí en el precedente «**Galdeano Reyes**» que «[...] no puedo dejar de soslayar que analizamos una problemática compleja que afecta un colectivo de personas en situación de vulnerabilidad que, por distintas circunstancias o factores, se ven privadas del pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales. Los problemas derivados de esta especial situación de vulnerabilidad, así, exceden un abordaje meramente jurídico en tanto se trata de una problemática compleja que atraviesa y debe ser atendida, comprendida y abordada desde conocimientos interdisciplinarios.

Por ello, el administrador de justicia al valorar elementos probatorios – particularmente pero no exclusivamente en la esfera penal– debe ponderar los patrones socioculturales y estereotipos sobre los que se construye esta problemática, a fin de tener una verdadera comprensión del fenómeno de violencia de género y, de esta manera, poder lograr desde el Derecho aportar soluciones que contribuyan a atacar el flagelo de la violencia y trabajar en pos de la igualdad de género».

Considero necesario en esta instancia formular una aclaración en torno a la aplicación del principio in dubio pro reo, en atención a las locuciones vertidas por las partes en la audiencia de informe oral.

En ese sentido en el precedente «**Ruiz Gutiérrez**» expliqué la vinculación entre la necesidad de aplicar perspectiva de género al analizar casos, como el que aquí se examina, con el mentado principio.

Al respecto, señalé que desde una perspectiva procesal, si bien el principio in dubio pro reo no es una regla de valoración probatoria sino una regla de decisión, no es menos cierto que su correcta aplicación presupone una actividad de valoración de la prueba que incorpore las particularidades propias de los casos de violencia de género, es decir, se deberá ponderar para determinar el valor probatorio que

corresponde atribuir a cada elemento de juicio, el bien jurídico protegido y su específico modo de ataque. Ello, si se pretende derivar —en un segundo momento— conclusiones lógicamente controlables para determinar si ha de absolverse o condenarse.

Destaqué también que el principio señalado, como regla decisoria en el plano procesal, presenta dos caras que operan de manera articulada, una cara externa, referida al umbral de prueba que ha de alcanzarse cuantitativamente para destruir el estado de inocencia; y otra interna o cualitativa, orientada al valor que ha de otorgársele a cada uno de los elementos probatorios sobre los que se erige el silogismo condenatorio. Expresamente referí que «[...] la categorización de un caso como de violencia de género no implica de manera alguna disminuir el estándar probatorio en tanto umbral de certeza necesario para alcanzar una sentencia condenatoria (aspecto externo), pero sí repercute en el peso y el lugar que se le atribuye a los elementos de prueba e indicios que integran el razonamiento judicial (aspecto interno), en tanto actividad hermenéutica que precede a su operación como regla decisoria».

Así, en este entendimiento, entiendo preciso valorar que en el caso traído a estudio y en atención a las particularidades del ataque, el relato de quien ha sido violentada en su libertad sexual, debe ser cuidadosamente analizado y se le debe otorgar un lugar de privilegio en la construcción de la premisa fáctica que integra el razonamiento del juez. En torno a la existencia o no de consentimiento válido por parte de S.G., el juzgador construyó su razonamiento desde una perspectiva de género otorgando de esta manera valor preponderante al relato brindado por aquélla, al que además consideró corroborado a partir de un análisis de los elementos periféricos del relato de S.G.

Al respecto he señalado en el **precedente «Alaniz Pineira»**, en relación a la valoración de los elementos de prueba en función de la perspectiva de género que «[...] para juzgar los conflictos en los cuales las mujeres son víctimas de violencia en sus distintas manifestaciones, hay que partir de aceptar que la realidad se encuentra polarizada en torno a patrones de dominación masculina que reproducen la discriminación en los distintos ámbitos en donde la mujer desarrolla sus relaciones interpersonales». Asimismo puse de resalto que «[...] los distintos operadores del derecho, tanto en la recaudación de elementos probatorios como al momento de valorarlos, deben orientar también su labor a detectar las circunstancias estructurales que perpetúan la violencia estructural contra las mujeres con el fin de imprimir en su análisis una perspectiva de género».

Respecto de esta forma de manifestación de violencia contra mujeres afirmé que «[a] fin de tener una mayor comprensión de esta problemática, debemos analizar el tema a partir de dos premisas fundamentales: i) la violencia sexual contra niñas y mujeres es una de las manifestaciones más claras de una cultura patriarcal que fomenta el control del cuerpo y la sexualidad de las mujeres; y ii) que los patrones de discriminación estructural que padecen las mujeres proveen el escenario donde se reproduce y fomenta la violencia sexual (cfr. **CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; parr. 17**)» (Concha, Jesús).

En este mismo sentido, **Segato** al analizar el sometimiento del género femenino a las estructuras patriarcales jerárquicamente constituidas y la etiología de la violencia señala que «[...] aun cuando la apropiación del cuerpo femenino [...] se dé en un marco de supuesta modernidad plena, como no es infrecuente, se produce en la superposición de dos sistemas: uno que eleva a la mujer a un estatus de individualidad y ciudadanía igual al del hombre, y otro que le impone su tutela. Este último [...] sigue estableciendo que las mujeres que no son propiedad de un hombre [...] son percibidas como propiedad de todos los hombres. En esencia, pierden su autonomía física y sexual». En este mismo contexto argumentativo refiere también sobre «[...] la apropiación del cuerpo femenino cuando se lo percibe en

condiciones de desprotección» (Segato, Rita Laura, **Las estructuras elementales de la violencia. Ensayos sobre género entre la antropología, el psicoanálisis y los derechos humanos**, Universidad Nacional de Quilmes, Bs. As., 2003, pags. 30 y 31).

Conforme a ello, y contrariamente a lo sugerido por la defensa, entiendo que la comprensión de estas estructuras subyacentes a los comportamientos que conformaron los hechos objeto del proceso, es lo que permite realizar una adecuada lectura del contexto de género en el que aquellos se desarrollaron. Ahora bien y, en relación al argumento de la defensa vinculado al supuesto consentimiento de la víctima, entiendo que ha quedado suficientemente desvirtuado en razón del análisis integral de los medios de prueba y en especial el relato de S.G. que dan cuenta del contexto de violencia sexual en que tuvo lugar el hecho.

He señalado que advierto en la praxis judicial que una de las posibles defensas para un acusado de abuso sexual es referir el consentimiento de la víctima en el acto y, a tal fin se utilizan habitualmente argumentos con base en estereotipos de género al respecto la jurisprudencia interamericana los ha señalado como «la preconcepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente» (Corte IDH, **Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México**. Sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 16 de noviembre de 2009; párr. 401)- o aludiendo -aun sutilmente- a ciertos prejuicios discriminatorios de corte patriarcal.

En este sentido, señalé en el precedente **«González, Mauricio»** que «[...] a través de su anclaje en el inconsciente colectivo, se crean y validan mitos sobre los perfiles de los varones abusadores y de las mujeres víctimas que, gravemente, impactan en decisiones judiciales, incluso en algunas ocasiones sin perjuicio de las pruebas que pudieran existir en autos».

En otras palabras, entiendo que la introducción de tales presunciones importa la invasión de prejuicios discriminatorios en el proceso judicial, que restringen los márgenes de protección de las mujeres contra la violencia sexual.

Por tal motivo, la promoción de igualdad implica que las autoridades judiciales lleven adelante su tarea de aplicar la ley sin preconceptos ni estereotipos discriminatorios. Tampoco puede ser de recibo el cuestionamiento que se dirige a sostener que no debe atribuirse como doloso el comportamiento del acusado. Al respecto el defensor sostiene que M. actuó en error sobre el estado de la denunciante, el que no le resultó perceptible.

En este sentido destaco, nuevamente, el grado de intoxicación alcohólica que tenía S.G. y que no consintió la pretensión de M. de mantener una relación sexual por vía vaginal ni anal –conforme, como se señaló, lo que expresó en el debate al declarar–.

En otro orden, no concuerdo con la defensa en relación a la pretendida imparcialidad del juzgador en atención a preguntas que formulara y que fueron las que llevaron al tribunal a sostener la calificación endilgada.

En este sentido de la reproducción de los registros audiovisuales es posible advertir que contrariamente a lo que pretende el recurrente las preguntas formuladas en las audiencias por el juez de la causa no fueron las que lo llevaron al convencimiento de la existencia del delito de abuso sexual con acceso carnal tentado, en forma exclusiva.

Tampoco fue una actividad excesiva la vinculada a la formulación de esas preguntas puesto que tuvieron el sentido de lograr una mejor comprensión a las declaraciones, es decir se trató de preguntas aclaratorias, pero no preguntas para indagar sobre aspectos no abordados por las partes (ver al respecto, y en lo

pertinente, los precedentes «Flores González», «Sosa Terrera», «Ferreyra Ordoñez», «Chacón Moyano»).

De manera tal que el agravio así esbozado no puede tener acogida favorable. A su vez, coincido con el Procurador General en relación a que la intervención de la representante del Ministerio Público Fiscal en las presentes actuaciones no resulta arbitraria tomando en consideración los principios que regulan la actuación de ese órgano.

En este sentido entiendo que en atención al principio de unidad que rige su actuación cada uno de los integrantes del Ministerio Público Fiscal lo representa, de manera tal que la intervención de la doctora R. aparece ajustada a las disposiciones que rigen su actuación (ley 8008 y modificatorias).

Tampoco puede tener acogida favorable el agravio referido a la ausencia de notificación de los fundamentos. En este sentido coincido con el Procurador General cuando señala que al llevarse a cabo audiencia del día 26 de noviembre de 2019, hallándose presentes las partes se dio lectura a la parte dispositiva de la sentencia cuyo punto VIII disponía el diferimiento para el quinto día hábil posterior de la lectura de los fundamentos, quedando notificada la defensa técnica de ello.

Finalmente, debe señalarse que los agravios formulados en torno a la calificación legal y el monto de la pena impuesto, atento a que tienen vinculación con el recurso promovido por la representante del Ministerio Público Fiscal, su tratamiento se hará en forma conjunta con aquél. Por los motivos expuestos considero que el recurso de la defensa técnica de L. M. M. debe ser rechazado.

El recurso de la representante del Ministerio Público Fiscal En relación al recurso casatorio formulado por la representante del Ministerio Público Fiscal anticipo opinión en el sentido de que debe ser acogido. La recurrente sostiene que se han aplicado erróneamente los arts. 119 y 42 del Código Penal.

Expresa que el juez, en primer lugar, señaló que el acceso carnal no se consumó por cuanto las lesiones sufridas por S.G. se encontraban en órganos genitales externos.

Agrega que, en segundo lugar, el a quo entendió que el acceso carnal no pudo consumarse por las condiciones del lugar, las inadecuadas posiciones y la nula experiencia sexual de S.G. A su vez, considera, a mi criterio acertadamente, que la primera consideración es errada, no sólo desde el punto de vista técnico-médico sino que no se condice con lo señalado por la doctora A. en el debate.

En punto a la segunda afirmación del juez expresa que resulta internamente contradictoria por cuanto no es posible afirmar que la falta de experiencia sexual de la víctima impidió la consumación del acceso carnal si se sostuvo que la estrechez de conciencia de aquella no permitió el libre y válido consentimiento de la acción ya que, de a su criterio, resulta irrelevante que tuviese o no experiencia sexual.

Agrega que la referencia del magistrado a la agresión sexual, como «relación sexual», resulta carente de una perspectiva de género que es obligatoria para los magistrados.

Añade que a la luz de los hechos que se tuvieron por probados y conforme la tipificación del delito de abuso sexual agravado por acceso carnal la conducta del imputado resulta, sin lugar a duda, un delito consumado y no tentado.

Expresa que el art. 119 del CP al tipificar el acceso carnal por cualquier vía no describe la penetración vaginal, anal u otra como elemento constitutivo del tipo, bastando para la realización completa que haya tenido lugar el acceso del pene del autor en el cuerpo de la víctima. Expresa que la doctrina y jurisprudencia han entendido que basta con la introducción del miembro viril en alguna cavidad orgánica de la víctima para tener por consumado el delito.

Agrega, por otra parte, que el magistrado nada dijo en sus fundamentos respecto a la penetración anal descripta en el examen ginecológico llevado a cabo y luego desarrollado por la perito A. en el debate.

Como anticipé, entiendo que asiste razón a la representante del Ministerio Público Fiscal. En efecto, de la lectura del acto sentencial emerge que el a quo sostuvo que el hecho no se consumó por cuestiones ajenas al acusado. Así, señaló «las lesiones que sufrió la víctima, son todas externas a saber: erosión de 0,5 cm. en hora 5, 6 y 7 de la horquilla vulvar, eritema de introito vaginal y en cara interna en labios mayores y menores de la región genital y paragenital; eritema y tumefacción en los pliegues anales, 3 erosiones en mucosa anal de 1 cm. en hora 11, 12 y 1, desgarró en hora 6 en forma triangular de 1.5 cm. x 1 cm. de base externa y vértice interno con sangrado activo en la región anal y perianal» (fs. 987 vta. 3° párrafo). Añadió el juez que los peritos que depusieron en el debate coincidieron en que para que la mujer logre mantener una relación sexual «placentera y sin dolor».

En relación a las características físicas y psíquicas de S.G refirió «[era] una mujer menuda, con la cual el imputado intentó mantener relaciones sexuales de pie, siento esta postura inadecuada para iniciarse en estas lides. La misma era virgen, no tenía conocimiento acabado sobre cómo llevar adelante un encuentro sexual de este tipo. Su lubricación no era la adecuada, su dilatación tampoco, por lo cual se le dificultó al imputado su penetración vaginal.

Al fracasar en este intento porque las condiciones no eran las adecuadas, pretendió llevar adelante su penetración por vía anal, la cual es aún más dificultosa que la vaginal, por lo cual tropezó con un compendio de dificultades aún mayor, los cuales no le permitieron concretar su penetración anal, ya que los requisitos para que esta se pueda llevar a cabo son aún mayores, ya que requiere del sujeto pasivo, una relajación casi absoluta del ano por parte de quien pretende ser penetrada, situación que por supuesto no se dio en este caso [...].

Las lesiones fueron externas, y por mucho que intentó la Sra. Fiscal de Cámara invocando el coito vestibular, no logró demostrar que hubo penetración del pene del imputado en el conducto vaginal, o en el conducto anal para que se consumase el acceso carnal, ya que entiendo que solamente de estas maneras se puede llegar a consumar el delito que se le atribuía al imputado.

La Dra. A. nos dijo: se veían erosiones por fricción, en la horquilla vulvar, en la zona perineal, es una zona de debilidad en donde habitualmente se provocan lesiones. Lesiones en el introito vaginal, a la entrada de la vagina. [Himen] íntegro, hubo un intento de penetración, no se descarta el coito vestibular (es decir que no lo podía aseverar)». Conforme lo expuesto entiendo que no existen dudas en relación a las lesiones que presentó S.G. derivadas del hecho investigado.

Al respecto el examen llevado a cabo en un primer momento ilustró: erosión de 0,5 cm. en hora 5, 6 y 7 de horquilla vulvar, zona que corresponde a la unión posterior de los labios mayores; eritema en introito vaginal y en cara interna de labios mayores y menores; “himen íntegro”. En tanto que la región anal y perianal se observó “eritema y tumefacción en los pliegues anales, tres erosiones en mucosa anal de 1 cm. en hora 11, 12 y 1. Desgarro en hora 6 de forma triangular de 1,5 cm x 1 cm. de base externa y vértice interno con sangrado activo.

En relación a su producción señaló la doctora A. que eran compatibles con abuso sexual con acceso carnal vía vaginal y anal reciente (ver fs. 158 y vta.). En ocasión de declarar en el curso del debate la profesional precedentemente señalada, respecto de las erosiones, expresó «[...] se producen por fricción fuerza externa genera desprendimiento de capas de la piel, localización en zona de horquilla vulvar donde se unen [...] justamente porque es una zona donde hay intercrucamiento de los haces musculares del periné donde habitualmente asientan lesiones; eritema en introito vaginal -cambio de coloración en la zona justamente en la entrada de la vagina, entrada y alrededor del orificio vaginal-, le preguntan por el himen

íntegro [...]». Luego señaló que las lesiones encontradas la orientaban a pensar en un intento de penetración sin que se pueda descartar el mismo (minuto 9:22).

En relación al introito vaginal y coito vestibular explicó que «[...] dentro de la anatomía de la mujer, parte posterior por el orificio de la vagina, caras laterales del vestíbulo...en posición ginecológica delimitan hacia arriba el clítoris y el meato uretral y hacia abajo el introito vaginal». Sobre si existió ingreso en el introito vaginal señaló que «en el introito vaginal sí» (minuto 12:10).

Al ser consultada por las lesiones constatadas en región anal refirió que «[...] el desgarró es producto de la separación de los tejidos en esa zona, erosiones fuerza externa [...] lesión de origen traumático y de afuera hacia adentro... desgarró de mediano tamaño y por el sangrado activo de origen reciente» (ver registro audiovisual del día 2/10/19 a partir del minuto).

De lo expuesto, y en lo que aquí interesa, entiendo acreditado que parte de las lesiones verificadas en S.G. al momento de llevarse a cabo el examen físico ginecológico se situaron en el denominado introito vaginal, además de las constatadas en región anal. De tal manera la cuestión a dilucidar excede el ámbito del conocimiento médico, puesto que el tema pasa por determinar el alcance del párrafo tercero del art. 119 del CP.

En otras palabras, supone desentrañar el sentido del acceso carnal por vía anal, vaginal u oral o la introducción de objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías.

Al respecto comparto el criterio que sostiene que el núcleo típico de la figura se consuma cualquiera sea el grado de penetración, sin ser requerible el perfeccionamiento fisiológico del acto sexual.

En este aspecto debe destacarse la inteligencia asignada al delito por este Cuerpo con anterioridad, en el sentido de que «[e]l coito vestibular supone la penetración del miembro viril del agente en el vestíbulo vulvar de la víctima.

Dicho coito constituye el acceso carnal a la que se refiere el artículo 119 del C.P. No es menester que el acto alcance su perfección fisiológica por la completa penetración vaginal ni por la eyaculación seminal.

En otras palabras, si la penetración se produce en el plano vestibular del órgano sexual del sujeto pasivo, el hecho encuadra en el delito de abuso sexual con acceso carnal previsto en el artículo 119 C.P., en razón que no es requisito que el himen pierda su contextura orgánica y por tanto la víctima "no sea virgen", porque se tiene acceso carnal cuando se penetra, porque el criterio que gobierna a la materia no es fisiológico y puramente biológico, sino el jurídico, que no exige una penetración completa, con desfloración, o con eyaculación u orgasmo paralelo o individual» (LS 407-183).

De lo expuesto se desprende que el hecho que se tuvo por acreditado fue erróneamente calificado por el juez a quo, por lo que en atención a las razones que he explicado y teniendo en consideración los extremos fácticos que se tuvieron por probados debe acogerse el recurso casatorio promovido por la representante del Ministerio Público Fiscal y casar la sentencia en el sentido de condenar al imputado por el delito de abuso sexual con acceso carnal consumado.

Ahora bien, en atención a la solución que propongo, consistente en acoger el vicio in iudicando propuesto por la representante del Ministerio Público Fiscal en relación a la calificación legal atribuida al hecho que se tuvo por acreditado, es que corresponde el rechazo de las críticas que la defensa formuló en torno a la subsunción legal del hecho y la pena impuesta.

Por último, comparto las apreciaciones señaladas por la titular de la acción pública en cuanto refiere la equiparación por parte del juez de sentencia de las expresiones «agresión sexual» y «relación sexual», lo que no resulta adecuado en un análisis con perspectiva de género.

Ello por cuanto si bien tales expresiones tienen un carácter marginal en el razonamiento que funda la decisión final adoptada, lo cierto es que la forma en que se manifiesta o describe lo acontecido puede implicar la reproducción de prejuicios de corte patriarcal en las distintas instituciones judiciales.

En este entendimiento, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) condena la discriminación contra la mujer (arts. 1 y 2). Específicamente el art. 5 impone a los Estados «modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basadas en la idea de inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres».

Por su parte, el Decreto Reglamentario N° 1011/2010 – reglamentario de la Ley N° 26.485 de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales- establece en su art. 2° inc. e) que «se consideran patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género, las prácticas, costumbres y modelos de conductas sociales y culturales, expresadas a través de normas, mensajes, discursos, símbolos, imágenes, o cualquier otro medio de expresión que aliente la violencia contra las mujeres».

En función de las aludidas mandas legales, resulta imperante un control judicial constante con enfoque de género, a fin de garantizar una efectiva prestación de servicio de justicia con la necesaria perspectiva de género que la temática en estudio demanda.

Por lo expuesto, y opinión concordante del señor Procurador General, corresponde dar respuesta negativa a la primera cuestión y rechazar el recurso casatorio promovido. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Por su voto.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, POR SU VOTO, DIJO: Puesto a resolver el recurso casatorio promovido coincido con la solución a la que llega mi colega preopinante y, en cuanto a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género me remito, en lo pertinente, a lo oportunamente señalado en «**Di Cesare Morales**», «**Zurita**» y «**Mejía Salvador**» por resultar aplicable en ese aspecto el presente caso.

Asimismo, encuentro oportuno formular unas breves consideraciones desde el deber estatal de entender y resolver los conflictos en clave de derechos humanos y con enfoque de género.

Ello, en razón de algunas expresiones vertidas por el defensor del acusado en ocasión de realizarse la audiencia oral del caso que nos ocupa.

Debe decirse, en primer lugar, que la perspectiva de género ha permitido incorporar en el análisis de la norma el enfoque de los derechos humanos en relación a las mujeres y disidencias sexuales, persiguiendo la materialización efectiva del principio de igualdad en la valoración judicial y en el acceso a justicia.

Así, el enfoque de los derechos humanos visibilizó, entre otras cosas, la existencia de minorías –no en términos numéricos sino jerárquicos– históricamente vulneradas y segregadas en todos los ámbitos de la vida social, tanto públicos como privados.

Minorías que, en la aplicación de los derechos y en el desarrollo de un andamiaje jerarquizado entre las personas en razón del sexo, la raza, la edad, etc., quedaron –o fueron puestas– al margen de la construcción de la norma. Complementariamente, la mirada de género puso en evidencia que aquello que en tal andamiaje se ofrecía como «lo normal» o «la verdad» encubre formas múltiples de opresión y subordinación hacia el género femenino. Ejemplos de tal consideración en nuestra historia jurídica no faltan. Piénsese en la construcción de la noción de «crimen pasional», fundado en el impulso

desenfrenado y la dificultad de los varones de contener la ira como forma de expresión de sus frustraciones.

Pues, es la perspectiva de género la que permitió mirar este tipo de delitos desde otro lugar y prever legalmente la existencia del femicidio en pie de igualdad con otro tipo de homicidios agravados.

Misma explicación se ofrece para entender el tránsito en la consideración de los delitos contra la integridad sexual, evolucionando desde la consideración del hecho como un «acto de desahogo sexual» hacia el reconocimiento de la mujer en tanto víctima y no depositaria de los apetitos sexuales de los varones, con la correlativa obligación de sancionar debidamente y en pie de igualdad la conducta sexual que se ejerce sobre el cuerpo de una mujer que no consiente el acto.

De este modo, la justicia ha podido acercarse a su obligación estatal de aplicar la norma desde el principio de igualdad entre los seres humanos, evidenciando la subordinación imperante en el sistema cultural en el que vivimos. Ahora bien, como puede advertirse, lejos de tal concepción se encuentra la noción de una supuesta intencionalidad ideológica que pretende imponer un orden teórico de ideas a sujetos que no las comparten.

Por el contrario, sostener la existencia de «ideología de género» implica necesariamente partir de la idea de que antes existe un orden «natural» que hace a la normalidad de la sociedad y que debe ser respetado, el cual resultaría «amenazado» desde esta «ideología» que persigue por fin último imponer la supremacía del sexo femenino sobre otro.

Ello no es así. Lo que el enfoque de derechos humanos con mirada de género postula es el deber del/la juzgador/a de buscar, sobre todo, el efectivo cumplimiento de los derechos humanos desde el principio de igualdad; y para eso es necesario analizar la prueba e interpretar las normas ajustando las inequidades propias del sistema social y cultural en el que vivimos.

La perspectiva de género, ni más ni menos, visibiliza estas **desigualdades** que el operador judicial debe tener en cuenta durante todo el proceso para llegar a un resultado justo y equitativo. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Por su voto.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO, POR SU VOTO: Sobre la cuestión a resolver, adelanto que comparto la solución a la que llegan mis colegas de sala en relación al tratamiento de los recursos promovidos.

Ahora bien, y, en relación a la perspectiva de género en el proceso penal he tenido ocasión de pronunciarme en diversos precedentes, motivo por el cual estimo necesario realizar diversas apreciaciones.

Efectivamente, en las causas «**Cruz Caporiccio**», «**Merlo Lassa**»; «**Quiroga Morales**»; «**Ojeda Pérez**»; «**Vázquez Tumbarello**»; «**Vega**»; «**Zurita**»; (entre otros) me he referido a cuestiones que entiendo resultan aplicables al caso examinado y que informan el modo en que a mi criterio debe ingresar la perspectiva penal al proceso penal.

En primer lugar en el **precedente «Ojeda Pérez»**, sostuve que «[...] comparto que aquella concepción según la cual la perspectiva o visión de género es una “categoría analítica que toma los estudios que surgen desde las diferentes vertientes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma, cuestionar los estereotipos y elaborar nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad al servicio de la igualdad y la equidad” (UNICEF, “**Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas**”, Buenos Aires, 2017).

Destaco la idea de igualdad contenido en la definición en tanto se encuentra no sólo consagrada expresamente en el texto constitucional (art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza), sino, también, en el

ámbito de la normativa internacional. Así, entre otros, la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” - Belem Do Pará -, garantiza que toda mujer tiene “el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley” (art. 4, inc. “f”).

También señalé en esa ocasión que «[...] en nuestro ordenamiento interno, la ley nacional 26.485 es una norma orientada pura y exclusivamente a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las "mujeres". En tal sentido, entre sus objetivos primordiales, el propio texto promueve y garantiza “la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida”, “el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia”, “las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos”, como también, “la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres”(art 2, inc. a, b, c y e respectivamente)».

Así, «[...] ese texto normativo vino a imponer un verdadero “deber jurídico” para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas. Sus destinatarios directos son aquellos sujetos que integran los órganos decisores en el marco de los procesos judiciales penales, ya sea por el lado de quienes resultan facultados para disponer sobre el curso de investigación, como también, respecto de quienes son los encargados de su juzgamiento».

Ese deber jurídico no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley. Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que «[l]os organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativos, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional [...] los siguientes derechos y garantías: i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son su naturales testigos [...] **(art. 16)**».

Ahora bien, además de ese deber genérico, ya en el terreno que resulta propio a la actuación de los órganos de justicia dentro de los procedimientos jurisdiccionales penales, el texto legal contiene normas que «[...] consagran lineamientos funcionales para los operadores del sistema de administración de justicia en el abordaje de la problemática de género. En consonancia con el sistema de protección integral, se consagra el principio de «amplia libertad probatoria» para tener por acreditados “los hechos denunciados, evaluándose las pruebas ofrecidas de acuerdo con el principio de la sana crítica. Se considerarán las presunciones que contribuyan a la demostración de los hechos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes” **(art 31)**».

Tal manera de llevar a cabo el análisis con perspectiva de género, con el objetivo de asegurar la igualdad de trato importa que en la investigación y juzgamiento de los hechos delictivos, la hipótesis preliminar investigativa, la recolección de elementos, búsqueda de evidencias, como su cotejo y valoración, que determinan la teoría del caso, la teoría de la prueba y la teoría jurídica que le corresponde, debe efectuarse en contexto. Ello, como debe hacerse con relación a todos los hechos delictivos en el sistema de justicia. Es decir, que la perspectiva de género es un método que pretende garantizar un trato igualitario, sin discriminación, ni prejuicio —**conf. «Zurita»**—.

De tal manera, y conforme sostuve en «Ojeda Pérez», «[...] el texto legal vigente [ley 26.485] no introduce un nuevo método de valoración probatoria para los casos de violencia de género, puesto que siempre la prueba debe valorarse conforme al sistema de la sana crítica racional (art. 206 y 409 del CPP). A mi modo de ver, la imposición de un método de valoración de la prueba como herramienta obligatoria para el

abordaje de esta problemática, se justifica ante la necesidad de evitar que los órganos jurisdiccionales decisores puedan apartarse en la adopción de decisiones, del contexto fáctico que es propio a este género de conductas delictivas».

Así, «[...] el acierto de la ley consistió en establecer, en forma igualitaria, un método de valoración que evite la discriminación que en ocasiones ocurría por prácticas derivadas de la cultura jurídica patriarcal inquisitiva, que se transformaron en consuetudinarias, y que era necesario erradicar. Repárese que es la propia Convención Belem Do Pará donde se fija, como un deber de los Estados el “tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer” (art. 7, inc. “e”)).».

Ello no resulta novedoso para la labor jurisdiccional en razón de que «[...] siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba –objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento.

Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto.

Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas». Conforme a lo expresado «[...] es el contexto en el que se inserta el hecho delictivo el que viene a determinar el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio.

Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres el testimonio de la víctima ostenta un valor fundamental en la comprobación de los extremos de una imputación delictiva, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la responsabilidad penal derivada del mismo».

Por todo ello, uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo.

A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables.

De tal manera «[...] uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo. A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables».

De no proceder de esta manera estaríamos recreando la sociedad estamental –con características propias– del Estado premoderno, lo que implicaría una vulneración del principio de igualdad –consagrado en el art. 16 de la CN y 7 de la CM–, el que, a su vez, constituye uno de los pilares de la República Federal –hasta aquí, conf. «Ojeda Pérez»–.

Además he señalado que la perspectiva de género no se trata simplemente de un lenguaje, sino esencialmente de una forma de actuación que requiere comprender en toda su dimensión que existen en los casos y/o circunstancias una situación de discriminación que se reclama su cese para asegurar un trato igualitario de todas las personas –conf. «Zurita»–.

En particular en materia penal el método de análisis con perspectiva de género que debe ser utilizado cuando la mujer es víctima de un delito, es para asegurar que la ley, que es igual para todas las personas, sea también aplicada con igualdad de trato ante ella, evitando la discriminación por usos y costumbres derivadas de la cultura estereotipada patriarcal –como poder ideológico– que se vale de la posesión de ciertas formas de saber, información o códigos de conducta, incluso por la posesión de ciertos bienes que le dan la primacía a algunos varones sobre los restantes integrantes de cada grupo de pertenencia de varones, mujeres y niños/as; y entre los varones al primigenio; como de los varones sobre las mujeres y de éstas sobre los niños/as–, para ejercer una influencia sobre el comportamiento de los demás e inducir a los miembros del grupo a efectuar o no efectuar una acción, o machista –como ejercicio o manifestación de la fuerza o económico, que se impone por la asimetría entre los varones y de estos con las mujeres–, como capacidad de determinar el comportamiento de los demás; pero ambos imponen rígidos roles que contribuyen a instituir y mantener sociedades desiguales, divididas entre fuertes y débiles, ricos y pobres, como de sabios e ignorantes (ver **BOBBIO, Norberto, Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política, Fondo de Cultura Económica, trad. José F. FERNÁNDEZ SANTILLÁN, México, 1989) -conf. «Zurita»-**.

Es decir que, este método de análisis es para asegurar que la conquista de la igualdad consagrada en el art. 16 de la CN, donde además de ser iguales las personas ante la ley y esta una misma para los habitantes, en los hechos tenga una acción y fuerza uniforme (art. 7 de la Constitución de Mendoza).

En tercer lugar y como expuse en el caso en el caso «**Vázquez Tumbarello**», la relevancia de la ley 27.499, denominada «Ley Micaela», en tanto dispuso la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra la mujer para todas las personas que desempeñen la función pública, en cumplimiento del objetivo señalado. En coincidencia con aquella normativa la Acordada N° 29.318 de esta Suprema Corte de Justicia, y su anexo «Programa de capacitación permanente para la incorporación de la perspectiva de género en el marco de la Suprema Corte de Justicia».

Así, con fundamento en el principio de igualdad y la consecuente prohibición de discriminación, se dispusieron una serie de acciones concretas para asegurar la «igualdad real» de las mujeres en sus relaciones interpersonales.

En conclusión, entiendo que la trascendencia de la ley 26.485 radica no en conformar un estatus jurídico distinto aplicable a la mujer, sino que mediante la capacitación dirigida a los funcionarios públicos y, en lo que aquí interesa, a funcionarios y magistrados del poder judicial, se otorgue una perspectiva para valorar los elementos probatorios bajo el prisma de la igualdad consagrada en la normativa nacional.

Ella debe estar despojada de estereotipos y prácticas relacionadas con la cultura jurídica patriarcal-inquisitiva, plasmada en usos y costumbres que importaron, e importan, prácticas que impiden poner en contexto los medios convictivos al momento de su ponderación.

Finalmente, debo destacar la importancia de la precisión en el uso del lenguaje en toda resolución judicial, siendo recomendable tener siempre en cuenta el empleo de vocablos lo más exactos, adecuados e indispensablemente claros, evitando expresiones o términos ambiguos, equívocos, multívocos o que puedan generar confusiones o malos entendidos por el significado o implicancia actual de las palabras. Estas consideraciones, como adelanté, las entiendo plenamente aplicables al caso. **ASÍ VOTO.**

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de la cuestión anterior, corresponde casar el resolutive I de la sentencia n° 1030, originaria del Tribunal Penal Colegiado N° 1, el que quedará redactado de la siguiente manera: «CONDENANDO a M. M. L. A. ya filiado como autor del delito de ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL, que se le atribuye

en autos N° P 152.127/17 previsto y penado por el art. 119 3° párrafo, arts. 29 inc. 3 y 12 del Código Penal, 557 y concordantes del Código Procesal Penal». Consecuentemente, deberán remitirse las presentes actuaciones al Tribunal Penal Colegiado N° 1 para que la OGAP siga el trámite de ley a fin de que se determine la pena aplicable al acusado. En tal sentido, resultando en este caso una situación análoga a la prevista en el art. 38 de la ley 9.106, y por ser esta ley posterior a la ley 6730 –y sus modificaciones–, corresponde en tanto resulte compatible, que se aplique el procedimiento previsto en el inc. “b” de la citada norma para la determinación de la pena. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. OMAR A. PALERMO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede. SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas por su orden y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO. Sobre la misma cuestión los DRES. OMAR A. PALERMO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Desestimar formalmente el recurso de casación deducido por el representante del querellante particular a fs. 1010/1027 y admitir formalmente los interpuestos a fs. 1071/1083 y a fs. 1029/1070 por la representante del Ministerio Público Fiscal y la defensa técnica de L. M. M., respectivamente.
- 2.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 1029/1070 por la defensa técnica del imputado.
- 3.- Hacer lugar al recurso de la representante del Ministerio Público Fiscal formulado a fs. 1071/1083. En consecuencia, corresponde casar el resolutive I) de la sentencia n° 1030, originaria del Tribunal Penal Colegiado n° 1 el que quedará redactado de la siguiente forma «CONDENANDO a M. M. L. A. ya filiado como autor del delito de ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL, que se le atribuye en autos N° P 152.127/17 previsto y penado por el art. 119 3° párrafo, arts. 29 inc. 3 y 12 del CÓDIGO Penal, 557 y concordantes del Código Procesal Penal».
- 4.- Remitir, en función del resolutive anterior, las presentes actuaciones al Tribunal Penal Colegiado N° 1 para que la OGAP siga el trámite de ley a fin de que se determine la pena aplicable al acusado. Al resultar este caso una situación análoga a la prevista en el art. 38 de la ley 9106 corresponde, en tanto resulte compatible, que se aplique el procedimiento previsto en el inc. “b” de la citada norma para la determinación de la pena.
- 5.- Imponer las costas por su orden y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 6.- Tener presente las reservas del caso federal.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

41- RIOS. 02-12-20.

| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
|-----------|-------------|------------|------|--------|---------|---------|----------|---------|-----------|---------|---------|-------------|---|------------|
| | Conv | | | | | | | | | | | | | |
| VG | EG | NNA | | - | - | - | A | - | CR | - | - | - | - | 474 |

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201202_FcRNR.pdf

Lex: Art. 119, 3° párrafo en función con el inc. b último supuesto y f, 55 y 125, 3° párrafo, último supuesto del CP. Ley 26485. Convención Belem do Pará.

Vox: VG. NNA. A.S.I.. Abuso sexual. Acceso carnal. Encargado de la guarda. Convivencia. Concurso real. Promoción a la corrupción de menores agravado. Filmación. Vulnerabilidad. Derecho a la verdad. Amplitud probatoria. Violencia de género.

Summa:

El **TPC** condenó al nombrado a la pena de **catorce años de prisión** como autor del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por la calidad de guarda y por ser cometido contra una menor de 18 años de edad aprovechando la situación de convivencia preexistente (en un número indeterminado de hechos en concurso real) en concurso real con promoción a la corrupción de menores agravado por la calidad de guarda (arts. 119 3° párrafo en función con el inc. b último supuesto y f, 55 y 125 3° párrafo, último supuesto del CP); y abuso sexual con acceso carnal agravado por la calidad de guarda y por ser cometido contra una menor de 18 años de edad aprovechando la situación de convivencia preexistente (en un número indeterminado de hechos en concurso real) en concurso real con promoción a la corrupción de menores agravado por la calidad de guarda (arts. 119 3° párrafo en función con el inc. b último supuesto y f, 55 y 125 3° párrafo, último supuesto del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1104, pronunciada por el TPC N° 1-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Voto Dr. Adaro

- Galdeano Reyes. 31-07-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=242>
- Merlo Lassa. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf
- Gatica Toledo. 02-03-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180302_FcGTM.pdf
- Di Garbo. 04-04-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190404_FcDGMR.pdf
- Concha, Jesús. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- Zubieta Duchén.

Voto Dr. Palermo.

- Di Cesare Morales. 26-06-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=156>
- Mejía Salvador. 10-09-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=197>

Voto Dr. Valerio.

- Morales Quiroga.
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Merlo Lassa. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=243>
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>
- Teves
- Italiani
- Brancello. 05-03-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200305_FcBUD.pdf

b-CIDH

- «Castro Castro vs. Perú». Fondo, 25-05-06.
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf
- Caso Rosendo Cantú vs. México. 31-08-10
https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=339
- Caso «Fernández Ortega y otro vs. México». 30-08-10.
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/fernandez_ortega/esap.pdf
- Caso «Bámaca Velásquez vs. Guatemala». 21-08-14.
https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=244

Doctrina citada

Parágrafos destacados

SCJM. Dres.: **Adaro.** Valerio. Palermo

Fallo.

CUIJ: 13-05314199-9/1((018601-139665)) FC/ R. N. R. A. P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL ... (P-139965/17) (139965) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105482925

En Mendoza, a los dos días del mes de diciembre del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05314199-9/1 caratulada "F. C/ R. N., R. A. P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO ... S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO; segundo, DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero, DR. OMAR A. PALERMO.

La defensa de R. A. R. N. interpone recurso de casación contra la sentencia N° 1.104, mediante la que se condenó al nombrado a la pena de catorce años de prisión como autor del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por la calidad de guarda y por ser cometido contra una menor de 18 años de edad aprovechando la situación de convivencia preexistente (en un número indeterminado de hechos en concurso real) en concurso real con promoción a la corrupción de menores agravado por la calidad de guarda (arts. 119 3° párrafo en función con el inc. b último supuesto y f, 55 y 125 3° párrafo, último supuesto del CP) investigados en autos N° P-41.244/18; y abuso sexual con acceso carnal agravado por la calidad de guarda y por ser cometido contra una menor de 18 años de edad aprovechando la situación de convivencia preexistente (en un número indeterminado de hechos en concurso real) en concurso real con promoción a la corrupción de menores agravado por la calidad de guarda (arts. 119 3° párrafo en función con el inc. b último supuesto y f, 55 y 125 3° párrafo, último supuesto del CP) investigados en autos N° P-139.965/17; pronunciamiento dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de esta Primera Circunscripción Judicial, actuando en forma unipersonal.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

1.- La sentencia recurrida

El juez de la instancia anterior resolvió del modo precedentemente señalado, por entender acreditado que «[...] en fecha no precisada, pero situable entre el mes de mayo del 2013 y julio del 2014, en horarios de mañana, R. R. N., quien residía en el domicilio sito en barrio, junto a F. A. E. M., quien en los periodos mencionado tenía entre 14 y 16 años, oportunidad en que el resto de la familia no se encontraba en la vivienda de mención, el encartado en reiteradas oportunidades llamaba a la víctima a la habitación y la convenía de que se sacara la vestimenta, tomándole fotografías y efectuando filmaciones de la misma desnuda, para luego penetrarla vía vaginal con su pene y requiriéndole que le practicara sexo oral, todo ello en contra de la voluntad de la menor, colocando el dispositivo de tal modo que pudiera captar a la niña, refiriéndole que dichas filmaciones era para bien de la familia y para que los mismos no sufran ningún tipo de riesgo». Los hechos fueron investigados en los autos N° P-139.965/17.

Para así resolver, el sentenciante valoró las declaraciones testimoniales de F. A. E. M., N. E., P. M., P. G., el Dr. Agustín Agasso y la evaluación psicológica realizada a la víctima de fs. 112 por el Equipo de Abordaje de Abuso Sexual (EDEAAS).

De igual modo, el juez tuvo por probado que «[...] en fecha y hora no determinada, pero situable entre febrero del 2014 y previo a febrero del año 2017, R. A. R. N., quien residía en el domicilio....., junto con la menor N. A. E. y, quien en los periodos mencionados tenía entre 13 y 15 años de edad, convenció en reiteradas oportunidades a la menor de que se quitara la ropa, tomándole fotografías desnuda y realizando grabaciones, requiriéndole que efectuara poses, ocasiones en que le introducía su pene en la zona de la vagina de la niña, como así también le efectuaba tocamientos con sus manos y con su pene en la zona de los pechos y debajo de la cintura, todo ello en contra de la voluntad de la víctima, colocando el dispositivo de modo tal que pudiera captar a la niña, refiriéndole a la menor que dichas filmaciones eran para obtener dinero y darle de comer a sus hijos.

Tales hechos se reiteraron en numerosas oportunidades, ocurriendo en el domicilio descripto precedentemente, en el comedor, en la pieza y en un vehículo. En este caso, los hechos se investigaron en los autos N° P- 41.244/18. El sentenciante llegó a esa conclusión luego de ponderar la declaración testimonial de N. E., F. E., P. M., P. G., el informe psicológico practicado a la víctima por el EDEAAS y la pericia psicológica-psiquiátrica realizada por el Equipo para el Abordaje del Abuso Sexual Infantojuvenil (EPAASI).

2.- Recurso de casación

La recurrente promueve su impugnación a tenor de lo dispuesto por el art. 475, incs. 1 y 2 del CPP, esto es, por considerar que existen vicios in iudicando y vicios in procedendo en la resolución que cuestiona.

En el aspecto formal, alega que en la resolución que cuestiona se ha inobservado el art. 416 incs. 3 y 4 del CPP, ya que se advierte una motivación contradictoria, ilegítima, arbitraria y la transgresión de las reglas de la sana crítica racional.

Asimismo, entiende que tampoco se han observado normas internacionales incorporadas a nuestra Constitución, como el principio de inocencia contemplado en el art. 18 de la CN, el derecho de defensa en juicio, los principios de congruencia, intermediación, contradicción e imparcialidad del juez.

De este modo, y en relación a los hechos investigados en la causa N° 139.965/17, entiende que el sentenciante elaboró una motivación falsa al momento de analizar la veracidad de la declaración de la víctima F. E..

En este sentido, considera que el juez de sentencia meritó como pruebas relevantes los testimonios de M. N. M., P. M. y N. E., quienes son testigos de oídas que no aportaron ningún elemento sustancial para sostener las circunstancias de tiempo, modo y lugar de los hechos atribuidos a su asistido.

Del mismo modo, y en relación al testimonio de R. E., progenitor de la víctima en autos, cuestiona que éste se enteró de los abusos perpetrados por el imputado R. N. a través de su pareja, P. G., y no por la víctima, como lo afirma ésta en su declaración.

Destaca que frente a esta situación probatoria, adquiere relevancia la impugnación que planteó en la instancia anterior de la evaluación psicológica realizada a la víctima, por considerar que presentaba vicios que acarrearían su nulidad absoluta.

Ello, expresa, fue rechazado por el juez por considerar que fue presentada en forma extemporánea y que no se había expresado con claridad el agravio producido. Advierte que no comparte la solución del juez a quo y que incorpora este punto como motivo de queja. Sostiene también que el juez de sentencia no consideró en su análisis las declaraciones testimoniales de S. Q., J. F. N., F. R. y O. A. L..

Entiende que la omisión de considerar pruebas relevantes y significativas que, de algún modo hubieran sido aptas para provocar conclusiones distintas a las expresadas en el acto sentencial, es lo que se

considera motivación ilegítima. Como vicio sustancial cuestiona la subsunción del hecho en el delito de promoción a la corrupción de menores.

Ello por cuanto entiende que esta figura penal requiere, por parte del autor, una conducta idónea para pervertir el instinto sexual de la niña pero agrega que, además, debe perseguir un fin. Explica que el autor debe estar guiado por la voluntad de realizar un acto que sabe depravador, con conocimiento de que está realizando un acto apto para poner en peligro el desarrollo sexual de la menor.

Asegura que nada de ello ha sido expresado por el juez a quo en su sentencia para sostener la existencia del tipo penal. Afirma que se tuvo por acreditada la existencia de una filmadora en el domicilio, como así también, la existencia de videos; sin embargo, nada de ello fue probado. Por ello, considera que existe un erróneo juicio de subsunción normativa de los hechos investigados en la causa, el que debe ser corregido mediante el control casacional que se ha impetrado.

En relación a los hechos investigados en la causa n° P-41-244/18 en donde se lo acusó de hechos llevados en contra de N. E., la defensa sostiene que a los fines de no realizar transcripciones y reiterar fundamentaciones innecesarias, da por reproducido lo indicado en el momento de analizar la causa acumulada, dándolo allí por reproducido. Por todo lo expresado, solicita se case la sentencia y se proceda en el sentido indicado por el art. 485 del CPP o, en su defecto, se anule la resolución impugnada, de conformidad a las disposiciones comprendidas en el art. 486 del CPP. Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del Procurador General

En oportunidad de emitir su dictamen, el Procurador General considera que el recurso de casación articulado debe ser rechazado en lo sustancial, toda vez que la defensa del imputado pretende una revisión ex novo de lo que ya ha sido tratado en el debate y sometido a la contradicción de acusación y defensa.

Expresa que la sola reiteración de la posición defensiva no alcanza para romper el cuadro probatorio e indiciario colectado por la investigación, relevado por el a quo en el debate y plasmado en la sentencia.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

En adelanto de las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso de casación articulado debe ser rechazado en tanto no logra desvirtuar la validez de la sentencia condenatoria impugnada.

a.- Preliminarmente, y al advertirse que las víctimas en autos pertenecen a un sector vulnerable de la población, estimo oportuno realizar algunas consideraciones en torno a los compromisos asumidos por el Estado argentino de asegurar un efectivo acceso a la justicia (arts. 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Particularmente en lo que respecta a la garantía de acceder a una investigación penal seria respecto a un delito cometido en ámbitos de incumbencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos –esto, en el pleno entendimiento de la condición de obligación de medios que rige a su respecto–. Así, debe considerarse que la investigación criminal realizada en forma acorde a los mandatos de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos funge como una medida de reparación para la víctima y sus familiares, y como una garantía de **derecho a la verdad**.

Conforme los estándares internacionales y regionales, debo señalar que F. E. y N. E., quienes fueron víctimas de abuso sexual por parte del imputado, son titulares de una doble protección jurídica: por ser mujeres y niñas. Se trata entonces de una doble condición de vulnerabilidad que las atraviesa, por cuanto

cada una de dichas condiciones demandan una especial protección por parte de todos los agentes de la organización estatal a fin de prevenir la violencia de las que históricamente han sido objeto; y de los operadores del derecho, quienes tienen la obligación de ser diligentes en la investigación, imprimiendo en el análisis de estos casos una lectura desde el enfoque de género, con el objeto de brindar una solución justa en cada caso.

Tal como he sostenido en pronunciamientos anteriores, en lo que respecta a la investigación criminal como garantía del derecho a la verdad, interesa destacar que tanto la Corte como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH y CIDH respectivamente), han sostenido que el derecho a la verdad se vincula de manera directa con los derechos a las garantías judiciales y de protección judicial, los cuales se encuentran establecidos en los artículos XVIII y XXIV de la Declaración Americana, así como en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana (Cfr. Informe CIDH, Derecho a la verdad en las Américas, 13 de agosto de 2014, párr. 66).

Este compromiso implica que el Estado tiene la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para investigar seriamente lo sucedido y, en su caso, sancionar a los responsables de los hechos. Este derecho no sólo pertenece a la víctima y sus familiares, sino también a la sociedad en su conjunto, cuando se han vulnerado derechos humanos (**«Concha, Jesús y ots.»**).

La Corte IDH en el **«Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala»**, se pronunció por primera vez en este sentido, reconociendo expresamente que el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de las víctimas o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que provienen de los derechos a las garantías judiciales y protección judicial, establecidos en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana (Cfr. Corte IDH, Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala, sentencia de 31 de enero de 2006, Serie C N° 70, párr.201).

Expresamente señalé en tal oportunidad que «En pos de lograr tal objetivo, la Corte IDH ha determinado que las autoridades encargadas de las investigaciones tienen el deber de asegurar que en el curso de las mismas se valoren los patrones sistemáticos que permitieron la vulneración a los derechos y garantías reconocidos en las convenciones.

Sostuvo también, que para garantizar su efectividad, las investigaciones deben ser conducidas tomando en cuenta la complejidad de este tipo de hechos y de la estructura en la cual se ubican las personas probablemente involucradas en este tipo violaciones, de acuerdo al contexto en que ocurrieron, evitando así omisiones en la recaudación de prueba y en el seguimiento de líneas lógicas de investigación (Cfr. Informe CIDH, Derecho a la verdad en las Américas, 13 de agosto de 2014, párr.78)».

En este entendimiento, y a fin de tener una mayor comprensión de esta problemática, debemos analizar el tema a partir de dos premisas fundamentales: i) la violencia sexual contra niñas y mujeres es una de las manifestaciones más claras de una cultura patriarcal que fomenta el control del cuerpo y la sexualidad de las mujeres; y ii) que los patrones de discriminación estructural que padecen las mujeres proveen el escenario donde se reproduce y fomenta la violencia sexual (cfr. **CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; parr. 17**).

Por lo tanto, para brindar una solución justa para el caso sub examine debemos imprimir en su análisis una lectura desde el enfoque de género. Así, la violencia ejercida contra las mujeres en razón de su género ha merecido un especial amparo, a nivel supranacional a través de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), a la cual adhirió nuestro país mediante la sanción de la ley N° 24.632, en donde se establecen las obligaciones del

Estado respecto de la erradicación de la violencia de género. Del mismo modo, las 100 Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, adoptada durante la Cumbre Judicial Iberoamericana por los presidentes de las Supremas Cortes de Justicia, y aprobada por esta Corte mediante Acordada Nº 24.023, tiene por objeto garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad y, entre ellas, a las mujeres, niñas y niños que forman parte de la población vulnerable por hallarse discriminadas en razón de su género.

A nivel nacional la ley **26.485**, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, estableció criterios en la interpretación de la prueba, que si bien constituyen pautas generales, importan un compromiso para el juzgador de valorar la prueba con perspectiva de género, es decir, con una mirada integral de la problemática, analizando las particularidades que presenta cada contexto en que se desarrolla el hecho. De esta manera el art. 16 de la referida normativa establece la garantía que la investigación se realice bajo un estándar de amplitud probatoria para acreditar los hechos «teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos», en tanto el art. 31 conmina a los operadores judiciales a que ponderen, en orden a acreditar que el hecho tuvo lugar en un contexto de violencia de género, todas las presunciones que se construyan a través de indicios graves, precisos y concordantes. En la misma dirección, y tal como he indicado en precedentes anteriores, entiendo oportuno señalar que la jurisprudencia tanto en el sistema interamericano de protección de derechos humanos como a nivel nacional, ha construido paulatinamente los lineamientos o estándares en la interpretación de la prueba en materia de género, reflejando en su análisis una visión integral de la temática y la especial ponderación del testimonio de la víctima (Cf. Corte IDH, Caso del penal Castro Castro vs. Perú. Fondo, Reparación y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C Nº 160; Corte IDH, Caso Rosendo Cantú vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C Nº 216; Caso Fernández Ortega y otro vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C Nº 215; y C.S.J.N. in re “Leiva, María Cecilia”, entre otros).

Sentado cuanto precede, entiendo que el sentenciante consideró en forma satisfactoria los estándares probatorios delineados tanto en el sistema interamericano como en el orden nacional. Así, para la acreditación de los hechos constitutivos de la agresión sufrida por las víctimas y la sindicación que realizó del acusado R. N. como autor de los hechos, ponderó todos los elementos de juicio incorporados legítimamente al debate bajo los parámetros de valoración que impone la temática en estudio.

b.- De este modo, y en lo que respecta a los hechos investigados en la causa Nº 139.965/17, advierto que el juzgador con base a esta perspectiva construyó su razonamiento en donde le otorgó un valor preponderante a la versión de los hechos brindada por F. E., en tanto entendió que su extenso relato en audiencia de debate coincidió con lo manifestado por ésta al momento de efectuar la denuncia, como así también, consideró que la testigo describió «[...] de manera pormenorizada, cómo se iniciaron las acciones por las cuales el acusado, contra su voluntad, la hacía desvestir, le tomaba fotografías y efectuaba filmaciones de ella desnuda, colocando el dispositivo de tal manera que pudiera captar a la niña [...]» (ver fundamentos fs. 705 vta./706).

A su vez, el juez de sentencia consideró que esta versión de los hechos se encontraba debidamente corroborada por los restantes elementos prueba, en particular, las distintas declaraciones testimoniales que dieron cuenta no sólo de lo manifestado por la víctima en relación a los sucesos de abuso perpetrados

por R. N., sino también confirmaron las demás circunstancias modales que conformaron los hechos atribuidos al acusado.

Del mismo modo, el juez de sentencia ponderó como elementos de juicio relevantes «[...] la evaluación psicológica practicada según constancias de fs. 112 y vta., por profesionales del EDEAAS, el médico psiquiatra Agustín Agasso y la Licenciada en psicología Marisa Fusari, en cuyas conclusiones se refiere que F. A. E. presenta un estado de marcada angustia, con manifestaciones de llanto y ansiedad. No se observan en ella indicadores de fabulación ni mitomanía en el relato en relación a la presente investigación. No se observan indicios de influencia externa en el relato [...]».

Agregó el a quo que el Dr. Agustín Agasso al declarar en audiencia de debate, sostuvo que F. E. fue sometida por parte del acusado a violencia sexual, física y psicológica (ver fundamentos, fs. 706 y vta.). Ahora bien, en relación a los agravios vinculados a la tarea valorativa realizada por el juez de sentencia, advierto que la defensa para desvirtuar la credibilidad del relato de la víctima F. E. cuestiona, por una parte, el valor probatorio de los llamados testigos «de oídas» y, por otra, refiere que el sentenciante omitió considerar en su valoración distintos testimonios (también indirectos) que de haberlos tratado adecuadamente, habrían podido hacer variar la solución.

Así, en primer orden, refiere que las testimoniales brindadas por M. N. M., P. M. y N. E. no aportaron ningún elemento sustancial para sostener las circunstancias de tiempo, modo y lugar de los hechos atribuidos a su asistido. Entiendo que el agravio esgrimido en este sentido no puede prosperar.

Ello por cuanto, en primer lugar, la defensa descalifica tales testimoniales por la sola condición de ser testigos indirectos de los hechos, sin precisar de qué modo el a quo ha incurrido en vicios en su fundamentación al ponderarlos. En este punto, según entiendo, para analizar el valor probatorio de quienes no percibieron por sus propios sentidos los hechos objeto del proceso, se debe meritar, a fin de atribuirle un adecuado valor probatorio, cuál fue la fuente de la cual se nutrió y las circunstancias en las cuales el testigo «de oídas» tomó conocimiento de los hechos.

En el caso bajo estudio, los testigos cuestionados adquirieron el conocimiento de los hechos a través de la propia víctima, a quien –como se analizó– el juez a quo le atribuyó plena credibilidad a su testimonio. De manera tal, que lo manifestado por estos testigos –a mi entender– tienen la virtualidad para corroborar los dichos de F. E., en tanto declararon en el mismo sentido. A ello debe sumarse, como una circunstancia relevante, que los testigos son familiares cercanos de la víctima, a los que ésta recurrió una vez que tomó la decisión de poner fin a los distintos actos de violencia que R. N. ejercía sobre ella. Por otro lado, resulta necesario ponderar que en el caso bajo estudio, debido a las particularidades propias del ataque –como es sabido, suelen ser llevados a cabo frente a víctimas desprotegidas o en la intimidad– el relato de quien ha sido violentada en su libertad sexual, máxime cuando se trata de una niña, debe ser cuidadosamente analizado y ha de atribuírsele un lugar privilegiado en la construcción de la premisa fáctica que integra el razonamiento del juez.

Al respecto, el juez de la instancia anterior consideró que lo declarado por la víctima también coincide «[...] con lo expuesto por su tía, P. B. M., en la audiencia de debate, la esposa actual de su padre, P. G., quien la acompañó a la Fiscalía a realizar la denuncia y lo manifestado por su hermana y víctima en la causa acumulada, N. E., quienes reprodujeron en la audiencia lo que les había transmitido F. respecto a lo que había sucedido con R. N.» (fundamentos de fs. 706).

Tampoco puede prosperar la queja referida a la supuesta contradicción entre lo manifestado por el padre de F. E., R. E. y ésta, en el sentido que el primero refirió que tomó conocimiento de lo acontecido por su pareja, P. G., en tanto la víctima habría manifestado que le contó lo sucedido a su padre.

En efecto, el censurante no explica a partir de un análisis integral de las pruebas en que se sustenta la responsabilidad de R. N., de qué manera estas supuestas contradicciones tienen incidencia en la credibilidad del testimonio prestado por la víctima.

Por otro lado, la defensa se queja del ejercicio arbitrario en la elección y valoración de prueba testimonial por parte del a quo, en tanto –a su entender– omitió valorar testimoniales relevantes y significativas, que de algún modo hubieran sido aptas para provocar conclusiones distintas a las expresadas en el acto sentencial. En este sentido, y en relación a la declaración testimonial de S. Q., vecino de las víctimas, destacó que el testigo manifestó «que nunca escucho nada que le llamara la atención.

Que un día encontró a R. en calle ... y éste llevaba una escopeta para devolvérsela al suegro y que llevaba también una caja negra como un CPU de computadora, que esto fue en julio de 2017». En lo que respecta a la declaración de F. R. (sobrino del imputado), la defensa destaca lo manifestado por el testigo en tanto refirió que vivió con R. N. desde el 2013 hasta mediados del 2014, y que trabajó con él en una panadería en donde la jornada era de todo el día. Señala que F. R. aseguró que en la casa vivían once personas, y que F. nunca se quedó sola con R. N. en la casa.

En el mismo sentido declaró O. A. L. ex pareja de F. R., quien aseguró que en esa época estaba embarazada y como era de riesgo siempre estaba en la casa. Agregó que como ella había sido víctima de abuso, siempre estaba atenta a este tipo de situación y nunca vio nada raro. También señaló la defensa la declaración de J. F. N. primo del imputado, quien declaró que cuando iba a comprar a la mañana al negocio de R. N., siempre estaba éste y F. R. trabajando.

Entiendo que los agravios esgrimidos en el sentido pretendido por la defensa de R. N. no pueden prosperar.

En primer orden, advierto en la argumentación de la defensa el mismo defecto señalado en relación a los agravios vinculados a los testigos referidos ut supra, en tanto no especifica de qué modo el relato de estos testigos desvirtúan la responsabilidad del acusado en los hechos, mediante un adecuado contraste con los demás elementos de juicio ya referidos.

Por otra parte, de la compulsa del dictum cuestionado se desprende que sus conclusiones son fruto de un análisis parcial de las referidas declaraciones testimoniales.

En efecto, y en relación a las pruebas señaladas por la defensa, entiendo que el juez a quo dio adecuadas razones para desestimarlas como pruebas relevantes en orden a desacreditar la hipótesis acusatoria.

De este modo, el sentenciante –en primer orden– analizó la declaración del acusado R. N. y, en esa tarea, señaló las contradicciones en las que éste incurrió en relación a los horarios en los que trabajaba, como así también, en los horarios en los que la víctima asistía al colegio, extremo que quedó aclarado mediante el informe de la escuela donde asistía la niña, de donde se desprende que ésta cursaba por la mañana y sólo dos veces a la semana tenía taller a la tarde.

También ponderó el a quo lo declarado por F. R. quien corroboró las circunstancias relatadas por el acusado, salvo en lo que respecta a la forma en que se trasladaban al negocio, por cuanto R. N. aseguró que no tenía vehículo y R. refirió que se trasladaban en el vehículo de éste. También el juez a quo destacó que el testigo al describir la casa donde acontecieron los hechos refirió la existencia de tres dormitorios y cómo se distribuían las once personas que convivían en la vivienda.

Sin embargo, y entre otras falencias en su relato, en esa descripción el a quo advirtió que R. omitió señalar dónde pernoctaban los hijos menores de R. N.. Por su parte, el testigo J. F. N. contradujo lo manifestado por el imputado R. N., en tanto éste refirió que el testigo asistía todos los días a su negocio y en cualquier

horario. En efecto, J. F. N. aseguró que iba al negocio entre una o dos veces a la semana, ya que vive a cinco o seis kilómetros del negocio.

En virtud de ello, el juez de la instancia anterior sostuvo que «[l]a estrategia defensiva no ha podido ser confirmada por ninguna de las pruebas de carácter objetiva que hayan permitido acreditar los hechos narrados por el inculpa y que acontecieron de esa manera, por lo que no se ha logrado desvirtuar la prueba de cargo agregada en autos». En función de ello entendió que «[...] en relación a lo declarado por los testigos de descargo, en apoyo de los dichos del imputado, cabe señalar que tales declaraciones revisten serias contradicciones entre sí» (fundamentos, fs. 713).

En otro orden, el censurante refiere que frente a la supuesta falta de elementos de juicio resulta relevante el planteo de nulidad del informe psicológico practicado a la víctima por el EDEAAS que fue –a su juicio– rechazado de forma arbitraria por el juez de sentencia, remitiéndose a los argumentos desarrollados por su parte oportunamente. No obstante no desarrollar los argumentos por los cuales entiende arbitraria la solución que brindó el juez a quo en tal oportunidad, de la compulsa del dictum cuestionado advierto que el sentenciante tuvo adecuadas razones para desestimar aquel planteo.

En efecto, el juez de grado –acertadamente a mi criterio– entendió que el planteo de nulidad impetrado por la defensa en la etapa de los alegatos era extemporáneo y no se acreditó un interés legítimo en su pronunciamiento. De este modo, entendió el juez de la instancia anterior que «[...] no se advierte existencia de gravamen concreto, en la medida en que la defensa tuvo desde la investigación penal preparatoria y hasta la realización del juicio oral (incluso en la audiencia preliminar) la posibilidad de solicitar la reproducción de los actos de prueba producidos sin su intervención, a la vez que tampoco se advierte interés en su declaración, dado que la exclusión procesal del informe no variaría en esencia la valoración probatoria de los elementos de prueba que pesan sobre el imputado y me convencen de la veracidad de los hechos atribuidos» (fundamentos de fs. 697 vta./698).

Es decir, no puede soslayarse en este punto que la incorporación de las conclusiones elaboradas por el EDEAAS ha sido consentida por la defensa a lo largo de todo el proceso, y que recién en la etapa de los alegatos interpuso incidente de nulidad, cuando no resulta admisible la reproducción de la medida probatoria, tal como lo destaca el a quo. A ello se suma que durante el desarrollo de la audiencia oral, la defensa tuvo la oportunidad de controlar el testimonio del Dr. ., profesional que tuvo a su cargo la elaboración del informe. Con lo anterior, entonces, puede afirmarse en este punto que, aun cuando se asumiera de manera hipotética el planteo de la defensa, en el sentido de sostener que el informe del EDEAAS carece de validez, la sentencia condenatoria valoró otros elementos de cargo que brindan suficiente sustento a la decisión.

Por esta razón no puede sostenerse, como lo indica la parte recurrente, que el referido informe resulta relevante en orden a acreditar los extremos de la imputación. No obstante lo analizado, cabe aclarar que el informe psicológico cuya validez cuestiona la defensa en esta instancia, no se trata de un dictamen producido a raíz de tareas propias de una actividad pericial ordenada conforme el procedimiento previsto en el código de rito, motivo por el que las formalidades que rigen la producción de la prueba pericial no resultaban aplicables.

Por tal razón no resultan pertinentes las críticas del recurrente en tanto se queja de que la defensa no tuvo participación en la producción de esta medida probatoria.

Ello de acuerdo a lo sostenido por este Tribunal en diversos precedentes (ver al respecto las causas **«Gatica Toledo», «Zubieta Duchén» y «Di Garbo»**).

Estas razones conducen, a mi modo de ver, al rechazo del planteo de nulidad formulado por la defensa en relación al informe psicológico de la víctima obrante a fs. 112.

c.- La defensa técnica esgrime como vicio in iudicando que el juez de sentencia ha efectuado una errónea aplicación del derecho sustancial, en tanto considera que la conducta del acusado no resulta alcanzada por el tipo penal previsto en el art. 125 del CP. Ello por cuanto entiende que esta figura penal requiere por parte del autor, una conducta idónea para pervertir el instinto sexual de la menor pero que, además, debe perseguir un fin.

Explica que el autor debe estar guiado por la voluntad de realizar un acto que sabe depravador, con conocimiento de que está realizando un acto apto para poner en peligro el desarrollo sexual de la persona menor de edad.

En este orden de ideas, destaca que se tuvo por acreditada la existencia de una filmadora, videos y fotos en el domicilio donde acontecieron los hechos pero, agrega, nada de ello fue probado.

Entiendo que los argumentos del recurrente no pueden ser recibidos.

Ello por cuanto, en primer orden, el censurante no realiza una crítica razonada de los motivos por los cuales entiende que las distintas conductas desplegadas por el imputado R. N., consistentes en abusar con acceso carnal a las víctimas y obligarlas a practicarle sexo oral, mientras realizaba filmaciones y tomaba fotos de tal situación, para ser supuestamente enviadas a una tercera persona a cambio de un beneficio económico – hechos que se reiteraron en numerosas oportunidades–, no constituyeron actos idóneos para promover la corrupción de las víctimas –tal como lo entendió el a quo, acertadamente a mí criterio–.

Del mismo modo, el censurante no brinda razones fundadas en los elementos de juicio analizados, que justifiquen la hipótesis de que no existieron filmaciones o fotos de los hechos descriptos. En efecto, las dichos de las víctimas resultaron contestes al sostener la modalidad en la que acontecieron los hechos, lo que resultó acreditado –tal como se analizó supra– con los distintos elementos periféricos incorporados al debate. Si bien es cierto que no se logró el secuestro de la CPU de la computadora donde el imputado habría almacenado las fotos y filmaciones, tal como lo meritó el juez de sentencia «[...] luego de tomar conocimiento respecto a la formulación de las denuncias en su contra, R. N. se habría retirado del domicilio, llevando consigo elementos que podían incriminarlo, tal es el caso de la computadora que fuese secuestrada, la cual se encontraba completa y a la que solo le faltaba el CPU», el que –según lo manifestado por C. M., madre de las niñas, en oportunidad de realizarse el allanamiento– se la había llevado R. R. cuando se separaron y se fue de la casa (fundamentos, fs. 711 vta.).

Se advierte, entonces, que el agravio sustancial encuentra sustento en una modificación parcial de la plataforma fáctica sobre la que se asienta la calificación legal. Al respecto, cabe señalar la posición asumida por este Tribunal, con distinta integración, al sostener que «[e]l recurrente debe ceñir su pretensión impugnativa a los hechos acreditados, toda vez que quien invoca un vicio sustantivo no puede desconocerlos ni modificarlos.

Esta exigencia formal deriva de la esencia misma del control que permite este motivo casatorio, ya que con él se procura analizar el vicio "iuris" atribuido a la resolución objetada, el que siempre versa sobre una interpretación propiamente jurídica, sin que se puede evaluar ni alterar el material fáctico alcanzado por esa interpretación, el que queda fijado por el Tribunal inferior» (LS 473-163) y que «[l]a invocación de un vicio sustantivo supone el respeto inexorable de los hechos fijados en la sentencia, por ende no puede esgrimirse un error en la aplicación de la norma sobre la base de un error en la motivación del fallo.

Quien invoca un vicio in iudicando debe atenerse a los hechos fijados por el a - quo, sin discutirlos ni modificarlos» (LS 464-080).

d.- En relación a los hechos investigados en la causa n° P-41-244/18 en donde se le atribuyó al acusado la comisión de hechos en contra de N. E., la defensa se remite a los fundamentos esbozados en la causa acumulada. A partir de ello solicita la absolución de su asistido por los hechos que conformaron el objeto de las presentes actuaciones.

Ciertamente –como lo refiere la defensa– el juez de sentencia se nutrió de los mismos elementos de juicio para sostener la responsabilidad de R. N. en los hechos en donde resultó víctima N. E.. Sin embargo a estos elementos se debe agregar las declaraciones testimoniales prestadas por la víctima, tanto la realizada en Cámara Gesell durante la investigación penal preparatoria, como la llevada a cabo en audiencia de debate, como así también, lo declarado por P. M., P. G. y su hermana, F. E.. Cabe destacar, que el sentenciante en la tarea valorativa le otorgó singular relevancia al testimonio de N. E., el que consideró corroborado por las referidas testimoniales.

Al respecto, sostuvo que «[t]ales expresiones guardan total correspondencia también con aquellas que brindara, en igual ámbito (Cámara Gesell), durante la instrucción penal preparatoria; modo idéntico al que fueron transmitidas a su tía, a su hermana y a la actual pareja de su padre y que éstas se encargaron de relatar en la denuncia que efectuó la primera, como en las declaraciones que como testigos brindaron por ante el Tribunal las demás» (fundamentos, fs. 711). Además, el sentenciante meritó el informe psicológico del EDEAAS (fs. 43/44) y la pericia psicológica-psiquiátrica realizada por los profesionales del EPAASI, elementos de juicio que corroboraron la versión de los hechos brindada por la víctima y que conformaron la hipótesis acusatoria.

En definitiva, y no obstante no concretar la defensa en forma adecuada sus agravios en las presentes actuaciones, considero que la valoración probatoria seguida por el a quo se corresponde con el método de abordaje que reclaman este género de conductas delictivas, en cuyo caso, la pieza fundamental para la reconstrucción histórica es el testimonio de la víctima, mientras que los demás elementos de prueba constituyen instrumentos de corroboración periférica. Por todo lo expuesto considero que debe contestarse de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Por su voto.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: De lo expuesto considero oportuno destacar que nos encontramos dentro de un ámbito de comportamientos delictivos con particularidades fácticas que necesariamente repercuten en el modo en que ellos deben ser probados en el marco de un proceso judicial penal.

En este sentido debo señalar que sobre la cuestión tuve ocasión de pronunciarme en diversos precedentes, en los que abordé aspectos vinculados a la perspectiva que debe asumir en la valoración probatoria de aquellos casos que presentan matices similares al sub iudice; a los que remito, en lo pertinente, en honor a la brevedad (ver al respecto «**Teves Lucero**», «**Italiani**», «**Cruz Caporiccio**»; y **más recientemente, «Ojeda Pérez»; «Vázquez Tumbarello»; y «Brancello**», entre otros).

No obstante ello, estimo oportuno reiterar que el objeto del presente proceso se trata de conductas que, la mayor de las veces, suceden en ámbitos de absoluta intimidad, al margen del conocimiento o intervención de terceras personas, por lo que es poco usual contar con otros testigos directos del hecho además de la víctima. Por tal motivo, el testimonio de ésta adquiere un valor fundamental como prueba en el proceso. En el presente caso, y en lo que a la ponderación de los diversos elementos prueba se trata, es necesario destacar que no sólo nos encontramos frente a víctimas mujeres, sino que, además, son

menores de edad. Ello genera que se encuentre doblemente protegida por el Estado por pertenecer al colectivo de personas que cuentan con esta doble protección especial.

Así, tratándose de víctimas menores de edad, estimo que constituye una regla de la experiencia común que el relato de un niño o niña no puede ser objeto de un control de logicidad con la misma estrictez que el de un mayor de edad. Lo dicho se encuentra en plena sintonía con las directrices instituidas en documentos internacionales dictados en el marco de la ONU en materia de prevención del delito y justicia penal, que consagran –entre otras cuestiones– la fiabilidad de la declaración del niño en los procesos judiciales, destacando su derecho a ser tratado como testigo capaz y a que su testimonio se presuma válido y creíble, salvo que se demuestre lo contrario y siempre que por su edad y madurez pueda declarar en forma inteligible y creíble (conf. **Directrices sobre la justicia para los niños víctimas y testigos de delitos, Consejo Económico y Social, Res. 2004/27 del 21/7/04, ap. II. B.18; Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos, Consejo Económico y Social, Res. 2005/20 del 22/7/05, ap. VI.18; Ley modelo sobre la justicia en asuntos concernientes a menores víctimas y testigos de delitos, de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito –UNODC–, en colaboración con el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia –UNICEF– y la Oficina Internacional de los Derechos del Niño, año 2009, art. 20).**

Lo apuntado precedentemente resulta consecuencia necesaria del principio del interés superior del niño y su derecho a ser oído, ambos amparados por la Convención de los Derechos del Niño, instrumento que aquellos documentos mencionados anteriormente toman como base. A lo señalado debe agregarse que cuando estamos frente a comportamientos de violencia sexual contra niñas, niños o adolescentes por parte de quienes tienen respecto de ellos una cierta vinculación o ascendencia vincular, también esa circunstancia debe ser considerada en el abordaje jurisdiccional de valoración de la prueba.

Ello en tanto, a lo traumático de lo experimentado, debe sumarse que la víctima no siempre se encuentra en las mejores condiciones de expresar lo que sufre, justamente por esa dependencia emocional que genera el hecho de que la persona responsable integra su «grupo de confianza».

Por otra parte, revistiendo las víctimas la condición de mujeres, se impone el deber jurídico de juzgar con perspectiva de género. Lo dicho resulta derivación de las obligaciones asumidas por nuestro Estado al suscribir la Convención Interamericana para prevenir sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (más conocida como la "Convención de Belém Do Pará" y aprobada por Ley 24632).

Dicho instrumento supranacional fija el estándar de la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer (art. 7 inciso "b"), directrices que se plasmaron a su vez en la Ley 26.485 («Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales»), que fija entre sus objetivos el promover y garantizar el derecho a la mujer a vivir una vida sin violencia (art. 2), y específicamente a preservar su «integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial» (art. 3 inc. c).

De tal manera, «[...] ese texto normativo vino a imponer un verdadero “deber jurídico” para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas. Sus destinatarios directos son aquellos sujetos que integran los órganos decisores en el marco de los procesos judiciales penales, ya sea por el lado de quienes resultan facultados para disponer sobre el curso de investigación, como también, respecto de quienes son los encargados de su juzgamiento».

Ese deber jurídico no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley. Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que «[l]os organismos del Estado deberán garantizar a las

mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativos, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional [...] los siguientes derechos y garantías: i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son sus naturales testigos [...]» (art. 16). Por ello, «[...] uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo. A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables» (ver «**Ojeda Pérez**»).

Además, tal como destacué en el **precedente «Vázquez Tumbarello»**, la relevancia de la ley 27.499, denominada «Ley Micaela», en tanto dispuso la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra la mujer para todas las personas que desempeñen la función pública, en cumplimiento del objetivo señalado. En coincidencia con aquella normativa la Acordada n° 29.318 de esta Suprema Corte de Justicia, y su anexo «Programa de capacitación permanente para la incorporación de la perspectiva de género en el marco de la Suprema Corte de Justicia». Así, con fundamento en el principio de igualdad y la consecuente prohibición de discriminación, se dispusieron una serie de acciones concretas para asegurar la «igualdad real» de las mujeres en sus relaciones interpersonales.

En conclusión, entiendo que la trascendencia de la ley 26.485 radica no en conformar un estatus jurídico distinto aplicable a la mujer, sino que mediante la capacitación dirigida a los funcionarios públicos y, en lo que aquí interesa, a funcionarios y magistrados del poder judicial, se otorgue una perspectiva para valorar los elementos probatorios bajo el prisma de la igualdad consagrada en la normativa nacional.

Ella debe estar despojada de estereotipos y prácticas relacionadas con la cultura jurídica patriarcal-inquisitiva, plasmada en usos y costumbres que importaron, e importan, prácticas que impiden poner en contexto los medios convictivos al momento de su ponderación.

Conforme lo expuesto, puede señalarse que en casos como el analizado, tal como lo ha realizado el magistrado de la instancia anterior, al momento de valorarse la prueba obrante en el proceso, es necesario considerar las normas dirigidas a la protección de la mujer, así como de niños, niñas y adolescentes previstas, de acuerdo a las particulares dificultades probatorias que generan los delitos sexuales. Ello, sin dejar de considerar el valor de la garantía de la defensa en juicio de toda persona sometida a proceso, de tal manera que la solución que se adopte no penetre por debajo del valladar constitucional que implica el principio de inocencia. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Puesto a resolver el recurso casatorio promovido coincido con la solución a la que llega mi colega preopinante y, en cuanto a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género, me remito a lo oportunamente señalado en «**Di Cesare Morales**» y «**Mejía Salvador**» por resultar aplicable en ese aspecto el presente caso. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de R. A. R. N.s y, en consecuencia, confirmar la sentencia N°1.104, dictada por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de esta Primera Circunscripción Judicial.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro

42- CASTRO. 04-12-20.

| | | | | | | | | | | | | | | |
|-----------|-------------|------------|------|------------|---------|---------|----------|---------|---------|---------|---------|-------------|---|------------|
| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
| VG | Conv | NNA | | PCE | - | - | A | - | - | - | - | - | - | 474 |

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201204_FcCLS.pdf

Lex: Art. 119, 3° y 4° párrafo inc. f del CP.

Vox: VG. NNA. A.S.I. Abuso sexual. Acceso carnal. Convivencia.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **catorce años de prisión** por encontrarlo autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por ser cometido contra una menor de 18 años aprovechando la situación de convivencia preexistente (art. 119, 3° y 4° párrafo inc. f del CP). La **defensa** interpone recurso de casación.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 907, pronunciada por el TPC N°1-2° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Voto Dr. Adaro

- Galdeano Reyes. 31-07-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=242>
- Merlo Lassa. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf
- Silva.
- Gil Herrera. 24-05-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180524_FcGHF.pdf
- Ruiz Gutiérrez. 18-02-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190218_FcRGO.pdf
- Flores González
- Sosa Terrera
- Ferreyra Ordoñez
- Chacón Moyano

Voto Dr. Palermo.

- Di Cesare Morales. 26-06-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=156>
- Mejía Salvador. 10-09-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=197>

Voto Dr. Valerio.

- Morales Quiroga.
- Zurita. 11-09-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200911_FcZAJ.pdf
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Merlo Lassa. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=243>
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>

b-CIDH

- «Castro Castro vs. Perú». Fondo, 25-05-06.
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf
- Caso Rosendo Cantú vs. México. 31-08-10
https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=339
- Caso «Fernández Ortega y otro vs. México». 30-08-10.
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/fernandez_ortega/esap.pdf
- Caso «Bámaca Velásquez vs. Guatemala». 21-08-14.
https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=244

Doctrina citada

BOBBIO, Norberto, Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política, Fondo de Cultura Económica, trad. José F. FERNÁNDEZ SANTILLÁN, México, 1989

SCJM. Dres.: **Adaro**. Palermo. Valerio.

Fallo.

CUIJ: 13-05314413-0/1((028601-500390)) FC/ C. L. S. P/ ABUSO SEXUAL (500390) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105483152*

En Mendoza, a los cuatro días del mes de diciembre del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05314413-0/1 caratulada "F. c/ C., L. S. P/ ABUSO SEXUAL S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. OMAR A. PALERMO y tercero DR. JOSÉ V. VALERIO.

La defensa oficial de L.S.C. formula recurso de casación (fs. 438/445) contra la sentencia n° 907 pronunciada por el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Segunda Circunscripción Judicial, por cuanto lo condenó a la pena de catorce años de prisión por encontrarlo autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por ser cometido contra una menor de 18 años aprovechando la situación de convivencia preexistente (art. 119, 3° y 4° párrafo inc. f del CP) en los presentes autos n° P-500.390/18.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO DIJO:

1.- Resolución recurrida

La sentencia impugnada tuvo por acreditado que «en el Departamento de ..., provincia de Mendoza, para fecha presumiblemente entre los días 14 de febrero de 2018 al 17 de febrero de 2018, en horas no precisadas, pero presumiblemente en horario matutino, el Sr. L.S.C. se hizo presente en la vivienda ubicada en la calle ... referido Departamento, donde ingresó luego de abrir el candado con las llaves que poseía para compartir esa vivienda para esa época con su ex pareja M.,R, L., y una vez allí se dirigió hacia donde estaban las niñas [A.L.], de dos años de edad, [M.L.], de cuatro años de edad y [M.B.L.] de siete años de edad para luego penetrar con su pene, vía vaginal a la menor [M.B.L.] (de siete años de edad al momento del hecho) ocasionándole a la misma "desgarro en hora 6 con evidencia de ser reciente dentro de las 72 hs.; el orificio himeneal se encuentra en línea media anterior» (fundamentos, fs. 425 vta.). Para así resolver, la jueza a quo tomó en consideración principalmente los testimonios de V.L.M.P., L.E.G., I.V.P., M.S.S., la declaración en cámara Gesell de la niña M.B.L., y los testimonios incorporados por lectura de M.R.L.V., F.B., H.L.C., A.A.G.B. y E.G.M.

2.- Recurso de casación

La defensa afirma la existencia de vicios in iudicando e in procedendo (art. 474 incs. 1 y 2 del CPP) en la sentencia impugnada. Como vicios de procedimiento afirma que la fundamentación de la sentencia es nula por contener una motivación contradictoria con las reglas de la sana crítica racional y haber inaplicado el beneficio de la duda. Sobre lo primero, sostiene que la sentencia se limita a hacer una descripción de la prueba rendida en el debate oral sin mérito alguno y que no permite tener por acreditada la situación de convivencia preexistente. Asienta esta proposición en la declaración de L.E.G., que sostuvo que el acusado hacía una semana que estaba en la casa del barrio ... y que no estaba en las reuniones que se organizaban en esa casa; lo cual confirmaría la versión de L.S.C. respecto de que no vivía en esa casa cuando su ex pareja regresó. También explica que C. se encontraba en la casa cuando se realizó el

allanamiento porque ya no vivía nadie allí. Acerca de la valoración de la prueba técnica, refiere que la jueza a quo no ha realizado una correcta interpretación pues ha pasado por alto una contradicción entre los profesionales del CAI ..., que por una parte resaltan que M.B.L. tiene herramientas para no ser influenciada en su criterio -así, la Lic. Ivana Peralta- y por otra observan intentos de manipulación -Lic. Vanesa Díaz Car-. Ello, sumado a que en todo momento la niña declaró que había sido abusada por una persona rubia y con tatuajes que tenía una moto, demuestra que ha sido manipulada e influenciada. Incluso a fs. 115 el informe de la Lic. Anabela González da cuenta de que la niña le pidió a su madre que guardara el secreto de quién había sido, lo que demuestra que era influenciada por su madre.

Además refiere que se han pasado por alto los horarios laborales de C.. Así, destaca que su jefe, H.C., declaró el horario de entrada y salida a fs. 205, en alusión al mes de diciembre de 2018; mientras que el informe de fs. 38 de febrero de ese año da cuenta de que C. sostuvo que el horario era, entre semana, de 06:30 a 11:00 hs, y de 14:00 a 18:30 hs., sin que la semana previa al hecho atribuido hubiera faltado ningún día a trabajar.

De esta manera, no es físicamente posible, afirma la defensa, que C. hubiera estado solo con sus hijas y M.B. en la casa, ya que en el mismo horario estaba la madre.

Respecto del principio in dubio pro reo, afirma que debe aplicarse como consecuencia de la errónea valoración de prueba dirimente en desmedro del principio constitucional de inocencia. Entre los vicios in iudicando, sostiene que se aplicaron erróneamente las pautas de individualización judicial de la pena previstas en los arts. 40 y 41 del CP.

Considera que, tal como sostuvo en su alegato de cierre del debate, no se había arribado al estado convictivo que requiere una sentencia condenatoria -certeza plena- y no se habían podido determinar las circunstancias de tiempo en que se habría cometido el hecho. Además, la ponderación de pena fue excesiva e incurrió en una doble valoración prohibida, que vulneró el derecho de defensa y con ello el debido proceso.

Explica que el vínculo entre el autor y la presunta víctima se ha considerado tanto al calificar el hecho como al meritar la pena y que se valoró la agravante del inc. 1° del cuarto párrafo del art. 119 CP, que no formó parte de la acusación ni fue objeto de discusión. También tomó como agravante de la pena la edad de la víctima y la situación de convivencia preexistente, que forman parte de la calificación legal y vulneran el principio non bis in idem.

Por último, señala que se consideraron atenuantes sólo nominativamente, puesto que el monto de pena impuesto fue exactamente el mismo que solicitó el fiscal.

Por lo señalado, solicita la absolución del imputado por el principio de la duda, la anulación de la sentencia y de la pena impuesta. Subsidiariamente solicita se revise el monto de pena, por no condecir con lo establecido por los **arts. 40 y 41 del CP**.

Efectúa reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El titular del Ministerio Público Fiscal se expide sobre la impugnación a fs. 458/560 vta., y afirma que la misma procede formalmente aunque debe ser rechazada en el fondo.

Explica que el tribunal a quo hizo un profundo análisis de los extremos que lo llevaron a concluir que el imputado perpetró el hecho.

Destaca que la mayoría de los casos de abuso sexual suceden en la intimidad, fuera de la observación de terceros, por lo que en la valoración probatoria que da cuenta de esa circunstancia cobra un valor esencial

el testimonio de la víctima y los informes psicológicos-psiquiátricos que tienden a corroborar la veracidad del relato.

Refiere que la a quo consideró que los profesionales de la salud que entrevistaron a la víctima aportaron información valiosa por su formación, y que las conclusiones que emitieron fueron serias y solventes.

También aclaró los motivos por los que consideraba creíbles los relatos de la víctima, subrayando que lucía sincero y no influenciado. Explicó, en este orden, cómo la víctima pudo narrar el suceso a distintas personas -su madre, las niñas que vivían con ella, los profesionales que la entrevistaron- de manera coherente.

Además, refiere que la jueza de instancia previa analizó la declaración del acusado y consideró que no lograba desvirtuar la prueba que lo colocaba en la vivienda en que ocurrieron los hechos, y que la posibilidad de que otra persona haya sido autora fue descartada por no haber indicios de que el día del hecho hubiera habido una reunión con otros hombres.

Así, el Procurador General considera que la tarea valorativa de la sentencia ha sido realizada de manera razonada, integrando todos los elementos de prueba, que la señalización que efectuó la menor fue contundente y que la estrategia defensiva pretende aislar elementos de prueba para desacreditarlos, omitiendo su valoración conjunta.

Por tales motivos, los agravios sobre la valoración de la prueba deben ser desestimados. De igual manera, a su juicio, no pueden prosperar las alegaciones sobre indeterminación temporal del hecho, toda vez que la acusación las detalla correctamente.

No se observa que el acusado haya sido sorprendido o se le haya atribuido un hecho del que no se hubiera podido defender.

En cuanto a la doble valoración de elementos del tipo en la determinación de pena, explica que la jueza a quo señaló que la pretendida doble valoración no debía confundirse con las consideraciones relativas a la comisión del hecho en concreto, que deben ser evaluadas necesariamente para imponer una pena justa.

En ese orden, detalla cómo la valoración constituye un análisis de la modalidad comisiva y de las consecuencias que generó el hecho en la víctima, de conformidad con los arts. 40 y 41 del CP. La pena no aparece, afirma, desproporcionada ni arbitraria, sino ajustada al delito por el que se condenó a C..

En relación a la convivencia preexistente entre el autor y la víctima, refiere que quedó acreditada con las declaraciones de la testigo G., las profesionales que entrevistaron a la víctima y la prueba instrumental. Por tales motivos, aconseja el rechazo del recurso de casación planteado.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso en tratamiento, adelanto que -en base a las razones que en lo sucesivo expondré- considero que el mismo debe ser rechazado, y la sentencia impugnada, confirmada en esta instancia.

Los agravios expresados por la defensa pueden ser expuestos para su análisis del siguiente modo. Por una parte, cuestiona el mérito probatorio realizado por la jueza a quo en punto a la situación de convivencia preexistente entre el autor y la víctima -que no habría considerado la declaración de L.E.G. y el descargo de C.-; al peso probatorio asignado al testimonio de la víctima, a pesar de que las profesionales que la entrevistaron son contradictorias sobre si fue o no influenciada; y al horario de trabajo del acusado.

En base a errores valorativos en dichos puntos, la sentencia devendría nula por fundamentación arbitraria y violatoria del debido proceso, por inaplicar el beneficio de la duda.

Por otra parte, impugna la acusación, por indeterminación temporal; y la decisión sobre el monto de pena impuesta, por haberse apartado de los arts. 40 y 41 del CP al valorar elementos contenidos en el tipo -contrariamente a lo que dispone el principio *ne bis in idem*-, por haber valorado una agravante no incluida en la acusación y por haber omitido valorar circunstancias atenuantes. Ahora bien, en primer lugar debo señalar que tal como he indicado en precedentes anteriores (ver «**Galdeano Reyes**», «**Merlo Lassa**», «**Concha, Jesús**», entre otros), entiendo oportuno señalar que la jurisprudencia, tanto en el sistema interamericano de protección de derechos humanos como a nivel nacional, ha construido paulatinamente los lineamientos o estándares en la interpretación de la prueba en materia de género, reflejando en su análisis una visión integral de la temática y la especial ponderación del testimonio de la víctima (ver Corte IDH, Caso del penal **Castro Castro vs. Perú. Fondo**, Reparación y Costas, sentencia de 25 de noviembre de 2006, serie C N° 160; Caso Rosendo Cantú vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 31 de agosto de 2010, serie C N° 216; Caso Fernández Ortega y otro vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 30 de agosto de 2010, serie C N° 215; y CSJN. in re «Leiva, María Cecilia», entre otros). Asimismo señalé en el precedente «Galdeano Reyes», que la cuestión en análisis constituye «[...] una problemática compleja que afecta un colectivo de personas en situación de vulnerabilidad que, por distintas circunstancias o factores, se ven privadas del pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales. Los problemas derivados de esta especial situación de vulnerabilidad, así, exceden un abordaje meramente jurídico en tanto se trata de una problemática compleja que atraviesa y debe ser atendida, comprendida y abordada desde conocimientos interdisciplinarios.

Por ello, el administrador de justicia al valorar elementos probatorios –particularmente pero no exclusivamente en la esfera penal– debe ponderar los patrones socioculturales y estereotipos sobre los que se construye esta problemática, a fin de tener una verdadera comprensión del fenómeno de violencia de género y, de esta manera, poder lograr desde el Derecho aportar soluciones que contribuyan a atacar el flagelo de la violencia y trabajar en pos de la igualdad de género».

Sostuve también en el citado precedente, que en estos casos se advertía, como primer orden de dificultad, que las normas procesales que regulan la adquisición, producción y valoración de la prueba son neutrales al género; es decir, no establecen lineamientos específicos en orden al tratamiento de este fenómeno. Además, si bien nuestro ordenamiento procesal adopta el sistema de la libre convicción y la sana crítica racional como método para la valoración de la prueba, no garantiza que los operadores judiciales guíen sus decisiones exentos de las concepciones socioculturales que favorecen el trato discriminatorio de este sector en situación de vulnerabilidad.

Por otra parte, debo mencionar que en el precedente «**Ruíz Gutiérrez**» señalé la prudencia con que debe aplicarse el *in dubio pro reo* en los casos en donde la mujer es víctima de violencia en razón de su género. Ello en tanto desde una perspectiva procesal, si bien el principio *in dubio pro reo* no es una regla de valoración probatoria sino una regla de decisión, no es menos cierto que su correcta aplicación presupone una actividad de valoración de la prueba que incorpore las particularidades propias de los casos de violencia de género, es decir, se deberá ponderar para determinar el valor probatorio que corresponde atribuir a cada elemento de juicio, el bien jurídico protegido y su específico modo de ataque.

Ello, si se pretende derivar –en un segundo momento– conclusiones lógicamente controlables para determinar si ha de absolverse o condenarse.

Destaqué también que el referido principio como regla decisoria en el plano procesal, presenta dos caras que operan de manera articulada, una cara externa, referida al umbral de prueba que ha de alcanzarse cuantitativamente para destruir el estado de inocencia; y otra interna o cualitativa, orientada al valor que

ha de otorgársele a cada uno de los elementos probatorios sobre los que se erige el silogismo condenatorio. Expresamente sostuve al respecto que «[...] la categorización de un caso como de violencia de género no implica de manera alguna disminuir el estándar probatorio en tanto umbral de certeza necesario para alcanzar una sentencia condenatoria (aspecto externo), pero sí repercute en el peso y el lugar que se le atribuye a los elementos de prueba e indicios que integran el razonamiento judicial (aspecto interno), en tanto actividad hermenéutica que precede a su operación como regla decisoria». Por último en el caso «Concha, Jesús» destacué -respecto de esta forma de manifestación de violencia contra las niñas- que «[s]e trata entonces de una doble condición de vulnerabilidad que la atraviesa, por cuanto cada una de dichas condiciones demandan una especial protección por parte de todos los agentes de la organización estatal, a fin de prevenir la violencia de la que históricamente han sido objeto; y de los operadores del derecho, quienes tienen la obligación de ser diligentes en la investigación, imprimiendo en el análisis de estos casos una lectura desde el enfoque de género, con el objeto de brindar una solución justa en cada caso». En función de lo señalado sostuve que «a fin de tener una mayor comprensión de esta problemática, debemos analizar el tema a partir de dos premisas fundamentales: i) la violencia sexual contra niñas y mujeres es una de las manifestaciones más claras de una cultura patriarcal que fomenta el control del cuerpo y la sexualidad de las mujeres; y ii) que los patrones de discriminación estructural que padecen las mujeres proveen el escenario donde se reproduce y fomenta la violencia sexual (cfr. CIDH, **Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; parr. 17**)».

Ahora bien, en el caso que nos ocupa -como adelanté- encuentro que la jueza a quo ha realizado una valoración probatoria conforme con los lineamientos señalados, que descarta la procedencia del beneficio de la duda. En efecto, en punto a la acreditación de la convivencia preexistente entre el autor y la víctima, tengo presente que la jueza tomó en consideración la declaración de C. y consideró que la prueba aportada desmentía sus dichos y desmoronaba la posición defensiva. Explicó que el acusado, por una parte, negó vivir con la víctima y su familia al momento de los hechos, pero por otra reconoció que vivió con ellas hasta el 11 de febrero. También destacó que se contradijo en relación con el momento en que devolvió las llaves de la casa donde ocurrió el hecho: al comienzo dijo que las había devuelto en febrero de 2018 -antes de los hechos- y luego dijo que las devolvió cuando estaba en el hospital -después de los hechos- (fundamentos, fs. 416 vta.).

También explicó por qué consideraba que la declaración de L.E.G. es esclarecedora y permite ubicar el ataque sexual un día de semana, en horario diurno, pasado el mediodía, y coincide con los días jueves 16 o viernes 17 a los que aludió la madre de la víctima. Esta testigo además era compañera de trabajo del acusado y detalló como horario de su jornada de 7 a 12 hs. por la mañana, y de 13:30 o 14 a 17 o 18 hs. por la tarde. Este dato, contrastado con el de L.C. -jefe del acusado- permite colocar el hecho en la franja temporal que va desde las 13:30 hs. hasta las 14:45 hs., tiempo que la jueza calificó como suficiente para perpetrar el acceso carnal violento. Otro dato relevante que destacó la sentencia fue que L.E.G. dijo que cuando regresó de cosechar con la mamá de la víctima, ésta le dijo que «a B. “le estaba bajando”», en alusión al sangrado vaginal, y que «le preguntó “por qué no la llevás al hospital, porque eso no es normal”, y que le respondió que no porque ya había tenido problemas con otra nena a la que habían violado y “no quería tener más quilombos”».

Aseguró [L.E.G.] que le preguntó a la nena si había ido alguien y que no respondió, sólo miraba, que dijo que el único que había ido era “el papi”, que había ido a ver cómo estaban. Que solamente había ido L., y que le había dejado la llave. Que la nena miraba a la madre, “para mí, como que estaba amenazada”» (fundamentos, fs. 419 vta./420). Coincido con la a quo en cuanto a que la coartada defensiva no logra el

efecto vinculante pretendido. En este orden, tampoco tienen entidad para conmovir la decisión de la jueza a quo las alegaciones de la defensa en relación al horario de trabajo del acusado. De hecho, la crítica no ha hecho eco de los argumentos que esgrimió la a quo en relación a este punto. Se observa que en sus fundamentos la jueza tomó en cuenta la declaración de la madre de la víctima, de la testigo L.E.G., del acusado y de L.C.; a lo que agregó la contundencia de la encuesta ambiental de fs. 28, el acta de allanamiento y el informe de Policía Científica. Todas estas pruebas instrumentales son contundentes respecto de que en oportunidad de realizarse cada una de esas medidas el acusado C. estaba en el domicilio (fundamentos, fs. 420 vta.).

La explicación defensiva incorporada en el recurso, según la cual C. vivía allí porque nadie ocupaba esa casa, no resulta mínimamente consistente con la declaración del acusado según la cual había dejado de vivir en esa casa antes del hecho. Las alegaciones que realiza en esta instancia la defensa relativas al testimonio de L.E.G. sobre la separación entre la madre de la víctima y el acusado, y las reuniones que la primera hacía a las que no asistía C., no tienen entidad alguna para rebatir las conclusiones a las que arribó la jueza a quo. En efecto, lucen como intentos de aislar segmentos de determinadas pruebas, descontextualizándolos, para generar contradicciones en entre las premisas que cada prueba acredita. Ello, sin embargo, no logra refutar el cuadro convictivo global que generan las restantes pruebas, en particular la declaración de la víctima que -como sostuve antes- en este tipo de casos constituye una prueba decisiva. Por otro lado, lo mismo puede decirse de los cuestionamientos al testimonio de la niña víctima. La defensa ha enfatizado -en ejercicio legítimo de su ministerio- aspectos concretos de las entrevistas que realizaron las licenciadas Ivana Peralta, Vanesa Díaz Car y Anabela González para destacar puntos donde no habría coincidencia, sin considerar los acuerdos sólidos entre ellas sobre los puntos más relevantes respecto de los cuales debieron expedirse.

En tales términos, la crítica no puede ser acogida en esta instancia. En efecto, la jueza tuvo presente las declaraciones de las licenciadas Vanesa Díaz Car e Ivana Peralta -del Cuerpo Auxiliar Interdisciplinario de General Alvear-. Resaltó que la primera había informado -fs. 183 y vta.- que consideraba indeterminado al relato en base al pobre aporte de información espontánea, y sugirió tratamiento psicológico. Luego, la profesional Díaz Car aconsejó que no se practicara el examen psicológico dada la marcada ansiedad y angustia contenida que presentaba la niña en el plano emocional -fs. 210-. Destacó que «al intentar referir sobre los motivos por los cuales fue citada, la pequeña presenta marcado retraimiento y resistencias, con conductas corporales coherentes con su estado emocional. Expresando espontáneamente “mi papá Luis me tocó en las partes íntimas, con lo que tiene él...” “ya le conté a Ana (psicóloga del Hogar donde reside)” (sic) sin poder continuar, irrumpiendo en llanto, y pidiendo salir de la oficina.

Por lo que, se sugiere que la niña continúe bajo tratamiento psicoterapéutico, y se evite exponer a [M.B.L.], hasta que el profesional interviniente informe cuando la misma se encuentra en condiciones psicoemocionales» (fundamentos, fs. 418). La jueza tomó en cuenta que luego la Lic. Ivana Peralta practicó el examen psicológico -fs. 298/299- y se expidió sobre el punto que la defensa trae a esta instancia: la credibilidad del relato de la niña. Al respecto, destacó que cuando un examen se expide sobre la fiabilidad del relato de un niño, su lectura debe ir acompañada de la explicación experta. En el caso, esa explicación daba cuenta de que la niña podía describir algunas circunstancias del hecho referidas al tiempo y lugar - incluso, que el abuso había ocurrido en la cama de una de sus hermanas- pero al intentar describir el suceso se bloqueaba emocionalmente, mostraba estrés postraumático e intentaba alejarse y sacar de foco el tema, llegando a bloquearse cognitivamente, hasta que luego se reincorporaba y agregaba información. Detalló que «pasó cuando su mamá se iba a trabajar, que por momentos L.S.C. la cuidaba y

que “eso” le había generado dolor», y resaltó que posee las herramientas para no ser influenciable porque tiene herramientas cognitivas que le permiten hacer uso de pensamiento racional basado en su experiencia y vida diaria, con indicadores de independencia a nivel afectivo. Explicó que no resultaba influenciable y que esa característica está determinada por la capacidad de dependencia o independencia. Claramente señaló que «a partir del momento en que la evaluó no era una persona influenciable y que probablemente no lo sea en el futuro porque tiene la capacidad de hacer un análisis de la realidad y de su experiencia» (fundamentos, fs. 418 y vta.).

Ahora bien, la defensa plantea como contradicción entre las licenciadas el hecho de que a fs. 115 el informe de la Lic. Anabela González da cuenta de que la niña le pidió a su madre que guardara el secreto de quién había sido el autor de los hechos, lo que a criterio de la defensa demuestra que era influenciada por su madre.

Este razonamiento no puede ser acompañado en esta instancia, pues en diferentes ocasiones la jueza a quo tomó en cuenta la situación que describe la defensa, sin que sus argumentos hayan sido tomados en consideración por el recurrente ni luzcan arbitrarios.

Por una parte, la jueza explicó que el nivel de vulnerabilidad de las niñas era alto y que ello, sumado al síndrome de estrés postraumático, explicaba que la víctima no estuviera en condiciones de prestar declaración hasta recibir tratamiento y contar con las herramientas psicológicas necesarias para afrontar el hecho.

Cuando pudo declarar, fue contundente en que «mi papá me tocó», individualizó y reconoció «mi papá, el L.», «es grande, tiene ojos negros» e incluso aclaró que «mi mamá se había ido y me tocó [...] en las partes íntimas [...] el chocho con las partes de él [...] el pene [...] me acostó en la cama [...] el día que mi mamá se fue a trabajar [...] estaba con mis hermanitas» (fundamentos, fs. 417 vta.).

Por otra parte, al meritar la declaración de la Lic. Anabella González la jueza destacó que la profesional dijo que «la niña no le iba a contar porque su mamá le había dicho que no quería que dijera nada y que le iba a guardar el secreto», y entendió que ese dato desmentía que la madre hubiera intervenido con miras a acusar a C., sino más bien lo contrario (fundamentos, fs. 419).

Por último, debo señalar que más allá de que la valoración que ha efectuado la a quo descarta la procedencia del agravio, en esta instancia se advierte que el argumento en sí mismo **carece de lógica para acreditar la falta de credibilidad** que pretende instalar en relación al relato de la niña. En efecto, del hecho de que la víctima da cuenta de que su madre le pidió que guardara el secreto de lo que le había ocurrido, no es posible derivar ni que la niña esté influenciada, ni que su relato no sea creíble.

Por el contrario, se observa que la niña ha transcurrido un proceso interior, en el cual progresivamente ha relatado lo que le ocurrió, y en una primera instancia hizo caso a su madre en cuanto le había pedido que no lo contara. Esta actitud de su madre aparece, antes que como un intento de perjudicar al acusado o de condicionar el relato de la niña, como una forma de proteger a su hija, sin que se advierta un intento de direccionar el contenido de su relato, sino de no expresarlo. Como conclusión parcial, considero que la sentencia impugnada aparece adecuadamente fundada y producto de un correcto mérito probatorio, realizado conforme a las reglas de la sana crítica racional, de manera integral y con la debida consideración de las circunstancias particulares que atraviesan el caso. Como consecuencia de ello, la procedencia del beneficio de la duda debe ser descartada.

Así, entiendo que la jueza deriva la conclusión condenatoria de las pruebas rendidas, que evaluó de conformidad con las reglas de la sana crítica racional y el principio de unidad de la prueba, que impone su consideración conjunta, «...pues muchas veces la certeza se obtiene de probanzas, que individualmente

estudiadas pueden aparecer como débiles o imprecisas, pero complementadas y unidas entre sí, llevan al ánimo del juzgador la convicción acerca de la existencia de los hechos denunciados» (L.S. 393-243, 382-107, 381-233, entre otros), que es lo que ha sucedido en la causa.

Por otra parte, el recurso no constituye una crítica razonada de la sentencia, sino una discrepancia con el criterio con el que fueron ponderadas las probanzas, desde que se limita a brindar una interpretación distinta de las mismas o a solicitar una diferente solución al caso sin fundamento objetivo ni legal.

En relación con la pretendida indeterminación temporal de los hechos, coincido con el señor Procurador General en cuanto a que no surge sorpresa o la atribución al acusado de un hecho del que no se hubiera podido defender.

Sobre este punto, la jueza a quo se expidió en sus fundamentos y señaló que «las circunstancias de tiempo y lugar del hecho no fueron expresamente pactadas, no integraron el acuerdo probatorio, pero tampoco fueron discutidas por la defensa, que se limitó a quejarse argumentando que la falta de precisión en la ubicación temporal afectaba su ejercicio.

Disiento con esa afirmación. La Fiscalía -con la prueba que aportó en juicio- pudo dar bastantes precisiones en torno al momento de ocurrencia del ataque sexual, como explicaré más adelante, por lo que el derecho de defensa no se vio en ningún modo vulnerado» (fundamentos, fs. 416 vta.).

En esta instancia la defensa pretende la revisión de este punto, que ya ha sido abordado en la sentencia impugnada, sin aportar mayores precisiones ni rebatir los argumentos allí empleados. Concretamente, la jueza consideró que las circunstancias temporales en que ocurrió el hecho -esto es, en horas no precisadas entre el 14 y el 17 de febrero de 2018- quedaron acreditadas, principalmente, con la declaración de la niña. Calificó sus dichos como sólidos, sinceros, ausentes de contradicciones o variaciones graves o significativas, carentes de interés personal, ganancialidad o presiones familiares y consistentes con las pruebas psicológicas (fundamentos, fs. 417).

Tal como fue analizado antes, la a quo tomó en cuenta y analizó minuciosamente los informes relativos a la credibilidad de la niña. Por último, y sobre la determinación judicial de la pena realizada en autos, advierto que la fundamentación llevada adelante por la jueza a quo satisface los requerimientos procesales de motivación y -contrariamente a lo afirmado por la defensa- no vulnera la prohibición de doble juzgamiento. En efecto, la jueza tomó en cuenta -entre otras consideraciones- que «la garantía de rango constitucional non bis in idem prohíbe la doble valoración de las circunstancias fácticas previstas normativamente como elementos del tipo, como agravantes en la determinación judicial de la pena.

Pero esa doble valoración prohibida no debe confundirse con la consideración de la modalidad comisiva en el caso concreto.

Consideración que no sólo no está vedada, sino que es necesaria para determinar la pena justa. Así, en el caso concreto, considero que la edad de la niña también debe ser valorada como agravante a ponderar.

Porque aún cuando el tipo penal hace referencia a menores de 13 años, cuanto menor sea la edad de la víctima más reprochable resulta el injusto. [La víctima] apenas había alcanzado los siete años de edad, el delito significó anticipar de manera indebida el contacto sexual, y además de manera antinatural, no sólo por la violencia ejercida sino por lo precoz. Le quitó para siempre la posibilidad de tener un inicio sexual normal» (fundamentos, fs. 422 vta.).

En el apartado citado la jueza a quo explicó que el hecho de que una circunstancia determinada forme parte del tipo penal acusado no quita que a partir de ella puedan medirse distintos niveles de injusto para determinar la pena.

En lo concreto, no es el mismo daño el que causa un abuso sexual a los 13 años, que a los 7, y dentro de esas categorías es posible justificar la imposición de diferentes montos de pena. La defensa, en su impugnación, no ha tomado en consideración este extremo, ni ha explicado de qué manera se habría visto afectada la garantía que invoca.

En cuanto a la pretendida falta de mérito de las circunstancias atenuantes para la determinación de la pena, la defensa sostiene que se impuso exactamente la pena solicitada por el Ministerio Público Fiscal, sin atenuarla.

Pues bien, el argumento no tiene virtualidad crítica alguna y, como consecuencia de ello, no puede ser acogido en esta instancia, pues no logra cuestionar la pena que aún considerando los atenuantes la jueza consideró apropiada -tal como surge de los fundamentos- coincidió con la solicitada por la acusación.

Dicho con claridad: que la jueza encontrara pertinente el monto de pena propuesto por el Fiscal, no quita que haya tenido en cuenta circunstancias atenuantes de la responsabilidad del acusado.

Por las razones expuestas, propicio al acuerdo el rechazo del recurso de casación planteado por la defensa de L.S.C. y la confirmación de la sentencia cuestionada en esta instancia. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, POR SU VOTO, DIJO: Puesto a resolver el recurso casatorio promovido coincido con la solución a la que llega mi colega preopinante y, en cuanto a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género me remito, en lo pertinente, a lo oportunamente señalado en «**Di Cesare Morales**», «**Zurita**» y «**Mejía Salvador**» por resultar aplicable en ese aspecto el presente caso. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Por su voto.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, POR SU VOTO, DIJO: Sobre la cuestión a resolver, adelanto que comparto la solución a la que arriba el acuerdo que me precede, aunque en función de la posición que he sostenido en anteriores oportunidades respecto algunos puntos alcanzados en el voto preopinante, debo realizar ciertas consideraciones ulteriores. Sobre la perspectiva de género en el proceso penal tuve ocasión de pronunciarme en diversos precedentes («**Cruz Caporiccio**», «**Merlo Lassa**»; «**Quiroga Morales**»; «**Ojeda Pérez**»; «**Vázquez Tumbarello**»; «**Vega**»; «**Zurita**»; entre otros).

En lo que sigue, traeré a colación ciertos pasajes de algunos de aquellos votos, pues considero que resultan enteramente aplicables a este caso y dan cuenta del modo en que, a mi juicio, la perspectiva de derechos debe ingresar al proceso penal.

Encuentro pertinente en primer lugar recuperar las consideraciones realizadas en «Ojeda Pérez», ocasión en la que sostuve que «[...] comparto que aquella concepción según la cual la perspectiva o visión de género es una “categoría analítica que toma los estudios que surgen desde las diferentes vertientes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma, cuestionar los estereotipos y elaborar nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad al servicio de la igualdad y la equidad” (UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017). Destaco la idea de igualdad contenido en la definición en tanto se encuentra no sólo consagrada expresamente en el texto constitucional (art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza), sino, también, en el ámbito de la normativa internacional. Así, entre otros, la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” - Belem Do Pará -, garantiza que toda mujer tiene “el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley” (art. 4, inc. “f”).

Sostuve también en esa ocasión que «[...] en nuestro ordenamiento interno, la ley nacional 26.485 es una norma orientada pura y exclusivamente a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los

derechos de las "mujeres". En tal sentido, entre sus objetivos primordiales, el propio texto promueve y garantiza "la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida", "el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia", "las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos", como también, "la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres"(art 2, inc. a, b, c y e respectivamente)».

Así, «[...] ese texto normativo vino a imponer un verdadero "deber jurídico" para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas. Sus destinatarios directos son aquellos sujetos que integran los órganos decisores en el marco de los procesos judiciales penales, ya sea por el lado de quienes resultan facultados para disponer sobre el curso de investigación, como también, respecto de quienes son los encargados de su juzgamiento». Ese deber jurídico no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley.

Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que «[l]os organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativos, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional [...] los siguientes derechos y garantías: i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son su naturales testigos [...] **(art. 16)».**

Ahora bien, además de ese deber genérico, ya en el terreno que resulta propio a la actuación de los órganos de justicia dentro de los procedimientos jurisdiccionales penales, el texto legal contiene normas que «[...] consagran lineamientos funcionales para los operadores del sistema de administración de justicia en el abordaje de la problemática de género. En consonancia con el sistema de protección integral, se consagra el principio de «amplia libertad probatoria» para tener por acreditados "los hechos denunciados, evaluándose las pruebas ofrecidas de acuerdo con el principio de la sana crítica. Se considerarán las presunciones que contribuyan a la demostración de los hechos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes" **(art 31)».**

De tal manera, y conforme sostuve en el ya citado **precedente «Ojeda Pérez»**, «[...] el texto legal vigente [ley 26.485] no introduce un nuevo método de valoración probatoria para los casos de violencia de género, puesto que siempre la prueba debe valorarse conforme al sistema de la sana crítica racional (art. 206 y 409 del CPP). A mi modo de ver, la imposición de un método de valoración de la prueba como herramienta obligatoria para el abordaje de esta problemática, se justifica ante la necesidad de evitar que los órganos jurisdiccionales decisores puedan apartarse en la adopción de decisiones, del contexto fáctico que es propio a este género de conductas delictivas».

Así, «[...] el acierto de la ley consistió en establecer, en forma igualitaria, un método de valoración que evite la discriminación que en ocasiones ocurría por prácticas derivadas de la cultura jurídica patriarcal inquisitiva, que se transformaron en consuetudinarias, y que era necesario erradicar. Repárese que es la propia Convención Belem Do Pará donde se fija, como un deber de los Estados el "tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer" (art. 7, inc. "e")».

Ello no resulta novedoso para la labor jurisdiccional en razón de que «[...] siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba –objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento. Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto.

Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas».

Conforme a lo expresado «[...] es el contexto en el que se inserta el hecho delictivo el que viene a determinar el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio. Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres el testimonio de la víctima ostenta un valor fundamental en la comprobación de los extremos de una imputación delictiva, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la responsabilidad penal derivada del mismo».

De tal manera «[...] uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo. A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables».

De no proceder de esta manera estaríamos recreando la sociedad estamental –con características propias– del Estado premoderno, lo que implicaría una vulneración del principio de igualdad –consagrado en el art. 16 de la CN y 7 de la CM–, el que, a su vez, constituye uno de los pilares de la República Federal –hasta aquí, conf. **«Ojeda Pérez»**–.

Es decir que, este método de análisis es para asegurar que la conquista de la igualdad consagrada en el art. 16 de la CN, donde además de ser iguales las personas ante la ley y esta una misma para los habitantes, en los hechos tenga una acción y fuerza uniforme (art. 7 de la Constitución de Mendoza) (conf. **«Zurita»**). En segundo lugar, he enfatizado que la perspectiva de género no se trata simplemente de un lenguaje, sino esencialmente de una forma de actuación que requiere comprender en toda su dimensión que existen en los casos y/o circunstancias una situación de discriminación que se reclama su cese para asegurar un trato igualitario de todas las personas –conf. **«Zurita»**–.

En particular en materia penal el método de análisis con perspectiva de género que debe ser utilizado cuando la mujer es víctima de un delito es para asegurar que la ley, que es igual para todas las personas, sea también aplicada con igualdad de trato ante ella, evitando la discriminación por usos y costumbres derivadas de la cultura estereotipada patriarcal –como poder ideológico, que se vale de la posesión de ciertas formas de saber, información o códigos de conducta, incluso por la posesión de ciertos bienes que le dan la primacía a algunos varones sobre los restantes integrantes de cada grupo de pertenencia de varones, mujeres y niños/as; y entre los varones al primigenio; como de los varones sobre las mujeres y de éstas sobre los niños/as–, para ejercer una influencia sobre el comportamiento de los demás e inducir a los miembros del grupo a efectuar o no efectuar una acción, o machista –como ejercicio o manifestación de la fuerza o económico, que se impone por la asimetría entre los varones y de estos con las mujeres–, como capacidad de determinar el comportamiento de los demás; pero ambos imponen rígidos roles que contribuyen a instituir y mantener sociedades desiguales, divididas entre fuertes y débiles, ricos y pobres, como de sabios e ignorantes (**ver BOBBIO, Norberto, Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general**

de la política, Fondo de Cultura Económica, trad. José F. FERNÁNDEZ SANTILLÁN, México, 1989) -conf. «Zurita»-.

A lo dicho se agrega que la víctima en el caso de autos titulariza una doble protección jurídica: por ser mujer y niña cuenta con una doble condición de vulnerabilidad que la atraviesa (ver al respecto lo señalado en los precedentes «Vega» y el ya citado «Zurita»).

En tanto que cada una de esas condiciones demandan una especial protección por parte de todos los agentes de la organización estatal, para prevenir la violencia de la que históricamente han sido objeto las niñas; y de los operadores del derecho, quienes tienen la obligación de ser diligentes en la investigación, imprimiendo en el análisis de estos casos una lectura desde el enfoque de género, con el objeto de brindar una solución legal y justa en cada caso. En este caso es aplicable el enfoque interseccional que emana de la jurisprudencia de la Corte IDH en el Caso V.R.P., V.P.C y otros vs. Nicaragua, sentencia del 8 de marzo de 2018, al pronunciarse sobre un caso de una niña de ocho años de edad, abusada sexualmente por su progenitor.

Allí se afirmó que: «Para los casos de violencia y violación sexual en contra de mujeres adultas, la Corte ha establecido una serie de criterios que los Estados deben seguir para que las investigaciones y procesos penales incoados sean sustanciados con la debida diligencia. En el presente caso, la Corte tiene la oportunidad de referirse a la obligación que tiene un Estado cuando las investigaciones y proceso penal se dan en el marco de un caso de violación sexual cometida en contra de una niña. Por ende, la Corte adoptará un enfoque interseccional que tenga en cuenta la condición de género y edad de la niña» (párr. 154) – el resaltado me pertenece–.

El enfoque de género con un análisis interseccional adoptado por la Corte IDH en el fallo citado, se encuentra establecido en el artículo 9 de la Convención de Belém do Pará, al disponer que los Estados Partes deben adoptar medidas específicas teniendo en cuenta la situación de vulnerabilidad de la violencia que pueda sufrir una mujer en razón de su raza, condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada, se encuentre embarazada, discapacitada, sea menor de edad o anciana, esté en situación socioeconómica desfavorable, en conflicto armado o privada de libertad.

Así lo he sostenido recientemente en «Zurita». Es conveniente destacar también que, en el precedente «V.R.P., V.P.C. contra Nicaragua» mencionado, la Corte IDH señala que además de los estándares establecidos en casos de violencia sexual contra mujeres adultas, los Estados deben acatar en el marco del artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, «medidas particularizadas y especiales en casos donde la víctima es una niña, niño o adolescente, sobre todo ante la ocurrencia de un acto de violencia sexual y, más aún, en casos de violación sexual» (párr. 155).

A continuación en el mismo párrafo, subraya «la obligación estatal reforzada de debida diligencia» y, de la «aplicación concreta a los cuatro principios rectores de la Convención sobre los Derechos del Niño, esto es el principio de no discriminación, el principio del interés superior de la niña, el principio de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo y el principio de respeto a la opinión de la niña en todo el procedimiento que la afecte, de modo que se garantice su participación, en lo que resulte pertinente para identificar las medidas especiales que son requeridas para dotar de efectividad a los derechos de niñas, niños y adolescentes cuando son víctimas de delitos de violencia sexual».

También se hace referencia en el fallo interamericano referido, que los Estados deben adoptar medidas especiales de protección en casos de niñas, niños y adolescentes por ser considerados y consideradas «más vulnerables a violaciones de derechos humanos, lo que además estará determinado por distintos factores, como la edad, las condiciones particulares de cada uno, su grado de desarrollo y madurez, entre

otros. En el caso de las niñas, dicha vulnerabilidad a violaciones de derechos humanos puede verse enmarcada y potenciada, debido a factores de discriminación histórica que han contribuido a que las mujeres y niñas sufran mayores índices de violencia sexual, especialmente en la esfera familiar» (párr. 156)–.

En tercer orden, y tal como destacué en el caso «Vázquez Tumbarello», la relevancia de la ley 27.499, denominada «Ley Micaela», en tanto dispuso la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra la mujer para todas las personas que desempeñen la función pública, en cumplimiento del objetivo señalado.

En coincidencia con aquella normativa la Acordada N° 29.318 de esta Suprema Corte de Justicia, y su anexo «Programa de capacitación permanente para la incorporación de la perspectiva de género en el marco de la Suprema Corte de Justicia». Así, con fundamento en el principio de igualdad y la consecuente prohibición de discriminación, se dispusieron una serie de acciones concretas para asegurar la «igualdad real» de las mujeres en sus relaciones interpersonales.

En conclusión, entiendo que la trascendencia de la ley 26.485 radica no en conformar un estatus jurídico distinto aplicable a la mujer, sino que mediante la capacitación dirigida a los funcionarios públicos y, en lo que aquí interesa, a funcionarios y magistrados del poder judicial, se otorgue una perspectiva para valorar los elementos probatorios bajo el prisma de la igualdad consagrada en la normativa nacional. Ella debe estar despojada de estereotipos y prácticas relacionadas con la cultura jurídica patriarcal-inquisitiva, plasmada en usos y costumbres que importaron, e importan, prácticas que impiden poner en contexto los medios convictivos al momento de su ponderación. Estas consideraciones, como adelanté, las entiendo plenamente aplicables al caso. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los Dres. OMAR A. PALERMO y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 438/445 por la defensa de L.S.C..
- 2.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 3.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro.

43- AMAYA. 23-12-20.

| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
|----|-------------------|------------|------|------------|---------|---------|----------|---------|-----------|---------|---------|-------------|---|------------|
| - | Asc EG | NNA | | PCC | - | - | A | - | CR | - | - | - | - | 474 |

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201223_FyQcASJ.pdf

Lex: Art. 119, 1°, 4° inc. b y f, 5° párrafo del CP.

Vox: Abuso sexual simple agravado. Ascendiente. Encargado de la guarda. Concurso real.

Summa:

El **TPC** condenó al nombrado a la pena de **tres años de prisión** por considerarlo autor penalmente responsable del delito de abuso sexual simple agravado por ser cometido por ascendiente y encargado de la guarda por al menos dos hechos en concurso real

La **defensa** interpone recurso de casación.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 850, pronunciada por el TPC N°1- 1° CJ.

SCJM. Dres.: **Adaro.** Palermo. Valerio

Fallo.

CUIJ: 13-04876025-7/1((018601-79349)) F.Y QUER. PART. C/ A. S. J. I. P/ ABUSO SEXUAL (79349) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104960043*

En Mendoza, a los veintitrés días del mes de diciembre del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-04876025-7/1 caratulada "F. c/ A. S., J. I. P/ ABUSO SEXUAL (79349) S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, Dr. MARIO D. ADARO, segundo Dr. OMAR A. PALERMO y tercero Dr. JOSÉ V. VALERIO.

La defensa particular de J. I. A. S. formula recurso de casación contra la sentencia n° 850 pronunciada por el Primer Tribunal Penal Colegiado, por cuanto condenó al nombrado a la pena de tres años de prisión por considerarlo autor penalmente responsable del delito de abuso sexual simple agravado por ser cometido por ascendiente y encargado de la guarda por al menos dos hechos en concurso real que se le atribuía en los presentes autos n° P-79.349/16.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde? T

ERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO DIJO:

1.- Sentencia recurrida

La sentencia impugnada tuvo por acreditado que «para fecha no precisada, pero aproximadamente desde la segunda quincena de enero de 2016 y hasta fines del mes de junio del mismo año, J. I. A., en los días que llevaba a su hija [M.P.A.B.], de 4 años de edad, a su domicilio sito en calle ..., Mendoza, le tocaba con el dedo su vagina, le introducía el mismo, le hacía tocar su pene y le indicaba cómo debía tocárselo (despacio porque sino le dolía) y esas situaciones de tocamiento las hacía besándola con la lengua. En una oportunidad le hizo bajar la bombacha para que bailara arriba de la cama, que le decía que era una tonta y sucia, le pegaba y rasguñaba. Los hechos descriptos habrían sido llevados a cabo en las siestas de los días sábados, en el dormitorio del imputado, toda vez que era cuando el progenitor tenía a la menor desde las 11:00 hs, hasta las 19:00 hs. Además éste le cortaba la ropa con una tijerita chiquitita, ambos se desnudaban, le hacía agarrar cerrando el puño fuerte su pene y cuando la menor le decía que no, éste comenzaba a romper todas las cosas del dormitorio, por lo que [M.P.A.B.] se escondía en un rincón, en el ángulo de la puerta por miedo a que la golpeará. Le hacía ver videos y fotos de hombres y mujeres desnudos, con el fin de que la menor luego hiciera lo mismo, mientras [M.P.A.B.] bailaba, él le introducía sus dedos en la vagina» (fundamentos, fs. 738).

Para arribar a tal conclusión, valoró principalmente la declaración testimonial de M.M., J.B., G.G., M.C.M., la víctima M.P.A.B., L.S., M.B.A., la de las licenciadas en psicología Mariela Parlanti, Marta Hoffman y María Ciancio Paratore, la declaración de los psiquiatras Claudio Habijan, Alicia Cortijo, María Fernanda Abraham, José Fernández Moya y Daniel Tonelli, así como el informe de Cámara Gesell de fs. 238/239 y los informes de fs. 171, 242/244 y 350/351.

2.- Recurso de casación

La defensa impugna la sentencia reseñada sobre la base de cuestionamientos hacia la labor valorativa que el Tribunal a quo efectuó respecto de la prueba.

En este sentido, afirma que las conclusiones a las que arribaron los peritos no son del todo ineluctables como para fundar la sanción impuesta, y que A. no cometió el hecho que se le atribuye.

Explica que las Dras. Abraham y Cortijo y la Lic. Parlanti no son concluyentes respecto al origen del estrés postraumático que observan en la víctima. Cuestiona las pericias psicológicas, pues la psicología es muy limitada y no es una ciencia cierta a la hora de poder determinar si son ciertos o no los hechos.

Refiere que el estrés postraumático de M.P.A.B. no responde a un abuso sexual sino al abuso psicológico al que la somete su madre, J.B. Sostiene que, del hecho de que A. bañara a su hija, no puede derivarse que la abusara. Encuentra poco probable que una niña de 4 años sea tan específica para decir «me metió el dedo índice en el chocho y me tocó las tetitas».

Establece como lógico que al bañar a un niño se le toque todo el cuerpo, porque éste no sabe hacerlo por sí mismo. Refiere que el acusado ha sufrido y sufre situaciones totalmente adversas, ha padecido escraches que le han arruinado la vida, se quedó sin trabajo, fue tildado de pedófilo y fue expuesto en diarios, televisión y redes sociales, al punto que en el edificio donde vivía querían lincharlo.

Cuestiona las conclusiones de la Dra. Hoffman, quien sostuvo que la niña había sido abusada por su padre, pues el perito de parte propuesto por la defensa expuso una opinión profesional contraria. Critica las preguntas del Dr. Habiján en Cámara Gesell, por indicativas.

También cuestiona que la niña sepa lo que son «videos porno», y respecto de que su padre estuviera desnudo y con la puerta cerrada, afirma que ello es imposible dado que se trata de un departamento de escasas dimensiones en donde no sólo vive A. sino también su familia.

En el mismo orden, objeta que el acusado le cortara la ropa con «tijeritas», pues no se explicaría con qué ropa llegaba la niña a su casa. También refiere que el problema de la niña se debe a los medicamentos que ingiere -sertralina y experidona- que le causan incapacidad para socializar y comunicarse, mutismo selectivo y angustia.

La defensa atribuye el hecho de que «la niña está sexualizada» al que aludió la Dra. Hoffman, a la circunstancia de que vive en un hogar con adultos y es expuesta a televisión y novelas. Por otra parte, explica el tratamiento psicológico al que se somete A. a partir de las consecuencias que le ha causado el procedimiento penal.

Por otra parte, cuestiona la credibilidad de la declaración en cámara Gesell de la niña pues sostuvo «me olvidé de una cosa», dando cuenta de haber recibido instrucciones y de la manipulación a la que fue sometida. Solicita la anulación y absolución del acusado por el beneficio de la duda y, subsidiariamente, que la pena impuesta sea de cumplimiento condicional. Efectúa reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El titular del Ministerio Público Fiscal se expide sobre el recurso de la defensa a fs. 769/771, y considera que la impugnación procede desde el punto de vista formal, aunque debe ser desestimada en el fondo.

Explica, en este sentido, que la teoría del caso que aporta la defensa se aleja de las reglas de la lógica, la psicología y experiencia común. Los fundamentos de la sentencia permiten arribar a certeza respecto de la existencia de los hechos y de la autoría del acusado.

Refiere que las características de los abusos sexuales implican una valoración probatoria más amplia, donde adquiere valor esencial el testimonio de la víctima y los informes psicológicos-psiquiátricos sobre su veracidad.

El Procurador General afirma que los hechos precisados por la madre de la víctima se encuentran corroborados con prueba de carácter científico y testigos calificados, como lo son los licenciados en psicología y médicos psiquiatras que entrevistaron a la víctima. Además, las versiones de la madre de la

víctima, su abuela y una amiga de ambas fueron concordantes y persistentes en el tiempo, sin que se adviertan razones espurias.

El tribunal a quo consideró que los dichos de la víctima eran creíbles, y que ello surgía por el modo en que los hechos salieron a la luz: porque se los contó a su progenitora, los contó en la escuela, en cámara Gesell, en entrevistas con médicos y psicólogos y mediante dibujos.

También fueron tomadas en consideración las secuelas de los hechos. En relación con el mérito probatorio desarrollado en la resolución, afirma que el mismo es completo y meticulado, y que los argumentos defensivos carecen de lógica y reflejan discrepancia propia de la parte en el ejercicio legítimo de su cargo. Por último, estima que tampoco debe proceder la petición en torno a la modalidad condicional de la pena en tanto los fundamentos del Tribunal para imponerla en modalidad efectiva son claros y razonados.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso en tratamiento, adelanto que –en base a las razones que en lo sucesivo expondré– considero que el mismo debe ser rechazado. La defensa expresa agravios de índole procedimental, asociados en su mayoría a la labor valorativa que realizó el Tribunal a quo respecto de la prueba incorporada al debate. Para su análisis, pueden ser expuestos sintéticamente del modo que sigue: i) las conclusiones a las que arribaron los peritos psiquiatras y psicólogos son contradictorias, además de que no son objetivas en parte porque la psicología no es una ciencia objetiva; ii) los tocamientos que eventualmente habría realizado el acusado sobre la niña son normales al bañar un niño; iii) es improbable que la niña víctima sea tan específica sobre algunos puntos –como al expresar «meter dedo índice en el chocho» o «tocar las tetitas», y el lenguaje adulto que usó –por ejemplo, al aludir a «videos porno»– así como el hecho de que haya expresado en cámara Gesell que «me olvidé de decir algo», serían indicadores de manipulación; iv) que el acusado estuviera realizando tratamiento psicológico se explica a partir del perjuicio reputacional que el proceso penal le ha causado; v) los problemas psicológicos y el estrés postraumático de la niña se deben al abuso psicológico que le causa su madre y a los medicamentos –sertralina y esperidonaque le suministran; y vi) el hecho de que la niña «esté sexualizada» se explica porque vive con adultos y es expuesta a TV.

A partir de estas críticas, la defensa solicita la absolución por el principio de la duda. Subsidiariamente peticiona la condicionalidad de la pena impuesta. Ahora bien, en primer lugar debo señalar que tal como he indicado en precedentes anteriores (ver «**Galdeano Reyes**», «**Merlo Lassa**», «**Concha, Jesús**», entre otros), entiendo oportuno señalar que la jurisprudencia, tanto en el sistema interamericano de protección de derechos humanos como a nivel nacional, ha construido paulatinamente los lineamientos o estándares en la interpretación de la prueba en materia de género, reflejando en su análisis una visión integral de la temática y la especial ponderación del testimonio de la víctima (ver Corte IDH, **Caso del penal Castro Castro vs. Perú. Fondo, Reparación y Costas, sentencia de 25 de noviembre de 2006, serie C N° 160; Caso Rosendo Cantú vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 31 de agosto de 2010, serie C N° 216; Caso Fernández Ortega y otro vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 30 de agosto de 2010, serie C N° 215; y CSJN. in re «**Leiva, María Cecilia**», entre otros).**

Asimismo, señalé en el precedente «**Galdeano Reyes**» que la cuestión en análisis constituye «[...] una problemática compleja que afecta un colectivo de personas en situación de vulnerabilidad que, por distintas circunstancias o factores, se ven privadas del pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales.

Los problemas derivados de esta especial situación de vulnerabilidad, así, exceden un abordaje meramente jurídico en tanto se trata de una problemática compleja que atraviesa y debe ser atendida, comprendida y abordada desde conocimientos interdisciplinarios.

Por ello, el administrador de justicia al valorar elementos probatorios –particularmente pero no exclusivamente en la esfera penal– debe ponderar los patrones socioculturales y estereotipos sobre los que se construye esta problemática, a fin de tener una verdadera comprensión del fenómeno de violencia de género y, de esta manera, poder lograr desde el Derecho aportar soluciones que contribuyan a atacar el flagelo de la violencia y trabajar en pos de la igualdad de género».

Sostuve también en el citado precedente, que en estos casos se advertía, como primer orden de dificultad, que las normas procesales que regulan la adquisición, producción y valoración de la prueba son neutrales al género; es decir, no establecen lineamientos específicos en orden al tratamiento de este fenómeno.

Además, si bien nuestro ordenamiento procesal adopta el sistema de la libre convicción y la sana crítica racional como método para la valoración de la prueba, no garantiza que los operadores judiciales guíen sus decisiones exentos de las concepciones socioculturales que favorecen el trato discriminatorio de este sector en situación de vulnerabilidad.

Por otra parte, debo mencionar que en el precedente «Ruíz Gutiérrez» señalé la prudencia con que debe aplicarse el *in dubio pro reo* en los casos en donde la mujer es víctima de violencia en razón de su género. Ello en tanto desde una perspectiva procesal, si bien el principio *in dubio pro reo* no es una regla de valoración probatoria sino una regla de decisión, no es menos cierto que su correcta aplicación presupone una actividad de valoración de la prueba que incorpore las particularidades propias de los casos de violencia de género, es decir, se deberá ponderar para determinar el valor probatorio que corresponde atribuir a cada elemento de juicio, el bien jurídico protegido y su específico modo de ataque. Ello, si se pretende derivar –en un segundo momento– conclusiones lógicamente controlables para determinar si ha de absolverse o condenarse.

Destaqué también que el referido principio como regla decisoria en el plano procesal, presenta dos caras que operan de manera articulada, una cara externa, referida al umbral de prueba que ha de alcanzarse cuantitativamente para destruir el estado de inocencia; y otra interna o cualitativa, orientada al valor que ha de otorgársele a cada uno de los elementos probatorios sobre los que se erige el silogismo condenatorio.

Expresamente sostuve al respecto que «[...] la categorización de un caso como de violencia de género no implica de manera alguna disminuir el estándar probatorio en tanto umbral de certeza necesario para alcanzar una sentencia condenatoria (aspecto externo), pero sí repercute en el peso y el lugar que se le atribuye a los elementos de prueba e indicios que integran el razonamiento judicial (aspecto interno), en tanto actividad hermenéutica que precede a su operación como regla decisoria».

Por último en el caso «Concha, Jesús» destacué –respecto de esta forma de manifestación de violencia contra las niñas– que «[s]e trata entonces de una doble condición de vulnerabilidad que la atraviesa, por cuanto cada una de dichas condiciones demandan una especial protección por parte de todos los agentes de la organización estatal, a fin de prevenir la violencia de la que históricamente han sido objeto; y de los operadores del derecho, quienes tienen la obligación de ser diligentes en la investigación, imprimiendo en el análisis de estos casos una lectura desde el enfoque de género, con el objeto de brindar una solución justa en cada caso».

En función de lo señalado sostuve que «[a] fin de tener una mayor comprensión de esta problemática, debemos analizar el tema a partir de dos premisas fundamentales: i) la violencia sexual contra niñas y

mujeres es una de las manifestaciones más claras de una cultura patriarcal que fomenta el control del cuerpo y la sexualidad de las mujeres; y ii) que los patrones de discriminación estructural que padecen las mujeres proveen el escenario donde se reproduce y fomenta la violencia sexual (cfr. CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; parr. 17)».

Ahora bien, en el caso que nos ocupa –como adelanté– encuentro que el Tribunal a quo ha realizado una valoración probatoria conforme con los lineamientos señalados, que descarta la procedencia del beneficio de la duda. En primer lugar, no puede hacerse lugar a los argumentos defensivos vinculados con los testimonios de los peritos intervinientes -médicos psiquiatras y psicólogas-.

El a quo incluyó en su valoración todas las pruebas que la defensa invoca en su impugnación, y concluyó que existían elementos de convicción que daban asidero a la primera versión que dio la niña víctima respecto a que los hechos ocurrían en la casa de su padre cuando iba por el régimen de visitas que se había establecido judicialmente tras la separación de sus progenitores.

Además, tomó en cuenta que esos dichos salieron a la luz accidentalmente, cuando jugando junto a la testigo G.G. la niña propuso que se hicieran «intercambio de lenguas» como hacía con su padre. A ello, se agregaron las conductas del acusado que fueron apareciendo progresivamente en los tratamientos psíquicos y en los dibujos de la niña (fundamentos, fs. 739).

En este orden, el a quo resaltó que los profesionales Tonelli, Habijan, Cortijo, Parlanti y Abraham, de un modo u otro, habían aportado elementos de juicio que contribuían a estimar probados los hechos contenidos en la acusación. En los fundamentos luce un detallado y minucioso análisis de la información aportada por cada uno de ellos, valoración que el Tribunal realizó con perspectiva de género (fundamentos, fs. 740 vta./741vta.).

La impugnación de la defensa se basa, en este punto, en aserciones dogmáticas sobre la confiabilidad de los resultados a los que puede arribar la psicología en cuanto ciencia, que exceden el ámbito de esta instancia y resultan inidóneos para contradecir la versión consistente de los profesionales mencionados en relación con los relatos de la niña víctima.

Por otro lado, las invocaciones a las conclusiones del perito propuesto por la parte no logran contradecir las premisas que el Tribunal tuvo por probadas, en tanto sus consideraciones han sido incluidas en la valoración probatoria realizada. El recurrente se defiende en esta instancia de la valoración que se hizo en la sentencia del hecho de que el acusado hiciera terapia psicológica, y la ha justificado en relación con el descrédito público que éste padeció. Sin embargo, tales alegaciones resultan impertinentes dado que el a quo no empleó tales pruebas a modo cargoso, limitándose a valorarlas e incluirlas en su razonamiento. Así, respecto de los dichos del psiquiatra de A. S., el Dr. José Fernández Moya, concluyó que «sale malparado y por lo tanto de menguado valor. En pocas palabras, los dichos de Fernández Moya, frente a los de los especialistas que antes he analizado, no aporta elementos de convicción que pongan en crisis a los segundos» (fundamentos, fs. 742 vta.).

En cuanto a la psicóloga del acusado, la Lic. Ciancio Paratore, luego de contrastarlo con el informe de fs. 253 del Cuerpo Médico Forense, concluyó que «el buen control de los impulsos que advierte Ciancio, no parecen estimarse de la misma manera por los peritos oficiales» (fundamentos, fs. 742 vta.). El argumento defensivo, en definitiva, carece de virtualidad crítica respecto de la sentencia condenatoria impugnada. Lo mismo ocurre con los testimonios de la madre del acusado –L.S.– y su hermana –M.B.A.–, que el Tribunal meritó a fs. 742 y ss.

Consideró que habían brindado una versión casi idílica de la relación padre-hija entre el acusado y la víctima luego de la separación, y resaltó que ambas manifestaron incredulidad respecto a los hechos motivo de acusación y pusieron de resalto la agresividad de la madre de la niña.

Concluyó el a quo que «en definitiva, estas familiares del acusado, si bien se mira, se han limitado a manifestar que no creen en que los hechos ocurrieran, pero ningún otro elemento de juicio puede extraerse con contenido favorable al encausado» (fundamentos, fs. 742 vta.).

Respecto de los dichos de la víctima sobre que su padre le tocaba el «chocho y las tetitas», el a quo evaluó las circunstancias en que ocurrió este relato según la denunciante: la niña aparecía con ganas de relatar lo que había ocurrido, incluso frente a sus abuelos, y en ocasión de ser bañada por su madre dijo que su padre le tocaba esas zonas.

Sin embargo, la certidumbre a la que arribó el tribunal surge de elementos que aislados no son asertivos, aunque valorados conjuntamente atribuyen credibilidad a la versión de la niña. Entre ellos, se destacan el hecho de que en la escuela, en salita de 5 años, la niña contó que su papá la tocaba –lo que motivó que la excluyeran del colegio–; que progresivamente fue contando más detalles y en cámara Gesell explicó que eso ocurría los días sábados, que coinciden con las visitas a su padre; que la niña tenía altibajos reflejados en negarse a comer, no querer defecar por temor a que sangrara su ano, pérdidas de peso, crisis de pánico o reacción negativa al ver a su padre en la vía pública –tal como refirió la testigo B.–.

También los dichos de la testigo M.C.M. aludían a retrocesos en la escuela, a que la niña no quería usar el inodoro, volvía ansiosa e irritada de las visitas de su padre y en una ocasión mientras dibujaba le dijo que «...este es el pito de mi papá...» y que «...le había agarrado el pito al papá, que era duro, era caliente y escupía; que era apestoso y que no lo quería hacer... (sic)», lo que luego fue confirmado por los especialistas que trataron a la niña, en particular el Dr. Habijan (fundamentos, fs. 739 vta./740).

Contrariamente a lo afirmado por la defensa en su impugnación, el a quo dedicó un apartado específico a explicar por qué consideraba creíbles los dichos de la niña víctima.

En este orden, contrastó las versiones que la víctima había relatado a su madre, su abuela y una amiga de ambas, y las que éstas brindaron tanto en la investigación como en el debate, y sostuvo que en lo esencial todas ellas eran coincidentes.

Además, explicó que la niña no se limitó a exponer lo que le había sucedido a su madre, sino que también lo hizo en el establecimiento escolar al que asistía.

Y, por otro lado, su versión en cámara Gesell coincide en lo sustancial con lo que relató a su madre y abuela, así como a los médicos y psicólogos.

El Tribunal a quo concluyó que «es impensable que una menor de tan corta edad (cuatro años a la fecha de los hechos motivo de acusación) tenga la capacidad de idear una fabulación de esa especie. Y de igual modo es impensable que pueda aprender con tanto detalle sensorial, una versión transmitida por terceros» (fundamentos, fs. 740).

En definitiva, los agravios relacionados con la valoración probatoria realizada por el Tribunal a quo no pueden ser acogidos en esta instancia. El repaso realizado permite descartar que, como afirma la defensa, las conclusiones de los profesionales psiquiatras y psicólogos no sean concordantes ni permitan arribar al grado de certeza necesario para sostener la condena impuesta.

Lo mismo ocurre con los extremos que ha destacado la defensa para desacreditar los dichos de la niña víctima, que lucen como intentos de aislar partes de sus declaraciones, aunque sin considerar el proceso global y las diferentes instancias en las que la víctima fue manifestándose, pero que el a quo analizó en detalle y de modo integral.

En cuanto a la teoría del caso defensiva, según la cual los tocamientos a los que alude la víctima serían parte del normal ejercicio de la paternidad, el contenido de los hechos acreditados y los detalles del relato de la víctima reseñados antes permiten descartar de plano tal hipótesis, así como la versión según la cual el estrés de la niña responde a abuso psicológico de su madre o a medicamentos.

En cuanto a la valoración del tratamiento psicológico al que era sometido el acusado, ha quedado aclarado en las consideraciones vertidas que tal punto fue correctamente valorado por el a quo, sin que los dichos de los profesionales psiquiatra y psicóloga que trataban a A. S. aportaran elementos criminosos ni de descargo.

Como conclusión parcial, considero que la sentencia impugnada aparece adecuadamente fundada y producto de un correcto mérito probatorio, realizado conforme a las reglas de la sana crítica racional, de manera integral y con la debida consideración de las circunstancias particulares que atraviesan el caso. Como consecuencia de ello, la procedencia del beneficio de la duda debe ser descartada.

Entiendo que el Tribunal deriva la conclusión condenatoria de las pruebas rendidas, que evaluó de conformidad con las reglas de la sana crítica racional y el principio de unidad de la prueba, que impone su consideración conjunta, «...pues muchas veces la certeza se obtiene de probanzas, que individualmente estudiadas pueden aparecer como débiles o imprecisas, pero complementadas y unidas entre sí, llevan al ánimo del juzgador la convicción acerca de la existencia de los hechos denunciados» (L.S. 393-243, 382-107, 381-233, entre otros), que es lo que ha sucedido en la causa.

Por otra parte, el recurso no constituye una crítica razonada de la sentencia, sino una discrepancia con el criterio con el que fueron ponderadas las probanzas, desde que se limita a brindar una interpretación distinta de las mismas o a solicitar una diferente solución al caso sin fundamento objetivo ni legal. Las razones expuestas me conducen a rechazar los agravios vinculados a la valoración probatoria realizada por el a quo.

Resta señalar que en esta instancia no es procedente la petición de condicionalidad de la pena impuesta, en base a dos razones. En primer lugar, porque el recurrente no ha demostrado la existencia de vicios de fundamentación que tornen arbitraria la decisión del Tribunal de imponer la pena fijada en modalidad de cumplimiento efectivo. En segundo orden, porque independientemente de ello la motivación de este apartado de la sentencia supera el control de fundamentación en esta instancia. Veamos.

El recurso de la defensa no ha aportado ningún extremo para la crítica de la modalidad efectiva de la pena impuesta, limitándose a derivar esta petición –de modo subsidiario a la absolución por beneficio de la duda– de las críticas a la valoración probatoria. Solicita que se tenga en cuenta que el acusado es una persona joven, sin antecedentes penales, universitario, trabajador y que se ha sometido a proceso, extremos que la resolución recurrida tuvo en cuenta. En tales términos, la capacidad crítica del recurso respecto de la decisión es nula y no puede ser acogida en esta instancia.

Sin embargo, la resolución también supera el control de motivación realizado en esta instancia. La lectura de sus fundamentos permite observar que el juez a quo tomó en consideración que la condicionalidad de la pena prevista por el art. 26 del CP es una facultad del juzgador y que debe fundarse en la personalidad del acusado.

Sobre la base de la naturaleza de los hechos, la relación parental con la niña víctima, la pluralidad de eventos de abuso, la gravedad del daño causado y la actitud posterior a los delitos, el Tribunal rechazó la condicionalidad de la pena impuesta. En definitiva, advierto que la sentencia impugnada ha justificado suficientemente la modalidad de cumplimiento de pena impuesta, por lo que debe ser confirmada en esta instancia.

Por las razones expuestas, propicio al acuerdo el rechazo del recurso de casación planteado por la defensa de J. I. A. S. y la confirmación de la sentencia condenatoria n° 850 pronunciada por el Tribunal Penal Colegiado n° 1 de la Primera Circunscripción Judicial. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Ampliatorio.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, EN VOTO AMPLIATORIO, DIJO: Puesto a resolver el recurso casatorio promovido coincido con la solución a la que llega mi colega preopinante y, en cuanto a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género, me remito a lo oportunamente señalado en «**Di Cesare Morales**» y «**Mejía Salvador**» por resultar aplicable en ese aspecto el presente caso. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Ampliatorio.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, EN VOTO AMPLIATORIO, DIJO: Sobre la cuestión a resolver, adelanto que comparto la solución a la que arriba el acuerdo que me precede, aunque en función de la posición que he sostenido en anteriores oportunidades respecto algunos puntos alcanzados en el voto preopinante, debo realizar ciertas consideraciones ulteriores. En punto a la perspectiva de género en el proceso penal tuve ocasión de pronunciarme en diversos precedentes («**Cruz Caporiccio**», «**Merlo Lassa**»; «**Quiroga Morales**»; «**Ojeda Pérez**»; «**Vázquez Tumbarello**»; «**Vega**»; «**Zurita**»; entre otros).

En lo que sigue, traeré a colación ciertos pasajes de algunos de aquellos votos, pues considero que resultan enteramente aplicables a este caso y dan cuenta del modo en que, a mi juicio, la perspectiva de derechos debe ingresar al proceso penal.

Encuentro pertinente en primer lugar recuperar las consideraciones realizadas en «Ojeda Pérez», ocasión en la que sostuve que «[...] comparto que aquella concepción según la cual la perspectiva o visión de género es una “categoría analítica que toma los estudios que surgen desde las diferentes vertientes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma, cuestionar los estereotipos y elaborar nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad al servicio de la igualdad y la equidad” (UNICEF, “**Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas**”, Buenos Aires, 2017). Destaco la idea de igualdad contenido en la definición en tanto se encuentra no sólo consagrada expresamente en el texto constitucional (art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza), sino, también, en el ámbito de la normativa internacional.

Así, entre otros, la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” - Belem Do Pará -, garantiza que toda mujer tiene “el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley” (art. 4, inc. “f”).

Sostuve también en esa ocasión que «[...] en nuestro ordenamiento interno, la ley nacional 26.485 es una norma orientada pura y exclusivamente a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las "mujeres".

En tal sentido, entre sus objetivos primordiales, el propio texto promueve y garantiza “la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida”, “el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia”, “las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos”, como también, “la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres”(art 2, inc. a, b, c y e respectivamente)».

Así, «[...] ese texto normativo vino a imponer un **verdadero “deber jurídico”** para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas. Sus destinatarios directos son aquellos sujetos

que integran los órganos decisores en el marco de los procesos judiciales penales, ya sea por el lado de quienes resultan facultados para disponer sobre el curso de investigación, como también, respecto de quienes son los encargados de su juzgamiento».

Ese deber jurídico no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley. Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que «[l]os organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativos, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional [...] los siguientes derechos y garantías: i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son su naturales testigos [...] (art. 16)».

Ahora bien, además de ese deber genérico, ya en el terreno que resulta propio a la actuación de los órganos de justicia dentro de los procedimientos jurisdiccionales penales, el texto legal contiene normas que «[...] consagran lineamientos funcionales para los operadores del sistema de administración de justicia en el abordaje de la problemática de género. En consonancia con el sistema de protección integral, se consagra el principio de «amplia libertad probatoria» para tener por acreditados “los hechos denunciados, evaluándose las pruebas ofrecidas de acuerdo con el principio de la sana crítica. Se considerarán las presunciones que contribuyan a la demostración de los hechos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes” (art 31)».

De tal manera, y conforme sostuve en el ya citado **precedente «Ojeda Pérez»**, «[...] el texto legal vigente [ley 26.485] no introduce un nuevo método de valoración probatoria para los casos de violencia de género, puesto que siempre la prueba debe valorarse conforme al sistema de la sana crítica racional (art. 206 y 409 del CPP). A mi modo de ver, la imposición de un método de valoración de la prueba como herramienta obligatoria para el abordaje de esta problemática, se justifica ante la necesidad de evitar que los órganos jurisdiccionales decisores puedan apartarse en la adopción de decisiones, del contexto fáctico que es propio a este género de conductas delictivas».

Así, «[...] el acierto de la ley consistió en establecer, en forma igualitaria, un método de valoración que evite la discriminación que en ocasiones ocurría por prácticas derivadas de la cultura jurídica patriarcal inquisitiva, que se transformaron en consuetudinarias, y que era necesario erradicar. Repárese que es la propia Convención Belem Do Pará donde se fija, como un deber de los Estados el “tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer” (art. 7, inc. “e”)».

Ello no resulta novedoso para la labor jurisdiccional en razón de que «[...] siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba –objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento.

Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto. Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas».

Conforme a lo expresado «[...] es el contexto en el que se inserta el hecho delictivo el que viene a determinar el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio. Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres el testimonio de la víctima ostenta un valor fundamental en la

comprobación de los extremos de una imputación delictiva, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la responsabilidad penal derivada del mismo».

De tal manera «[...] uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo.

A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables».

De no proceder de esta manera estaríamos recreando la sociedad estamental –con características propias– del Estado premoderno, lo que implicaría una vulneración del principio de igualdad –consagrado en el art. 16 de la CN y 7 de la CM–, el que, a su vez, constituye uno de los pilares de la República Federal –hasta aquí, conf. «**Ojeda Pérez**»–. Es decir que, este método de análisis es para asegurar que la conquista de la igualdad consagrada en el art. 16 de la CN, donde además de ser iguales las personas ante la ley y esta una misma para los habitantes, en los hechos tenga una acción y fuerza uniforme (art. 7 de la Constitución de Mendoza) –conf. «Zurita»–.

En segundo lugar, he enfatizado que la perspectiva de género no se trata simplemente de un lenguaje, sino esencialmente de una forma de actuación que requiere comprender en toda su dimensión que existen en los casos y/o circunstancias una situación de discriminación que se reclama su cese para asegurar un trato igualitario de todas las personas –conf. «Zurita»–.

En particular en materia penal el método de análisis con perspectiva de género que debe ser utilizado cuando la mujer es víctima de un delito es para asegurar que la ley, que es igual para todas las personas, sea también aplicada con igualdad de trato ante ella, evitando la discriminación por usos y costumbres derivadas de la **cultura estereotipada patriarcal** –como poder ideológico, que se vale de la posesión de ciertas formas de saber, información o códigos de conducta, incluso por la posesión de ciertos bienes que le dan la primacía a algunos varones sobre los restantes integrantes de cada grupo de pertenencia de varones, mujeres y niños/as; y entre los varones al primigenio; como de los varones sobre las mujeres y de éstas sobre los niños/as–, para ejercer una influencia sobre el comportamiento de los demás e inducir a los miembros del grupo a efectuar o no efectuar una acción, o machista –como ejercicio o manifestación de la fuerza o económico, que se impone por la asimetría entre los varones y de estos con las mujeres–, como capacidad de determinar el comportamiento de los demás; pero ambos imponen rígidos roles que contribuyen a instituir y mantener sociedades desiguales, divididas entre fuertes y débiles, ricos y pobres, como de sabios e ignorantes (ver **BOBBIO, Norberto, Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política, Fondo de Cultura Económica, trad. José F. FERNÁNDEZ SANTILLÁN, México, 1989**) –conf. «Zurita»–. A lo dicho se agrega que la víctima en el caso de autos titulariza una doble protección jurídica: por ser mujer y niña cuenta con una doble condición de vulnerabilidad que la atraviesa (ver al respecto lo señalado en los **precedentes «Vega» y el ya citado «Zurita»**).

En tanto que cada una de esas condiciones demandan una especial protección por parte de todos los agentes de la organización estatal, para prevenir la violencia de la que históricamente han sido objeto las niñas; y de los operadores del derecho, quienes tienen la obligación de ser diligentes en la investigación, imprimiendo en el análisis de estos casos una lectura desde el enfoque de género, con el objeto de brindar una solución legal y justa en cada caso.

En este caso es aplicable el enfoque interseccional que emana de la jurisprudencia de la Corte IDH en el **Caso V.R.P., V.P.C y otros vs. Nicaragua**, sentencia del 8 de marzo de 2018, al pronunciarse sobre un caso de una niña de ocho años de edad, abusada sexualmente por su progenitor. Allí se afirmó que: «Para los

casos de violencia y violación sexual en contra de mujeres adultas, la Corte ha establecido una serie de criterios que los Estados deben seguir para que las investigaciones y procesos penales incoados sean sustanciados con la debida diligencia».

En el presente caso, la Corte tiene la oportunidad de referirse a la obligación que tiene un Estado cuando las investigaciones y proceso penal se dan en el marco de un caso de violación sexual cometida en contra de una niña. Por ende, la Corte adoptará un enfoque interseccional que tenga en cuenta la condición de género y edad de la niña» (párr. 154) – el resaltado me pertenece–.

El **enfoque de género con un análisis interseccional** adoptado por la Corte IDH en el fallo citado, se encuentra establecido en el artículo 9 de la Convención de Belém do Pará, al disponer que los Estados Partes deben adoptar medidas específicas teniendo en cuenta la situación de vulnerabilidad frente a la violencia que pueda sufrir una mujer en razón de su raza, condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada, se encuentre embarazada, discapacitada, sea menor de edad o anciana, esté en situación socioeconómica desfavorable, en conflicto armado o privada de libertad. Así lo he sostenido recientemente en **«Zurita»**.

Es conveniente destacar también que, en el precedente **«V.R.P., V.P.C. contra Nicaragua»** mencionado, la Corte IDH señala que además de los estándares establecidos en casos de violencia sexual contra mujeres adultas, los Estados deben acatar en el marco del artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, «medidas particularizadas y especiales en casos donde la víctima es una niña, niño o adolescente, sobre todo ante la ocurrencia de un acto de violencia sexual y, más aún, en casos de violación sexual» (párr. 155).

A continuación en el mismo párrafo, subraya «la obligación estatal reforzada de debida diligencia» y, de la «aplicación concreta a los cuatro principios rectores de la Convención sobre los Derechos del Niño, esto es el principio de no discriminación, el principio del interés superior de la niña, el principio de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo y el principio de respeto a la opinión de la niña en todo el procedimiento que la afecte, de modo que se garantice su participación, en lo que resulte pertinente para identificar las medidas especiales que son requeridas para dotar de efectividad a los derechos de niñas, niños y adolescentes cuando son víctimas de delitos de violencia sexual».

También se hace referencia en el fallo interamericano referido, que los Estados deben adoptar medidas especiales de protección en casos de niñas, niños y adolescentes por ser considerados y consideradas «más vulnerables a violaciones de derechos humanos, lo que además estará determinado por distintos factores, como la edad, las condiciones particulares de cada uno, su grado de desarrollo y madurez, entre otros.

En el caso de las niñas, dicha vulnerabilidad a violaciones de derechos humanos puede verse enmarcada y potenciada, debido a factores de discriminación histórica que han contribuido a que las mujeres y niñas sufran mayores índices de violencia sexual, especialmente en la esfera familiar» (párr. 156).

En tercer orden, y tal como destacué en el caso «Vázquez Tumbarello», la relevancia de la ley 27.499, denominada **«Ley Micaela»**, en tanto dispuso la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra la mujer para todas las personas que desempeñen la función pública, en cumplimiento del objetivo señalado.

En coincidencia con aquella normativa la **Acordada N° 29.318** de esta Suprema Corte de Justicia, y su anexo «Programa de capacitación permanente para la incorporación de la perspectiva de género en el marco de la Suprema Corte de Justicia».

Así, con fundamento en el principio de igualdad y la consecuente prohibición de discriminación, se dispusieron una serie de acciones concretas para asegurar la «igualdad real» de las mujeres en sus relaciones interpersonales.

En conclusión, entiendo que la trascendencia de la ley 26.485 radica no en conformar un estatus jurídico distinto aplicable a la mujer, sino que mediante la capacitación dirigida a los funcionarios públicos y, en lo que aquí interesa, a funcionarios y magistrados del poder judicial, se otorgue una perspectiva para valorar los elementos probatorios bajo el prisma de la igualdad consagrada en la normativa nacional.

Ella debe estar despojada de estereotipos y prácticas relacionadas con la cultura jurídica patriarcal-inquisitiva, plasmada en usos y costumbres que importaron, e importan, prácticas que impiden poner en contexto los medios convictivos al momento de su ponderación.

Estas consideraciones, como adelanté, las entiendo plenamente aplicables al caso. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los Dres. OMAR A. PALERMO y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los Dres. OMAR A. PALERMO y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 746/755 por la defensa de J. I. A. S.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro

Compendio 2020.

Delitos contra la libertad

Dra. Marina Martín.

Capítulo IV.

Delitos contra la libertad.

Amenazas. Coacciones.

CAPÍTULO IV. DELITOS CONTRA LA LIBERTAD. Amenazas. Coacciones.

1- ACOSTA y ot. 20-02-20.

| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
|----|----|----|------|--------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|-------------|---|------------|
| - | - | - | - | - | - | - | - | - | - | - | - | - | - | 474 |

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200220_Compulsa.pdf

Lex: Art. 149 del CP. Art. 353 del CPP. Art. 167 del CPP.

Vox: Coacciones. Nulidad de sobreseimiento. Nulidad de dictamen fiscal. Improcedencia formal.

Summa:

El **Cámara de Apelaciones en lo Criminal** declaró la nulidad del sobreseimiento y del dictamen fiscal.

La **defensa** interpone recurso de casación.

El **Procurador General** entiende el recurso es formalmente improcedente por cuanto fue planteado contra una resolución que carece del carácter de definitividad.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Auto pronunciado por la Cámara de Apelaciones en lo Criminal-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Nievas Ricardo
- Maldonado Guerra, Marcelo. 18-05-10.

SCJM. Dr. **Valerio**. Dra. Isuani. Dra. Orbelli.

Fallo:

CUIJ: 13-02847938-1((012174-11007101)) COMPULSA EN AUTOS P-90822/09 FC/ ACOSTA Y OTS.(87307) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *102870307*

En Mendoza, a los veinte días del mes de febrero del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-02847938-1, caratulada “COMPULSA EN AUTOS P-90822/09 – FC/ACOSTA Y OTS. ...S/CASACION”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DRA. MARINA ISUANI, y tercero DRA. ALEJANDRA ORBELLI.

A fs. 2581/2588 la defensa técnica de F. G., promueve a recurso de casación contra la resolución de fs. 2561/2572, de fecha 12 de junio de 2.013, en tanto que en ella se declara la nulidad del sobreseimiento de fs. 2509/2517 vta. y del dictamen fiscal de fs. 2497/2506 por haber acogido el recurso de apelación deducido por el querellante popular.

El pronunciamiento cuestionado fue emitido por la entonces Cámara de Apelaciones en lo Criminal en autos N° P-87.307/12. A fs. 2663/2666 vta., esta Sala Segunda resolvió admitir formalmente el recurso de casación interpuesto por el Dr. J. H. Day, defensor técnico de F. G..

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

I.- La resolución recurrida

La sentencia puesta en crisis, en lo pertinente para la solución del recurso interpuesto, establece que «[...] le asiste razón al apelante, por lo que corresponde nulificar el pronunciamiento atacado, así como el dictamen emitido por el Ministerio Público fiscal a fs. 2497/2506, en virtud de los argumentos que a continuación paso a exponer.

En primer lugar, advierto que el Juez de Garantías reconoce que la Fiscalía de Instrucción no ha fundamentado adecuadamente su dictamen, en tanto limitó su pedimento “a la remisión de las consultas que le efectuara a su Superior Jerárquico”, y sin embargo convalidó ese dictamen, aun cuando el art. 167 del CPP establece expresamente que “Los representantes del Ministerio Público formularán motivada y específicamente sus requerimientos y conclusiones, bajo pena de nulidad.

Así, nuestro máximo Tribunal provincial ha dicho que la resolución deviene nula si se basa en un dictamen fiscal inmotivado, “ya que no expuso las razones de hecho y derecho en las que basaba su opinión, constriñéndose a reiterar los preceptos contenidos en la norma sin examinar las constancias de la causa”, pues dicho dictamen debe resultar motivado a fin de que pueda resultar objeto de censura en cuanto a su legalidad y motivación (**C.S.J. Mza., Expte. N° 95.899, “Fc/Maldonado Guerra, Marcelo s/Casación”, 18/05/2010**)».

A ello agregó que «[...] la razonabilidad y motivación de las decisiones, no es una obligación exclusiva de los jueces, sino también del Ministerio Público, porque tiene su base en preceptos constitucionales tendientes a garantizar el debido proceso legal.

En este sentido se ha dicho que «Esto no empece que si en ejercicio del control de legalidad que también les compete, los magistrados hubieran advertido que el representante del Ministerio Público Fiscal, hubiera emitido su dictamen con tal déficit en la consideración de las circunstancias de la causa o en un palmario apartamiento del texto legal que lo tornen infundado o arbitrario, pudieron haber actuado en concordancia con lo dispuesto en el art. 167 inc. 2° y 69 CPPN). (**Cámara Nacional de Casación Penal, Sala IV, “Stazzone Jorge”, 15/09/2019, Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, N° 8, Año 2011, pág. 1412**)».

A su vez sostuvo que «[e]n este caso el Juez ingresa al examen de las constancias de la causa sin que le anteceda un pedimento de parte donde se exponen debidamente las razones que justifican esa posición, a punto tal que careciendo de esta llave maestra (desde un punto de vista funcional), revisa algunas probanzas y resuelve avanzar más allá de la petición formulada por la Fiscalía de Instrucción, postulando directamente que no existen evidencias de que el hecho hubiera sido cometido por el imputado, sobreseyéndolo por la vía del art. 353 inc. 1° del CPP Ley N° 6730.

Digo que el dictamen de la Dra. Claudia Ríos no está motivado porque tras dedicar varias carillas a transcribir lo actuado en este legajo, dedica un capítulo especial para reseñar las indicaciones formuladas en distintas oportunidades por la Fiscalía de Cámara, y finalmente peticiona el sobreseimiento apoyándose en que: “debidamente analizadas las constancias de autos, el magistrado estimó que de acuerdo a las pruebas colectadas en la causa, no existen elementos de convicción suficiente de que la conducta investigada como presuntamente delictiva haya tenido lugar en la realidad, contribuyendo de este modo a sembrar la duda” (fs. 2505/2506).

En otras palabras, el dictamen del Ministerio Público Fiscal carece de un razonamiento propio, que tampoco lo tiene la instrucción previa a la cual se remite, emanada del Dr. Javier Pascua, titular de la Primera fiscalía de Cámara [...]

A lo señalado se adicionó que «[...] de una parte, la Fiscal de Instrucción se respalda en el dictamen del Fiscal de Cámara para dar por fundamentada su postura desincriminante, pero por otro lado, este nunca examinó acabadamente todas las evidencias agregadas a la causa conducentes para arribar seriamente a una conclusión, definiendo así dogmáticamente que correspondería archivar las actuaciones o sobreseer al Magistrado (fs. 2496).

En particular, el deber de motivar la decisión para el Ministerio Público Fiscal se ve redoblado en el caso bajo estudio, debido a la gravedad institucional que trasunta la acusación realizada contra un Fiscal de Instrucción de la Provincia de Mendoza».

Para el tribunal de instancia anterior este cuadro fue representado gráficamente por el querellante cuando dijo, como hipótesis que «[e]l hecho es de por sí gravísimo. Un Fiscal junto con personal policial mezclados con informantes y personas vinculadas al hampa fabrica un expediente para “solucionar el caso” y poner en prisión a un inocente (fs. 2540 vta.)».

En función de lo expuesto sostuvo que «[...] fundar debidamente la solución al caso se presenta como un imperativo absoluto para quien –junto con el Juez– tiene bajo su cargo la debida aplicación del derecho penal, pues así como los Fiscales “no iniciarán ni continuarán un procedimiento, o bien, harán todo lo posible por interrumpirlo, cuando una investigación imparcial demuestre que la acusación es infundada”, también “prestarán la debida atención al enjuiciamiento de los funcionarios públicos que hayan cometido delitos, especialmente en los casos de corrupción, abuso de poder, violaciones graves de derechos humanos y otros delitos reconocidos por el derecho internacional y, cuando lo autoricen las leyes o se ajuste a la práctica local, a la investigación de esos delitos” (**Directrices sobre la Función de los Fiscales,**

Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, 1990)».

Esto, «[s]in perjuicio de que a mi entender, los razonamientos expuestos sellan favorablemente la suerte de la vía recursiva intentada por el querellante particular, desde que el Juez de Garantías con el mismo escrúpulo y rigurosidad empleado oportunamente para declarar la nulidad de los decretos del Ministerio Público Fiscal a fs. Sub 1877/1882 y 2098/2107, debería haber concluido en aquella sanción procesal respecto de los emitidos a fs. 2496 y 2497/2506 [...]».

II.- El recurso de casación formulado

El defensor técnico de F. G. promueve recurso de casación a fs. 2581/2588, a tenor de las previsiones del art. 474 inciso 2 del art. 474 del CPP.

Considera que la resolución de fs. 2561/2572 no observa normas cuyo cumplimiento es impuesto por el CPP bajo pena de nulidad por lo que, en definitiva, la resolución cuestionada constituye un acto de notoria arbitrariedad que violenta el art. 155 del mismo cuerpo legal. Considera que los argumentos brindados sólo exteriorizan una diferente valoración de la prueba.

Entiende, a su vez, que la nulidad declarada resulta un acto de abuso de poder, de discrecionalidad intolerable y que, por ello, debe ser invalidada. Refiere que el querellante podía cuestionar la resolución del juez de garantías por considerar errada la valoración de la prueba para que luego la Cámara actuara conforme el art. 362 del CPP, buscando que el acto jurisdiccional fuese revocado sin necesidad de invalidarlo con la sanción de nulidad.

Detalla los fundamentos de la nulidad declarada en relación a la resolución dictada por el juez de la instancia anterior, como también de la nulidad dispuesta respecto al requerimiento de sobreseimiento solicitado por la fiscal de instrucción.

Cuestiona que en la resolución atacada se reseñó pasajes del sobreseimiento, para luego criticar el valor asignado a ciertas pruebas sobre otras, mostrando en realidad su disconformidad con lo resuelto.

A ello agrega que en la resolución impugnada se reprocha la omisión de valoración de pruebas decisivas sin señalar de qué prueba se trata, ni cuál sería el juicio al que se llegaría valorándolas.

Por lo señalado solicita que se anule la resolución recurrida y se reenvíe la causa al tribunal que resulte subrogante para un nuevo pronunciamiento sobre la cuestión.

III.- Dictamen del señor Procurador General

A fs. 2647 obra dictamen emitido por el señor Procurador General.

Luego de examinar los agravios propuestos por el recurrente considera que el remedio intentado resulta formalmente improcedente por cuanto fue planteado contra una resolución que **carece del carácter de definitividad**.

Agrega que la resolución examinada da continuidad a la persecución penal al anular la sentencia de sobreseimiento y no amenaza con afectar de manera insuperable o insalvable los derechos del encartado, por lo que no aparece consumada la excepción al principio de taxatividad legal.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Del examen del recurso de casación promovido y la resolución impugnada, adelanto opinión en el sentido de que el primero de los nombrados debe ser rechazado en atención a los motivos que se expondrán.

a.- De forma preliminar conviene recordar el criterio pacífico y sostenido de este Cuerpo en relación a que la admisión formal de un recurso extraordinario no resulta un obstáculo para que este cuerpo, al examinar

los motivos de agravio que fundan la impugnación extraordinaria, vuelva sobre los requisitos o presupuestos que hacen a la procedibilidad formal de ella (ver en ese sentido «**Nievas Ricardo**» y precedentes registrados en L.S 193-326; 280-120; 285-053; 293-088; 295-258; 293-253).

b.- Dicho esto, resulta pertinente realizar un detalle de las constancias de la causa traída a examen.

b.1.- En la presente se investiga la denuncia formulada por Ricardo Ferreyra Ervidia, quien fuera testigo de identidad reservada (n° 4) en autos N° 64.261/09, caratulados «**Campos Duilio** (a) Pañalin».

El denunciante refirió que en fecha 25/8/9 fue detenido en autos N° 54.114/09 por un hecho ocurrido en el mes de julio de 2.009 y en fecha 6 de noviembre de 2.009 recuperó su libertad. Tres días después (9/11/09) fue trasladado por personal policial –junto a «R.» A., **testigo de identidad reservada** en autos N° 64.261/09– al sitio donde había muerto un menor de edad –M. C.–.

Agregó que, con la participación de R. A., le indicaron las circunstancias que, como testigo de identidad reservada, debía señalar contra D. C.. Añadió que luego lo llevaron a la Oficina Fiscal de Luján de Cuyo, donde lo esperaban el subcomisario Guardia y el fiscal F. G..

A puertas cerradas se quedó con el fiscal y Ricardo Acosta. Señaló que el fiscal le dio la declaración que había formulado R. A., indicándole que la leyera. Luego, en determinado momento, le dijeron «te quiero aclarar que vos estás investigado por siete causas, así es que fijate». **Ferreyra** les explicó que como estaba nervioso no recordada. Entonces el fiscal le dijo «quedate tranquilo que la declaración te la armo yo, vení y seguime».

Así, fue trasladado a otra oficina en la que el fiscal pidió copia de la declaración de Acosta, se la entregó a una mujer y le dijo «tomá, cópiate esto que yo te voy a decir qué cambiar».

Agrega que luego, trajeron dos declaraciones una con sus datos y otra sin ellos, le hicieron firmar el original, le dieron una copia sin sus datos y sacó otra copia más. Expresa que después el fiscal le dijo si quería conocer a Ciurca, a quien le llamó por teléfono diciéndole que había que pagarle Ferreyra recompensa por el aporte de información.

b.2.- Con motivo de la denuncia presentada por Ferreyra Ervidia la fiscal de instrucción consideró que, con base en las **declaraciones falaces de R. A., F. y G.**, se atribuyó a D.C. el delito de homicidio agravado por alevosía en perjuicio de (nombre) Cardozo y se dispuso, ilegítimamente, su aprehensión el 11 de noviembre de 2.009 y su detención al día siguiente.

A ello se agregó que con posterioridad, y de manera ideológicamente falsa, el fiscal de instrucción solicitó la prisión preventiva, sobre la base de pruebas falsas, induciendo a error al entonces juez de garantías con el dictado de la medida de coerción en contra de Campos Orozco en fecha 3 de febrero de 2.010.

b.2.- Los hechos descriptos fueron calificados por la fiscal de instrucción a cargo de la investigación penal preparatoria, como falsedad ideológica (cuatro hechos, en relación a los testimonios de R.F., R. A., y C.G. y el requerimiento de prisión preventiva de C. en autos N° 64.261/09) –art. 293 y 55 del CP–; privación ilegítima de la libertad agravada (en perjuicio de J.C.) –art. 144 bis, inc. 1° del CP–; coacción (en perjuicio de M.L.) –art. 149 bis, segundo párrafo del CP–; y fraude a la administración pública –art. 174, inc. 5 del CP–.

Todo ello por entender que R.F. fue trasladado por personal policial junto a R. A. al sitio donde había fallecido M.C. y se le señalaron las circunstancias que debía referir como testigo de identidad reservada contra Duilio Campos.

Una vez en la Oficina Fiscal 11 de Luján F. G. recibió a R.F., le dio la declaración de R. A., ordenándole que la leyera y recordándole que estaba siendo investigado en siete causas.

Puesto que R.F. dijo no recordar, F. G. le indicó que se tranquilizara, que él le «armaría» la declaración. Así, entregó a una mujer **la declaración de R. A.**, y le ordenó a aquella que la copiara y que él le indicaría qué había que cambiar. Luego preguntó si quería conocer a **C.**, a quien llamó telefónicamente y dijo que había que pagarle recompensa por la información. A ello sumó que el fiscal F. G. quiso endilgar a V.M.L. responsabilidad en el deceso de M.C. y le anunció que «la pasaría mal», asustándolo. Así, consideró la fiscal de instrucción que, sobre la base de las declaraciones falsas de R. A., R.F. y G. se imputó a D.C. el homicidio de M.C. (expte. 64.261/09).

Luego, de manera ideológicamente falsa, F. G. solicitó la prisión preventiva al juez de garantías, quien fue **inducido a error** provocando el dictado de la resolución sobre la base de pruebas falsas.

A raíz de estos hechos es que D.C. permaneció privado de su libertad desde el 11/11/09 hasta el 19/4/10 (ver fs. 1517 vta.).

Dicho esto es preciso tener presente que, aun cuando la fiscal de instrucción formuló avoque en contra de F. G. –ver fs. 1516/1518 decreto de fecha 20/10/10 y fs. 1560/1562 decreto de fecha 7/12/10 de la causa principal–, por diversos motivos tal imputación no le fue formalmente notificada al mencionado.

b.4.- No obstante lo señalado, al inicio de la investigación F. G. prestó declaración informativa a tenor del art. 318 del CPP en dos ocasiones (ver fs. sub 81/88 y 105/106). En tales oportunidades F. G. explicó las circunstancias en que obtuvo las declaraciones testimoniales del denunciante.

b.5.- En fecha 5 de junio de 2.012 (fs. sub 2448), la fiscal de instrucción remitió las actuaciones a la Primera Fiscalía de Cámara del Crimen en consulta. Explicó la representante del Ministerio Público Fiscal que el Jury de Enjuiciamiento dispuso la clausura de las actuaciones relativas al desafuero del Dr. F. G..

Aclaró que, si bien este último consideró que se imponía aquella clausura en razón de que no se había solicitado el desafuero, no le correspondía a ella hacerlo en atención a las disposiciones del art. 16 de la ley 4.970 y la interpretación del art. 17 del CPP.

De esta manera, el motivo de consulta se refirió concretamente sobre la necesidad de solicitar **jury de enjuiciamiento** respecto de F. G..

A fs. sub 2474/2491 se encuentra agregado el dictamen emitido por el fiscal de la entonces Primera Fiscalía de Cámara del Crimen expidiendo directivas en relación a la consulta efectuada. Luego de formar compulsas para resolver la situación de F. G. (fs. sub 2494), nuevamente se requirió al fiscal de cámara instrucciones sobre la necesidad de solicitar el jury de enjuiciamiento de F. G. o requerir al juez de garantías el sobreseimiento.

A fs. 2496 el fiscal de la entonces Primera fiscalía de Cámara del Crimen se expidió y señaló que, al no existir nuevos elementos de prueba, entendía que la fiscal de instrucción debía expedirse en el sentido de archivar las actuaciones, o bien solicitando el sobreseimiento de F. G..

Así a fs. 2497/2506 la fiscal de instrucción requirió el sobreseimiento de F. G., a tenor de las previsiones del art. 353 inc. 5 del CPP. El entonces Primer Juzgado de Garantías a fs. 2509/2517 dispuso el sobreseimiento de F. G. por medio de Sentencia N° 2527 de fecha 5 de marzo de 2013.

Ello en tanto compartió la solución propiciada por la fiscal estimando que no había suficiente fundamento para formular, tan siquiera imputación formal en contra de F. G..

Admitió que la denuncia de F. motivaba la investigación pero que, a su criterio las declaraciones de F. G., y de los funcionarios y auxiliares de la oficina fiscal desvirtuaban la denuncia.

De tal manera no resultó acreditado, a su entender, que el fiscal hubiera inducido a los testigos a declarar en un sentido determinado, puesto que no se logró establecer la veracidad de los dichos del denunciante.

Por ello valoró que la Fiscal no fundó adecuadamente el pedido de sobreseimiento a tenor del art. 353 inc. 5 del CPP, pues que se imponía aquél a tenor del art. 353, inc. 1°, segundo supuesto del CPP.

El querellante apeló la sentencia de sobreseimiento y reclamó la nulidad de la decisión atacada alegando la falta de motivación de aquella, su arbitrariedad y la exclusión de prueba decisiva.

El tribunal de apelación acogió el recurso, declaró la nulidad absoluta del auto de fs. 2509/2517 vta. y del dictamen de fs. 2497/2506, como también dispuso el apartamiento del entonces juez de garantías y de la fiscal de instrucción. En el auto señalado el a quo expresó que:

a) el juez de garantías reconoció que la fiscal no había fundado adecuadamente su dictamen y que se había limitado a referirse a las consultas evacuadas por su superior jerárquico;

b) los dictámenes deben ser motivados, por lo que la resolución jurisdiccional basada en un dictamen no motivado deviene nula. Agregó que la resolución cuestionada presentaba motivación parcial o defectuosa que la tornaba nula (ver fs. 2567).

Así ponderó que: **i)** el juez que ordenó el sobreseimiento realizó afirmaciones pero no aportó las razones por las cuales llegaba a esa conclusión ni las confrontó con el resto de la prueba; **ii)** que tampoco el juez de la instancia anterior explicó el motivo por el que se otorgaba preponderancia a la versión de funcionarios y auxiliares contra la versión de F.; **iii)** se había segmentado la prueba y no había analizado el contexto que antecedía a la presentación de F. en la oficina fiscal; **iv)** no se detuvo en las declaraciones de la Dra. M.A. –ayudante fiscal– relativas a la extrañeza que le causó la medida de F. G. y quien no tuvo conocimiento de que se recibiría una declaración a un testigo de identidad reservado; **v)** se ignoró el dictamen elaborado por el Dr. G. en la causa administrativa de Procuración, en aquel se daba cuenta de la irregularidad presentada en relación a la falta de actuación de la Dra. M.A. en el acta, puesto que debía dar fe del acto llevado a cabo en la oficina fiscal; **vi)** se simplificó el testimonio del ayudante fiscal J. M. G.; **vii)** no se explicaron los motivos por los cuales F. tenía en su poder una copia del acta cuando la auxiliar P.R. dijo que no se le había dado ninguna copia –circunstancia también advertida por G. en el informe presentado en Procuración–; **viii)** la ausencia de valoración de las testimoniales de F.I. y N. V., las que de algún modo validarían el relato de F., como también en relación a la situación de M.B.; **ix)** se omitió valorar la declaración de R. A., y el informe del Dr. G. en tanto señala que la libertad de F. se ordenó en los autos Nº P 54.114/09 por simple providencia; **x)** no se analizó que la declaración del testigo de identidad reservada se tomó en la oficina fiscal, cuando la causa ya se encontraba radicada en la unidad fiscal, sin advertirse para ello razones de urgencia u otras que justifiquen tal accionar; **xi)** tampoco se indagó sobre la circunstancia de que Acosta –sindicado como informante– aguardaba a F. a la salida de la oficina y entre ambos solicitaron el pago de una recompensa, siendo que Acosta dijo que había acordado en forma previa con F. G. llevar a F. a la oficina Fiscal; **xii)** no se examinó el conocimiento que F. G. tenía sobre las sospechas de conductas irregulares que pesaban sobre C.G.B.J.. Así, refiere el tribunal de instancia previa que toda la actividad probatoria se redujo a una confrontación entre los dichos de los empleados judiciales con la declaración de E.F. de manera tal que el déficit motivacional endilgado por el juez de garantías al dictamen del Ministerio Público le resulta también atribuible.

c.- Ahora bien, como se anticipó, entiendo que no corresponde acoger el planteo casatorio formulado puesto que el análisis detallado de las constancias de la causa, me llevan a compartir los fundamentos expuestos por el Procurador General.

Efectivamente considero que la resolución cuestionada no se encuentra dentro del elenco previsto por el **art. 475 del CPP**, esto es, no se trata de una sentencia definitiva, ni de autos que pongan fin a la acción o

a la pena, o hagan imposible que continúen o denieguen la extinción, conmutación o suspensión de cualquiera de ellas.

En tal sentido este cuerpo ha señalado, como principio general, que «el recurso de casación es extraordinario, por lo que una de sus características esenciales es que está dirigido a controlar las resoluciones que posean el carácter de definitividad» (LA 190-199).

Ahora bien, sólo excepcionalmente resulta admisible la impugnación extraordinaria de una resolución que no tiene tal carácter de definitividad cuando puede sostenerse que aquélla puede equipararse a tal por el eventual perjuicio –de difícil o imposible reparación ulterior– que pueda ocasionar.

Sobre tal cuestión la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene entendido que causan «gravamen irreparable» aquellas decisiones que «privan al interesado de utilizar, con eficacia, remedios legales posteriores, para obtener la tutela de sus derechos».

Así, el criterio para extender el carácter de sentencia definitiva ha sido el «daño irreparable» que determinadas resoluciones pueden ocasionar, aun cuando no resulten sentencias definitivas.

En este orden la Corte Federal ha considerado que las resoluciones que «restringen la libertad del imputado» con anterioridad al fallo definitivo de la causa, ocasionan un «perjuicio de imposible reparación ulterior» para el supuesto en que resultara finalmente absuelto y, por ello, son equiparables a sentencia definitiva a los fines del recurso extraordinario federal (**CSJN Fallos 300:642, 308:1631; 312:772**).

En el orden local, esta Suprema Corte de Justicia adoptó idéntico criterio en distintos pronunciamientos (ver al respecto: LS 416-117; LS 453-144; LS 477-168; entre otros).

En función de lo señalado puede decirse, como admite el propio recurrente, que la resolución cuestionada no encuadra en ninguno de los supuestos enunciados por el art. 475 del CPP ni es posible excepcionar la pauta de definitividad conforme al criterio expuesto.

Así, no sólo no resulta definitiva la resolución impugnada por la defensa, sino que tampoco implica paralización definitiva, ni temporaria del ejercicio de la acción. Por el contrario, aquella resolución importa el impulso del proceso.

Tampoco se advierte, como alega el recurrente, que la resolución cuestionada se trate de aquéllas revisables por la vía escogida en virtud de que acarrearía un gravamen irreparable. Ello así ya que no se desprende de lo actuado en esta causa el perjuicio imposible de ser reparado con posterioridad.

Al efecto advierto que los actos cuya nulidad se declaró resultan absolutamente reeditables para el supuesto de que el representante del Ministerio Público Fiscal que intervenga comparta el criterio sustentado por su anteceder.

En tal caso si, eventualmente, el juez penal colegiado comparta tal hipotético requerimiento podría dictar una resolución nuevamente favorable a los intereses de la parte que aquí recurre. Entiendo que tampoco puede prosperar el planteo de inconstitucionalidad que menciona el recurrente vinculado a los arts. 475 y 478 del CPP.

Ello toda vez que sólo se limita a mencionar tal circunstancia sin señalar la o las normas de la Constitución Nacional, Provincial o Tratados Internacionales en relación a las que entraría en colisión las disposiciones del código de forma y la entidad del gravamen.

Por lo expuesto y opinión concordante del Procurador General, corresponde rechazar el recurso casatorio promovido. ASÍ VOTO.

Voto Dra. Orbelli y Dra. Isuani. Adhieren.

Sobre la misma cuestión las DRAS. ALEJANDRA ORBELLI Y MARINA ISUANI adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión las DRAS. ALEJANDRA ORBELLI Y MARINA ISUANI adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión las DRAS. ALEJANDRA ORBELLI Y MARINA ISUANI adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación promovido a fs. 2581/2588 por la defensa de F. G..
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DRA. MARINA ISUANI Juez de Cámara DRA. ALEJANDRA M. ORBELLI Juez de Cámara

2- FERRANDO. 27-02-20.

| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
|----|----|----|------|--------|---------|---------|----------|---------|-----------|---------|------------|-------------|---|--------------------------|
| - | - | - | | - | - | - | A | - | CR | - | -3° | - | - | 474 -1° |

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200227_FcFerrando.pdf

Lex: Art. 183, 55, 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto, 59 inc. 3, 62, 67, 6° párrafo, inc. b) e inc. c) del CP. Art. 7.5 de la CADH. Arts. 475 y 478 inc. 3 del CPP

Vox: Amenazas simples. Daño simple. Extinción de la acción penal. Prescripción. Actos interruptivos. Audiencia de acusación equivalente a requerimiento fiscal. Insubsistencia de la acción. Excesiva duración del procedimiento.

Summa:

El **JPC** rechazó el planteo de extinción de la acción penal por prescripción efectuado por la defensa.

La **defensa** interpone recurso de casación.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Auto pronunciado por el JPC N° 1-3° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Hemsy, Susana
- Orozco
- Rodríguez, Ofelia
- Gutiérrez Farfán

b-SCJN

- Mozzatti: <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-mozzatti-camilo-otro-recurso-hecho-fa78000006-1978-10-17/123456789-600-0008-7ots-eupmocsollaf?>
- Barra
- Egea

Parágrafos destacados.

Este Tribunal ya se ha expedido con anterioridad respecto de las consecuencias de la duración del proceso y su independencia respecto de la vigencia de la acción (conf. «Hemsy, Susana», «Orozco», «Rodríguez, Ofelia», «Gutiérrez Farfán», entre otros), en el sentido de que la eventual **excesiva duración del procedimiento no impacta sobre la prescripción de la acción.**

SCJM. Dres.: **Palermo.** Valerio. Adaro.

Fallo:

CUIJ: 13-04494763-8/1((038501-58643)) FC/ FERRANDO HIDALGO ROBERTO ABELARDO P/ DAÑO SIMPLE EN CONCURSO REAL CON AMENAZAS SIMPLES (58643) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104576402*

En Mendoza, a los veintisiete días del mes de febrero del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13- 04494763-8/1 caratulada “F. c/ FERRANDO HIDALGO, ROBERTO ABELARDO P/ DAÑO SIMPLE EN CONCURSO REAL CON AMENAZAS SIMPLES S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación, quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, Dr. OMAR A. PALERMO, segundo Dr. JOSÉ V. VALERIO y tercero Dr. MARIO D. ADARO.

La defensa de Roberto Abelardo Ferrando Hidalgo formula recurso de casación contra la resolución del Juzgado Penal Colegiado n° 1 de la Tercera Circunscripción Judicial por cuanto rechazó el planteo de extinción de la acción penal por prescripción efectuado en estos autos n° P-58.643/15.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

La decisión impugnada dispuso, en lo pertinente para la resolución del recurso, que la acción penal seguida en autos contra el acusado por los delitos de daño y amenazas simples (arts. 183 y 149 bis del CP) no se encontraba extinta por prescripción.

Para arribar a tal conclusión, tomó en consideración que la denuncia que motivó el inicio de las presentes actuaciones fue formulada el día 14 de mayo de **2015**, por un hecho que presumiblemente habría ocurrido el día 11 de mayo de ese año. También evaluó que a fs. 12 del legajo, y con fecha 25 de enero de **2017**, obra decreto de **avocamiento** de la Fiscalía por el cual se ordenó la **citación del imputado** conforme al art. 271 del CPP, **acto que interrumpió la prescripción de la acción** penal atento a lo dispuesto por el art. 67, sexto párrafo inc. b) del CP.

De manera tal que, como primera conclusión, la acción no habría prescripto en ese lapso de tiempo.

Posteriormente, afirmó que la acción tampoco se habría extinguido por prescripción luego, dado que **había tenido lugar en esa misma audiencia del día 27/09/18 la acusación fiscal, acto procesal equivalente al requerimiento fiscal de citación a juicio a tenor del art. 67, sexto párrafo, inc. c del CP.**

En tanto la acción penal por los dos delitos que se atribuyen al acusado prescriben a los dos años, a su entender no había prescripto la acción en autos, sin perjuicio del excesivo tiempo transcurrido en la tramitación del proceso –v. registro audiovisual, min. 12:50 y ss.–.

2.- Recurso de casación

La defensa funda su impugnación en el art. 474 inc. 2° del CPP, por considerar que se ha producido una **inobservancia de las normas que el Código Procesal Penal** establece bajo pena de nulidad absoluta, en el caso, de la contenida en el **art. 198 inc. 3° del CPP.**

Explica que la resolución es recurrible desde el punto de vista objetivo conforme al art. 475 del CPP, por cuanto deniega la extinción, conmutación o suspensión de la acción.

Afirma que la prescripción de la acción penal puede operar antes de que transcurran los plazos establecidos en el art. 62 del CP, que constituyen un tope máximo de perseguibilidad que funciona en casos de rebeldía o fuga del imputado, o en investigaciones penales preparatorias que no hayan logrado fundar una imputación precisa para citar a prestar declaración indagatoria al sospechado.

Considera que el plazo de duración del proceso para la instrucción penal preparatoria ha sido ampliamente superado en el caso, por lo que puede declararse la prescripción de la acción penal sin que hayan transcurrido los plazos del CP.

Invoca el derecho a un **proceso rápido, expedito y eficaz** previsto por el art. 7.5 de la CADH.

Explica que han transcurrido más de tres años de sucedido el hecho que tuvo lugar el 12 de mayo de 2015, lo que permite afirmar que la acción es insubsistente conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

En su dictamen, obrante a fs. 72/73 vta., el señor Procurador General afirma que el recurso procede formalmente y debe ser tratado en el fondo, porque constituye un medio típico de impugnación deducido por la defensa del imputado, con un interés concreto en su objeto, específica indicación de los puntos de agravio y en tiempo legal. Sin embargo, considera que no procede en el fondo puesto que la acción penal que subyace a la existencia del procedimiento se encuentra vigente.

La aplicación del **art. 67 inc. b del CP** importa que el **primer llamado** efectuado al acusado, con el objeto de recibirle declaración, interrumpiera el curso de la prescripción de la acción el 25 de enero de 2017, según consta a fs. 12. Del mismo modo ocurre, a tenor del **art. 67 inc. c del CP, con la audiencia de acusación** realizada el día 27 de septiembre de 2018, acto equivalente al requerimiento de citación a juicio.

De forma tal que –expresa– no ha transcurrido el tiempo fijado para la pena prevista en los delitos que se atribuyen al acusado –esto es, dos años en tanto se le imputan los delitos de daño y amenazas simples, arts. 183 y 149 bis, primer párrafo, del CP–.

Además, el Procurador General considera que el caso que nos ocupa no puede equipararse a los antecedentes de la Corte Federal en los que declaró la extinción de la acción penal por insubsistencia de la acción –«**Mozzatti**», «**Barra**» o «**Egea**»– pues aquellos casos duraron décadas, mientras que el presente se encuentra en etapa de acusación, con ofrecimiento de prueba por las partes.

Por tales razones, aconseja el rechazo del recurso planteado por la defensa.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

Del examen del recurso de casación promovido y la resolución cuestionada, adelanto opinión en el sentido de que corresponde rechazar la impugnación y confirmar la decisión, en atención a los motivos que a continuación se exponen.

Preliminarmente debo decir que la censura casatoria resulta admisible desde el punto de vista formal, toda vez que la sentencia condenatoria recurrida encuentra encuadre en las previsiones que el Código Procesal Penal establece en atención a las disposiciones de los **arts. 475 y 478 inc. 3 del CPP**.

El recurso, sin embargo, no logra a mi entender demostrar la presencia de los vicios que invoca en la resolución.

Para explicar esto, contrastaré el agravio expresado por el impugnante con la decisión pronunciada por el Juzgado Penal Colegiado de la Tercera Circunscripción Judicial y la jurisprudencia de esta Sala Segunda.

En este sentido, la pretensión de la defensa implica sostener que, en tanto la tramitación de los presentes autos habría insumido un plazo demasiado extenso, la acción penal se encontraría extinta a pesar de no haber transcurrido el plazo de prescripción de la acción penal previsto por los arts. 62 y 67 del Código Penal. Tal pretensión no puede tener acogida favorable en esta instancia.

Este Tribunal ya se ha expedido con anterioridad respecto de las consecuencias de la duración del proceso y su independencia respecto de la vigencia de la acción (**conf. «Hemsey, Susana», «Orozco», «Rodríguez, Ofelia», «Gutiérrez Farfán», entre otros**), en el sentido de que la eventual **excesiva duración del procedimiento** no impacta sobre la prescripción de la acción.

Ahora bien, se encuentra fuera de discusión que en autos no ha operado la prescripción de la acción penal. A Roberto Abelardo Ferrando Hidalgo se lo acusa de haber cometido los delitos de daño simple y amenazas simples, en concurso real (arts. 183, 149 bis y 55 del CP).

Conforme a las penas previstas para tales delitos y al modo de cómputo de los plazos de prescripción de la acción penal establecidos en el art. 62 del CP, la acción en autos se encuentra vigente pues no han transcurrido dos años desde el **último acto interruptivo de la prescripción**.

El defensor, en todo caso, no ha cuestionado las consideraciones de la jueza a quo respecto de la virtualidad de los actos procesales concretos que, en autos, fueron considerados interruptores de la prescripción de la acción; esto es, el **primer llamado a prestar declaración indagatoria** de fecha 25/01/2017, y la **acusación efectuada** el día 27/09/2018.

De manera tal que, en tanto la acción penal por los delitos endilgados al acusado se encuentra vigente, el recurso de casación planteado por la defensa es improcedente desde el punto de vista sustancial. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio y Dr. Adaro. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los Dres. JOSÉ V. VALERIO y MARIO D. ADARO adhieren, por sus fundamentos al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los Dres. JOSÉ V. VALERIO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los Dres. JOSÉ V. VALERIO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 54/56 por la defensa de Roberto Abelardo Ferrando Hidalgo.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

3- BARRON. 19-03-20.

| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
|-----------|----|----|-----------|------------|---------|---------|----------|----------|---------|---------|---------|-------------|---|------------|
| VG | - | - | AF | PCE | - | - | A | R | - | - | - | - | - | 474 |

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200319_FcBED.pdf

Lex: Art. 149 ter, inciso primero, 12, 40 y 41 CP.

Vox: VG. Coacciones agravadas. Arma de fuego.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **tres años y tres meses de prisión e inhabilitación absoluta** por todo el tiempo de la condena, por resultar autor del delito de coacciones agravadas por el uso de arma (arts. 149 ter, inciso primero, 12, 40 y 41 del Cód. Penal) y lo declara reincidente.

La **defensa** interpone recurso de casación. El imputado in pauperis había manifestado su voluntad de recurrir.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación interpuesto en forma pauperis por D. A.. B.. E., encuadrado en derecho por su defensa oficial.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 696, pronunciada por el TPC N° 1- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Morales Quiroga
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcCCE.pdf
- Merlo Lassa. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=243>
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Galdeano Reyes. 31-07-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=242>
- González Pringles
- Alaniz Pineira. 23-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=37>

SCJM. Dres.: **Valerio.** Adaro. Palermo (Licencia).

Fallo:

CUIJ: 13-04878639-6/1((018601-8600)) F C/ B. E. D. A., B. E. C. R., B. E. M. A. P/ COACCIONES AGRAVADAS POR EL USO DE ARMA (8600) (8600/18) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104962726*

En Mendoza, a los diecinueve días del mes de marzo del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04878639-6/1 caratulada "F. C/ B.. E., D. A.; B..... P/ COACCIONES... S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. MARIO D. ADARO y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

El imputado D. A.. B.. E. manifiesta in pauperis su voluntad de recurrir, por lo que su defensora oficial interpone recurso de casación (fs. 665/668 vta.) contra la sentencia N° 696 en tanto condena al nombrado a la pena de tres años y tres meses de prisión e inhabilitación absoluta por todo el tiempo de la condena, por resultar autor del delito de coacciones agravadas por el uso de arma (arts. 149 ter, inciso primero, 12, 40 y 41 del Cód. Penal) y lo declara reincidente, pronunciamiento dictado por el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- Resolución recurrida

La sentencia establece que el 30 de enero de 2018 aproximadamente a las 00 horas, G. S. y N. S. estaban en la esquina de de .. y ... de ... , discutiendo con el imputado y dos o tres sujetos. En un momento dado, el imputado ingresó por un pasillo de calle ... y regresó portando un arma de fuego, con la que le apuntó a S. y cuando S. se interpuso entre ambos, le dijo que se corriera, que quería matar a la previamente nombrada. El imputado también le dijo a S. «callate culiada, la casa está quitada, tomate el palo y no pises más el barrio, y más vale que no batas la cana», mientras los otros sujetos portaban otro arma de fuego y un cuchillo. Los sujetos salieron corriendo a la vivienda al advertir que se aproximaba la policía.

2.- Recurso de casación

Se queja la defensora oficial porque se ha incurrido en arbitrariedad probatoria, desde que la motivación es contradictoria e insuficiente, con razonamiento ilógico. Resalta que la víctima no reconoció al imputado como el agresor y autor del delito. Sostiene que no se valoró en forma integral la prueba, sino sólo la de la acusación; que la prueba siembra duda sobre la participación de su pupilo y que no son veraces los dichos de S..

Refiere que el imputado dijo que estaba hablando con su amiga cuando llegó la denunciante en su moto y le preguntó a su hermano por él, por lo que se acercó para ver qué quería y sacando un elemento cortopunzante comenzó a agredirlo, porque según decía, por culpa de su hermano habían herido a su marido. Apunta que la declaración de la presunta víctima, G. S. es opuesta a lo que dijo durante la instrucción.

Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador opina que el recurso debe ser rechazado, entre otros motivos, porque es una discrepancia con el criterio de la inferior, haciendo hincapié en la versión del imputado, para mejorar su situación procesal, pero que no alcanza a menoscabar la certeza a la que arribó la magistrada.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso de casación debe ser rechazado.

Ello por cuanto la motivación de la sentencia es suficiente a los fines de su mantenimiento como acto jurisdiccional válido, a tenor de la jurisprudencia de este Cuerpo en el sentido que los posibles defectos de la resolución, para conllevar la extrema solución de su nulidad, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros), lo que a la luz de la revisión efectuada, no ocurre.

Así, la inferior tuvo en cuenta la totalidad de las pruebas rendidas, entre ellas, la instrumental debidamente incorporada, testimonios de la víctima y su madre, de S. G., así como la declaración del encartado durante el debate y el audio del CEO, que ponderó de conformidad con las reglas de la sana crítica racional, cuyo apartamiento la quejosa no logró demostrar, derivando lógicamente de ellas la conclusión condenatoria.

En particular, consideró que los términos de la denuncia fueron ratificados durante el debate por la señora S., madre de la víctima, cuyo testimonio **resultó de una «indudable fuerza convictiva, no sólo por su espontaneidad, sino también por su sinceridad»** (fundamentos, fs. 653), destacando que su relato coincide con el de su hija y con el informe del CEO, lo que la lleva a pronunciarse por su credibilidad, ya que «[...] el tenor de sus dichos se ha mantenido intacto a lo largo del proceso, que ha manifestado exactamente lo mismo a cuanta persona la ha interrogado» (fundamentos, fs. 653 vta).

También concuerda con la versión acusatoria, el audio de las llamadas telefónicas que hizo la señora S. al CEO pidiendo auxilio, en los que se escuchan los gritos y llantos de la mujer explicando que iban a matar a su hija, estableciendo la juzgadora que «son los que terminan de asignarle credibilidad a su testimonio y al de su hija; y a su vez, refutan de manera acabada la defensa material del encartado», ya que de ellos surge inequívocamente que quien está atravesando una situación de peligro inminente no es justamente el encartado, sino la señora S., hija de la mujer que llorando a gritos le suplica a la policía que vayan a socorrerlas (fundamentos, 654).

Además, consideró que el encausado se situó en la escena de los hechos, admitiendo el altercado que tuvo con la víctima S., pero negando haberla amenazado, para lo cual ofreció como prueba a G., cuyos dichos la a quo confrontó con los del imputado para privar de validez fundadamente a la versión defensiva. En definitiva, el cuadro cargoso precedentemente reseñado, no resulta conmovido por el recurso, toda vez que la defensora oficial no realiza una crítica razonada de la sentencia, sino que se limita a discrepar con el criterio con el que la sentenciante valoró las probanzas, tildándolo de arbitrario sin brindar las razones de ello, o bien afirmando la falta de veracidad de los dichos de la víctima, sin más base que su opinión personal, o una presunta contradicción con otra declaración suya (recurso, fs. 668), por lo que los agravios esgrimidos no pueden ser acogidos, tal como se ha expedido con anterioridad esta Sala (L.S. 400-240, 407-155, entre otros).

Resta decir que este caso no resulta subsumible en el art. 2 CPP, desde que este Cuerpo ha sostenido que tal petición no puede prosperar cuando la motivación de la sentencia resulta ajustada a derecho y no

surge el estado intelectual de duda que legitima la aplicación del mismo por parte del tribunal, aspectos que confluyen en autos (L.S. 419-17, 397-237, 388-024, 388-062).

Por último, me he expedido en innumerables causas cuya víctima es una mujer, en términos que en lo pertinente resultan aplicables al sub lite («**Morales Quiroga**», «**Cruz Caporiccio**», «**Merlo Lassa**» y «**Ojeda Pérez**», entre otras), afirmando que «[...] uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de **erradicación de la violencia contra la mujer** resulta precisamente el de la **igualdad de las mujeres entendida como instrumento garantizador como valor supremo**.

A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los **grupos vulnerables**».

Por lo tanto, y opinión concordante del señor Procurador General, corresponde confirmar la sentencia cuestionada, por no adolecer de los vicios endilgados ni de arbitrariedad alguna.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Ampliatorio.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, EN VOTO AMPLIATORIO DIJO: Puesto a resolver la cuestión planteada debo señalar que coincido con la solución a la que llega mi colega preopinante. En lo referente a la valoración probatoria con perspectiva de género, entiendo oportuno remitirme, en lo pertinente, a lo señalado en los precedentes «**Galdeano Reyes**»; «**González Pringles**» y, **especialmente, «Alaniz Pineira**».

Por estas razones, y al compartir la solución propiciada en el voto preopinante, estimo que debe responderse de manera negativa la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto en forma pauperis por D. A. B. E., encuadrado en derecho a fs. 665/668 vta. por su defensa oficial.
- 2.- Tener presente la reserva federal formulada.
- 3.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 19 de marzo de 2020.-

4- CALDERON. 08-04-20.

| | | | | | | | | | | | | | | |
|-----------|------------|----|------|------------|---------|---------|----------|---------|---------|---------|---------|-------------|---|------------|
| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
| VG | Par | - | | PCE | - | - | A | - | - | - | - | - | - | 474 |

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200408_FcCAE.pdf

Lex: Art. 149 bis, 2° párrafo, art. 92 en función con el art. 89, 80 inc. 1° y 11°, arts. 54, 183, 55 y 45 del CP. Arts. 72 inc. 2° del C. P; 3 inc. k, 7 inc. f, 16 inc. d de la Ley 26.485; 2 y 19 inc. 2° del C.P.P.; 18 de la C.N.; 8 DADH; y 14 PIDCyP. Art. 7 de la Convención de Belém do Pará. Art. 2 de la CEDAW. Reglas de Brasilia.

Vox: Lesiones leves dolosas agravadas. Relación de pareja. Violencia de género. Concurso ideal. Daño simple. Concurso real. Coacciones simples. Derecho a la intimidad. Instancia de la acción. Oficiosidad. Interés público.

Summa:

La Excma. **Segunda Cámara del Crimen** condenó al señalado a la pena de **dos años y cuatro meses de prisión**; por resultar autor penalmente responsable del delito de coacciones simples, lesiones leves dolosas agravadas por la relación de pareja preexistente y por mediar violencia de género en concurso ideal y daño simple, todo en concurso real, previsto y penado por el artículo 149 bis, 2° párrafo, art. 92 en función con el art. 89, 80 inc. 1° y 11°, arts. 54, 183, 55 y 45° del C.P.

La **defensa** interpone recurso de casación.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 9146, pronunciada por la Excma. Segunda Cámara del Crimen (Hoy TPC N° 2) -1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Martínez, Facundo: 20-11-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191120_FcMF.pdf
- Galdeano Reyes. 31-07-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=242>
- Ontivero Arancibia. 22-05-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180522_FcOAJ.pdf
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Merlo Lassa. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=243>
- Ojeda Pérez: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>
- Di Cesare Morales. 26-06-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=156>
- Mejía Salvador. 10-09-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=197>

b-CIDH

- V.R.P.,V.P.C. y otros vs. Nicaragua,08-03-18:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_350_esp.pdf
- Castro Castro vs. Perú. Fondo, 25-11-06:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf
- Rosendo Cantú vs. México. 31-08-10:

https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=339

- Fernández Ortega y otro vs. México. 30-08-10:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/fernandez_ortega/esap.pdf

c-CSJN

- Leiva, María Cecilia. 01-11-11

<https://om.csjn.gov.ar/JurisprudenciaOM/consultaOM/verDoc.html?idJuri=2297>

Doctrina citada.

UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017

<https://www.unicef.org/argentina/media/1516/file/Perspectiva%20de%20g%C3%A9nero.pdf>

<https://www.unicef.org/argentina/informes/comunicaci%C3%B3n-infancia-y-adolescencia-guia-para-periodistas>

Precedentes relacionados.

- Luzuriaga. 19-02-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200219_FcLSP.pdf

SCJM. Dres.: **Adaro.** Valerio. Palermo

Ver Capítulo II. Lesiones.

5- CASTRO ROJAS. 27-04-20.

| | | | | | | | | | | | | | | |
|-----------|------------|----|------|------------|---------|---------|----------|---------|---------|-----------|---------|-------------|---|------------|
| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
| VG | Par | - | | PCE | - | - | A | - | - | UP | - | - | - | 474 |

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200427_FcCRL.pdf

Lex: Art. 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto del CP. Ley 26485. Convención Belém do Pará. CEDAW.

Vox: VG. Amenazas simples. Grupos vulnerables. Acuerdo interinstitucional.

Summa:

El JPC condenó al nombrado a la pena de **siete meses de prisión de cumplimiento efectivo** por el delito de amenazas simples (art. 149 bis párr. 1°, primer supuesto del CP.) que se le atribuyó en el marco de los autos N° P-739.065/19. Asimismo, se **revocó la condicionalidad de la pena** previamente impuesta en los autos N° P-45.544/16 y acumulados N° P-11.975/12, P-34.499/19 y P-83.960/15, disponiéndose la unificación de ambas condenas, y se condenó al enjuiciado a la **pena única de dos años de prisión de cumplimiento efectivo**, a los términos del art. 58 del CP.

La **defensa** interpone recurso de casación.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 4683 (11-12-19), pronunciada por el JPC N° 1-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Merlo Lassa. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=243>
- Ojeda Pérez: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>
- Galdeano Reyes. 31-07-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=242>
- González Pringles
- Alaniz Pineira. 23-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=37>
- Di Cesare Morales. 26-06-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=156>
- Mejía Salvador. 10-09-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=197>

Doctrina citada.

UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017

<https://www.unicef.org/argentina/media/1516/file/Perspectiva%20de%20q%C3%A9nero.pdf>

<https://www.unicef.org/argentina/informes/comunicaci%C3%B3n-infancia-y-adolescencia-guía-para-periodistas>

Parágrafos destacados.

“... la perspectiva o visión de género es una **“categoría analítica** que toma los estudios que surgen desde las diferentes vertientes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma, **cuestionar los estereotipos** y elaborar nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una

sociedad al servicio de la igualdad y la equidad” (UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017).

“...Es decir, **el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto.** Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las **condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas**». “

SCJM. Dres.: **Valerio.** Adaro. Palermo

Fallo:

CUIJ: 13-05118355-4/1((018501-739065)) FC/ C. R. L. M. P/ AMENAZAS SIMPLES (739065) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105286167*

En Mendoza, a los veintisiete días del mes de abril del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05118355-4/1 caratulada "FC/ C. R., L. M. P/AMENAZAS SIMPLES S/CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, Dr. JOSÉ V. VALERIO, segundo Dr. MARIO D. ADARO, y tercero el Dr. OMAR A. PALERMO.

La defensa técnica del encausado L. M. C. R. interpone recurso de casación (fs. 145/149) contra la sentencia N° 4.683 de fecha 11 de diciembre de 2019 (fs. 140 y vta.) y sus fundamentos (fs. 141/144 vta.) mediante la cual se condenó al nombrado a la pena de siete meses de prisión de cumplimiento efectivo por el delito de amenazas simples (art. 149 bis párr. 1°, primer supuesto del CP.) que se le atribuyó en el marco de los autos N° P-739.065/19. Asimismo, se revocó la condicionalidad de la pena previamente impuesta en los autos N° P-45.544/16 y acumulados N° P-11.975/12, P-34.499/19 y P-83.960/15, disponiéndose la unificación de ambas condenas, y se condenó al enjuiciado a la pena única de dos años de prisión de cumplimiento efectivo, a los términos del art. 58 del CP.

El pronunciamiento fue dictado por Primer Juzgado Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial. De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- Resolución recurrida

El tribunal impugnado resolvió del modo precedentemente señalado al tener por acreditado que «[e]l día 11 de agosto de 2019, a las 22:30 horas aproximadamente, E. M. D. iba al mando de su rodado ingresando al barrio ... del departamento de Maipú, cuando L. M. C. R., quien se encontraba frente a su domicilio, le dijo a viva voz al ver pasar a la víctima: "... tengo un chumbo preparado para vos y tus hijas". La mujer continuó hasta su domicilio ubicado en ... del barrio mencionado y L. M. C. R. se acercó y le gritó nuevamente "...voy a buscar el chumbo para largarte a vos y a tus hijas, ya te voy a ver sola y te voy a dar un chumbazo a vos y a tus hijas"» (ver fundamentos, fs. 470 y vta.).

Para llegar a esa conclusión, el tribunal de sentencia consideró que la totalidad de la prueba permitía concluir sobre la concurrencia del hecho intimado y la participación del acusado en el mismo. Particularmente, a partir de las declaraciones testimoniales de E. M. D. B., de F. R. D., de I. A. G., de J. E. V., del Of. Insp. C. H. Q. y de la Aux. Ppal. Y. A. B.

Cuadro probatorio que resultó completado con el resto de los elementos de prueba debidamente incorporados, entre ellos, el acta de denuncia de fs. 1/2, el acta de procedimiento de fs. 6 y vta., el croquis ilustrativo de fs. 7, y el examen psíquico del acusado de fs. 20.

2.- Recurso de casación

El medio impugnativo incoado por la defensa del acusado se basa en los **incisos 1 y 2 del art. 474 del C.P.P.**, es decir, por adolecer el pronunciamiento cuestionado de vicios in iudicando como de vicios in procedendo que lo descalifican como acto jurisdiccionalmente válido.

En primer lugar, atendiendo a los vicios in procedendo, señala la defensora que la sentencia ha incurrido en una violación de las garantías constitucionales de defensa en juicio y debido proceso, pues ha valorado erróneamente los elementos de prueba incorporados a la causa al apartarse de las reglas que impone el sistema de la sana crítica racional y de los principios que presiden el recto entendimiento humano.

En ese sentido, aduce la recurrente que las conclusiones alcanzadas por la jueza interviniente resultan incorrectas, en tanto no les reconoció valor alguno las testimoniales de descargo efectuadas tanto por el acusado como por su pareja.

Manifiesta que la falta de logicidad en la fundamentación del fallo resulta de la actitud de la sentenciante de sustentar la versión acusatoria mediante de las declaraciones de testigos que, además de haber participado en el ataque físico desplegado contra el imputado momento previo a la intervención del personal policial actuante, tuvieron un manifiesto interés ganancial en la causa.

Situación que –según su criterio– siembra un manto de duda en cuanto a la idoneidad de las frases que pudo haber proferido el encartado a la denunciante y que determina la aplicación del **art. 2 del CPP.** y, en consecuencia, la absolución de su asistido.

Concluye el agravio argumentando que, en su opinión, la motivación de la sentencia resulta ilegítima, lo que torna el pronunciamiento en crisis en nulo, a los términos del **art. 416, inc. 4° del CPP.**

En segundo término, ahora en referencia al **vicio in iudicando**, la defensa manifiesta que la errónea aplicación de la ley penal sustantiva deviene de haberse subsumido la conducta del encartado en una figura penal que no correspondía aplicar, dado por la falta de verificación de los requisitos objetivos, subjetivos y normativos exigidos por la norma penal en cuestión.

Finalmente, al entender directamente involucradas a la solución del caso garantías constitucionales, formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

A fs. 161 y vta. se encuentra agregado el dictamen del Procurador General quien, luego de analizar los cuestionamientos formulados por la recurrente y de señalar que el recurso procede formalmente, aconseja que no sea acogido desde el aspecto sustancial.

Entiende que la sentencia luce adecuadamente fundada, y que la valoración de las pruebas e indicios colectados se ha efectuado bajo las reglas de la sana crítica racional.

Advierte que la jueza a quo valoró debidamente todo el plexo probatorio, incluyendo tanto los testimonios de cargo como los de descargo, en una labor axiológica que le permitió concluir acertadamente en que el evento criminoso aconteció, objetivamente, como fue narrado en la descripción de los hechos efectuada por el órgano acusador.

Refiere que se dejó sentado en los fundamentos del fallo que todos los testigos fueron contestes en señalar que el acusado amedrentó a la denunciante y a sus hijas diciendo que efectuaría disparos de arma de fuego contra ellas.

De allí que estima reunidos los elementos tanto objetivos como subjetivos que requiere el delito enrostrado al acusado. Por ello, entiende que debe rechazarse el recurso de casación intentado y, en consecuencia, confirmarse en su totalidad la sentencia impugnada.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Analizada la resolución cuestionada y los planteos del recurrente, estimo que corresponde rechazar el recurso de casación deducido en favor de L. M. C. R., conforme se explicará a continuación.

A los fines de fundar la solución anticipada, realizaré de forma preliminar una serie de observaciones generales teniendo en cuenta la condición de la víctima (a), luego analizaré la sentencia y los agravios relativos a la valoración probatoria efectuada (b) y, por último, la calificación legal seleccionada por el tribunal a quo para encuadrar los hechos intimados (c).

a. Consideraciones generales

Tal como surge de las constancias de la causa, entiendo que **la víctima en autos pertenece a un sector vulnerable de la población** y, por tanto, estimo oportuno realizar algunas consideraciones referidas a las particularidades que debe asumir la valoración de la prueba cuando nos encontramos ante un caso de violencia de género. Tal como lo he sostenido en pronunciamientos anteriores (“**Cruz Caporiccio**”, “**Merlo Lassa**”; “**Quiroga Morales**”; “**Ojeda Pérez**”; “**Vázquez Tumbarello**”; entre otros), en lo que respecta al tópico en análisis, «[...] comparto que aquella concepción según la cual la perspectiva o visión de género es una “categoría analítica que toma los estudios que surgen desde las diferentes vertientes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma, cuestionar los estereotipos y elaborar nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad al servicio de la igualdad y la equidad” (**UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017**).

Destaco la idea de igualdad contenida en la definición en tanto se encuentra no sólo consagrada expresamente en el texto constitucional (art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza), sino, también, en el ámbito de la normativa internacional.

Así, entre otros, la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” - Belem Do Pará -, garantiza que toda mujer tiene “el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley” (art. 4, inc. “f”). Consideré también en esa ocasión que «[...] en nuestro ordenamiento interno, la ley nacional 26.485 es una norma orientada pura y exclusivamente a promover y garantizar el **reconocimiento y protección de los derechos de las "mujeres"**.

En tal sentido, entre sus objetivos primordiales, el propio texto promueve y garantiza “la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida”, “el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia”, “las condiciones aptas para sensibilizar y **prevenir, sancionar y erradicar** la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos”, como también, “**la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres**”(art 2, inc. a, b, c y e respectivamente)».

Así, «[...] ese texto normativo vino a imponer un **verdadero “deber jurídico”** para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas.

Sus destinatarios directos son aquellos sujetos que integran los **órganos decisores** en el marco de los procesos judiciales penales, ya sea por el lado de quienes resultan facultados para disponer sobre el curso de investigación, como también, respecto de quienes son los encargados de su juzgamiento».

Ese deber jurídico no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley. Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que «[l]os organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativos, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional [...] los siguientes derechos y garantías: **i)** A la amplitud probatoria

para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son sus naturales testigos [...]» (art. 16)».

Ahora bien, «[...] además de ese deber genérico, ya en el terreno que resulta propio a la actuación de los órganos de justicia dentro de los procedimientos jurisdiccionales penales, el texto legal contiene dos normas que consagran lineamientos funcionales para los operadores del sistema de administración de justicia en el abordaje de la problemática de género. En consonancia con el sistema de protección integral, se consagra el principio de **«amplia libertad probatoria»** para tener por acreditados “los hechos denunciados, evaluándose las pruebas ofrecidas de acuerdo con el principio de la sana crítica. Se considerarán las presunciones que contribuyan a la demostración de los hechos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes” (art 31)».

De tal manera «[...] el texto legal vigente [Ley 26.485] no introduce un nuevo método de valoración probatoria para los casos de violencia de género, puesto que siempre la prueba debe valorarse conforme al sistema de la sana crítica racional (art. 206 y 409 del CPP).

A mi modo de ver, la imposición de un método de valoración de la prueba como herramienta obligatoria para el abordaje de esta problemática, se justifica ante la necesidad de evitar que los órganos jurisdiccionales decisores puedan apartarse en la adopción de decisiones, del **contexto fáctico que es propio a este género de conductas delictivas»**.

Así, «[...] el acierto de la ley consistió en establecer, en forma igualitaria, un método de valoración que evite la discriminación que en ocasiones ocurría por prácticas derivadas de la cultura jurídica patriarcal inquisitiva, que se transformaron en consuetudinarias, y que era necesario erradicar. Repárese que es la propia Convención Belem Do Pará donde se fija, como un deber de los Estados el “tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer” (art. 7, inc. “e”)».

Ello no resulta novedoso para la labor jurisdiccional en razón de que «[...] siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba –objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al **contexto** dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento.

Es decir, **el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto**. Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las **condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas»**.

El contexto. Testimonio de la víctima.

Conforme a lo expresado «[...] es el **contexto** en el que se inserta el hecho delictivo el que viene a determinar el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio. Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres el **testimonio de la víctima** ostenta un valor fundamental en la comprobación de los extremos de una imputación delictiva, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la responsabilidad penal derivada del mismo».

Desde allí que «[...] uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como **instrumento garantizador de la igualdad** de las mujeres entendida como valor supremo.

A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables» (ver, “**Ojeda Pérez**”).

De no proceder de esta manera estaríamos recreando la sociedad estamental –con características propias– del Estado premoderno, lo que implicaría una vulneración del principio de igualdad –consagrado en el art. 16 de la CN y 7 de la CM–, el que, a su vez, constituye uno de los pilares de la República Federal. A lo señalado debe sumarse, tal como destacué en el precedente “**Vázquez Tumbarello**”, la relevancia de la ley 27.499, denominada «Ley Micaela», en tanto dispuso la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra la mujer para todas las personas que desempeñen la función pública, en cumplimiento del objetivo señalado.

En coincidencia con aquella normativa la **Acordada n° 29.318** de esta Suprema Corte de Justicia, y su anexo «Programa de capacitación permanente para la incorporación de la perspectiva de género en el marco de la Suprema Corte de Justicia».

Así, con fundamento en el principio de igualdad y la consecuente prohibición de discriminación, se dispusieron una serie de acciones concretas para asegurar la «igualdad real» de las mujeres en sus relaciones interpersonales.

Prisma de la igualdad

En conclusión, entiendo que la trascendencia de la ley 26.485 radica no en conformar un estatus jurídico distinto aplicable a la mujer, sino que mediante la capacitación dirigida a los funcionarios públicos y, en lo que aquí interesa, a funcionarios y magistrados del poder judicial, se otorgue una perspectiva para valorar los elementos probatorios bajo el **prisma de la igualdad** consagrada en la normativa nacional.

Ella debe estar **despojada de estereotipos y prácticas relacionadas con la cultura jurídica patriarcal**-inquisitiva, plasmada en usos y costumbres que importaron, e importan, prácticas que impiden poner en contexto los medios convictivos al momento de su ponderación.

Estas consideraciones, como adelanté, las entiendo plenamente aplicables al caso por cuanto nos encontramos frente a un supuesto de violencia de género en donde el tribunal de instancia anterior ha tenido en cuenta los parámetros antes referidos al momento de la ponderación de los elementos de prueba obrantes en la causa.

b. Acerca de la valoración de la prueba efectuada por la sentenciante y cuestionada por la defensa

Del análisis de los argumentos escuetamente alegados y desarrollados por la recurrente, es posible extraer, como agravio casatorio central, un cuestionamiento sobre la ponderación probatoria efectuada por la jueza a quo.

Según se desprende del escrito recursivo, la prueba reunida habría sido arbitrariamente valorada, además de resultar insuficiente para conformar el grado de certeza requerido para arribar al dictado de una sentencia condenatoria.

De ahí que, de acuerdo a la tesis defensiva, la sentencia no constituye una derivación razonada de las constancias de la causa, en tanto el tribunal de mérito omitió valorar prueba legalmente incorporada y, además, porque aquella que valoró lo fue en contraposición a los postulados de la sana crítica racional. No comparto el planteo sostenido por la recurrente.

A mi modo de ver, las pruebas producidas en el debate, aunadas a las incorporadas al juicio, determinan un plexo probatorio suficiente para arribar a un juicio de certeza sobre la existencia material del hecho intimado –en las circunstancias comprobadas de tiempo, lugar y modo– y la autoría que le cupo al acusado en ellos.

De este modo, y diferencia de lo argüido por la defensa, advierto que no se presenta en la sentencia bajo examen ningún déficit de motivación.

Tampoco un vicio o defecto en el análisis de ese cuadro probatorio que importe una vulneración a las reglas de la sana crítica racional (arts. 206 y 409 del CPP.), y de sus postulados de libre convicción sobre la prueba con los límites que surgen de los **principios lógicos de coherencia – identidad, no contradicción y tercero excluido–, derivación –razón suficiente–**, y, por último, los incontrastables de las ciencias y de la experiencia común. Paso a explicarlo.

En efecto, de la lectura de los fundamentos de sentencia se desprende que la sentenciante tuvo por acreditado que el acusado le anunció a la víctima un daño futuro, cierto, posible, injusto y grave a su integridad física y a la de sus hijas, mediante la ejecución de disparos con arma de fuego (ver fundamentos, fs. 141 vta. y fs. 143 vta.).

Para ello, la jueza explicó debidamente que la certeza sobre la existencia ese hecho y la intervención culpable del acusado en el mismo surgía, principalmente, de las declaraciones efectuadas por la víctima a lo largo del proceso, cuyos términos estimó respaldados objetiva y subjetivamente con los restantes elementos de prueba colectados.

En ese orden, tras valorar íntegramente el plexo probatorio producido, destacó la correspondencia del relato de la denunciante no sólo con la prueba instrumental incorporada, esto es, con el acta de denuncia de fs. 1/2 y con el acta de procedimiento de fs. 6 y vta. sino, en especial, con las manifestaciones vertidas durante el juicio por J. E. V. –testigo directo y presencial del hecho–, y por el personal policial actuante: el Of. Insp. C. Q. y la Aux. Y. B.

La correspondencia entre los diversos elementos de prueba le permitió a la juzgadora tener por cierto que el acusado la amedrentó verbalmente en dos oportunidades sucesivas.

Primero, cuando ella se dirigía hacia su domicilio particular al mando de su rodado. Segundo, cuando ya se encontraba en la puerta de su vivienda acompañada por sus cuñados.

En ambos casos, el encartado la atemorizó mediante expresiones verbales que le provocaron, como lo sostuvo claramente en debate, un temor cierto de sufrir ella y sus hijas un daño futuro de parte de C. R. (ver registros audiovisuales, audiencia 07/10/19, a partir de 00:09:02).

Comparto así las conclusiones a las que arriba el tribunal de sentencia, en cuanto estimo que concurren una serie de elementos que, analizados en conjunto, le dan sentido a la hipótesis incriminatoria formulada por la acusación.

En primer lugar, observo que la credibilidad del testimonio de la víctima no ha sido puesta en tela de juicio por la recurrente en el libelo casatorio, ni tampoco apreció en esta instancia motivos que permitan siquiera dudar acerca de la veracidad de sus dichos.

Al respecto, la jueza de la instancia anterior entendió que la denunciante mantuvo a lo largo del proceso una misma versión de los hechos, ofreciendo una descripción del evento criminoso que, en lo nuclear, se mantuvo inalterable. Comparto esta conclusión.

En efecto, del examen comparativo de las sucesivas declaraciones de la víctima durante el desarrollo del proceso, resulta comprobable que su testimonio cumple satisfactoriamente con criterios que, demuestran –razonadamente– la **credibilidad** asignada.

Del análisis de **manera objetiva** –y en conjunto– todo su testimonio, por un lado, observo que presenta una buena estructuración desde un punto de vista lógico, sin contradicciones internas, en el que la incriminación contra el acusado se ha mantenido persistente desde el inicio del proceso hasta su finalización en el debate oral, por lo que puede afirmarse una clara «coherencia del relato».

A ello también debe agregarse que cada vez que declaró lo hizo ofreciendo los mismos detalles acerca de las circunstancias fácticas en que se desarrollaron los hechos, incluso, **con detalles precisos sobre las conductas anteriores y posteriores del hecho** realizadas por la declarante, brindando así una debida «contextualización del relato».

Por último, y como lo comprobó la sentenciante, su relato se ha visto avalado por **«corroboraciones periféricas»** conformadas por otros datos que, indirectamente, acreditan la veracidad de su declaración. A ello debe agregarse, como criterio de verosimilitud del relato, la ausencia de elementos, datos o manifestaciones mediante las cuales se pueda observarse la existencia de un **móvil de resentimiento**, enemistad, venganza, enfrentamiento, interés o de cualquier índole con el acusado «ausencia de incredibilidad subjetiva».

En otras palabras, la víctima no introdujo en su relato **detalles o circunstancias modales** sobre los comportamientos del acusado que hubieran podido llegar determinar un **incremento en el grado de reprochabilidad de su conducta**.

En suma, la comprobación en el testimonio de la víctima de estos **criterios de verificación**, demuestran el acierto de la jueza interviniente en reconocer que en sus declaraciones se condicen con lo acontecido.

En segundo lugar, tampoco la recurrente ataca la credibilidad de las manifestaciones efectuadas por el personal policial actuante, cuyos testimonios fueron utilizados por la sentenciante para corroborar periféricamente el testimonio de la víctima y, además, como soporte probatorio para inferir razonablemente los hechos tenidos por acreditados y la participación del acusado en ellos.

En otras palabras, la defensa no alega ni explica de qué manera esas declaraciones, de claro sentido cargoso, fueron arbitraria e injustificadamente ponderadas por el tribunal de mérito, de modo inequitativo e desigual con las testimoniales de descargo.

Al respecto de la reproducción del soporte audiovisual de la audiencia en la que prestaron declaración se aprecia una notable coincidencia entre los relatos del Oficial Inspector C. Q. y la Auxiliar Y. B..

Ambos ratificaron en sede judicial que, al ser desplazados por el CEO y arribar al lugar de los hechos, se encontraron con varios vecinos del barrio quienes, en forma unívoca les manifestaron que C. R., alias «el chileno», había amenazado a una señora –a la postre, la denunciante- con efectuarle disparos, y que se había retirado del lugar a bordo de una motocicleta en búsqueda de un arma de fuego (ver soporte audiovisual, audiencia 11/10/19, a partir de 00:00:37).

Con lo cual, advierto que este **cuadro probatorio cargoso no ha sido rebatido de manera suficiente por la recurrente**, quien no sólo no analiza ni refuta convincentemente la certeza alcanzada a partir de su contenido.

Más bien se observa, a través de la lectura integral de la pieza recursiva, que la intención de la defensa es hacer prevalecer la hipótesis desincriminatoria presentada por el imputado por encima de la versión acusatoria tenida por acreditada en la sentencia. Si bien el acusado **ha ofrecido una versión alternativa de los hechos de claro y evidente sesgo exculpatorio**, estimo que **la prueba colectada demuestra la veracidad de la acusación**.

En efecto, la censurante sólo se limita en este aspecto, a cuestionar la labor de ponderación de los elementos de convicción del tribunal sentenciante al entender que no consideró ni sopesó con criterio igualitarios los testimonios de cargo con los de descargo.

Precisamente, dentro de estos últimos, coloca al testimonio ofrecido en debate tanto por el imputado como por su pareja (ver recurso, fs. 146 vta.).

Sin embargo, aprecio que esos argumentos, a más de su falta de desarrollo, tampoco se condicen con las constancias de la causa y, por ello, no pueden tener acogida favorable en esta instancia de revisión extraordinaria.

De los fundamentos del fallo impugnado, y de la reproducción de soporte digital respectivo, resulta que el acusado optó por declarar luego de la lectura del requerimiento acusatorio (ver registros audiovisuales, audiencia 07/10/19, a partir de 00:03:32).

En esa oportunidad, entre otras cuestiones, si bien se ubica en el teatro de los hechos, niega haber amenazado a la denunciante, y, además, explica que todo se debió a un enfrentamiento personal que sólo tuvo con los parientes de aquélla, más precisamente con sus cuñados, debido a conflictos previos. A su vez, esos dichos aparecen replicados en la versión dada por su pareja –I. A. G.– quien coloca a C. R. como una víctima del ataque de los familiares de Elvia Durán.

A mi modo de ver las cosas, e inversamente a lo alegado por la defensora, observo que la juzgadora ha analizado y explicado íntegramente no sólo los dichos del imputado, sino también las declaraciones de su pareja durante la audiencia de juicio, en un razonamiento que estimo adecuadamente ajustado a las reglas de la sana crítica racional, y cuyo apartamiento la recurrente ha invocado, más no probado.

Lo afirmado precedentemente resulta de observar que no es cierto que aquellas declaraciones hayan sido omitidas de toda consideración como lo plantea la recurrente, ni mucho menos que hayan recibido un trato desigual con relación al dispensado al testimonio de la víctima y demás testigos de cargo.

Por el contrario, sólo advierto que la sentenciante les ha asignado fundadamente un valor probatorio inferior al pretendido por la letrada defensora, quién sólo plantea al respecto una discrepancia en virtud del interés que representa, que no puede ser aquí atendido.

De este modo entiendo que la defensa reedita en esa instancia los mismos argumentos con los que pretendió –sin lograrlo– controvertir la teoría del caso sustentada por la representante del Ministerio Público Fiscal durante sus **alegatos de clausura del debate**, sin aportar elementos capaces de demostrar el invocado apartamiento a las reglas de la sana crítica racional en la valoración de la prueba.

En base a lo hasta aquí desarrollado, estimo que la valoración de las pruebas aportadas en el juicio, fue adecuadamente realizada por la juzgadora, no encontrándose en el fallo atacado defectos en el desarrollo de sus fundamentos ni contradicciones que lo tornen inmotivado o arbitrario.

En la sentencia que la defensa cuestiona no sólo se observa un adecuado análisis de los motivos por los cuales se considera probada la hipótesis acusatoria; sino también un estudio de la hipótesis defensiva, la que es refutada con argumentos que se comparten en esta instancia.

De tal manera es que, como anticipé, los vicios vinculados a la valoración de la prueba no pueden tener acogida favorable. c. Acerca de los cuestionamientos a la calificación legal.

En el segundo tramo de su impugnación, la defensa ataca la **calificación legal** bajo la cual la sentenciante encuadró jurídicamente los hechos comprobados.

Para sustentar su argumento, alega que la prueba colectada y –a su criterio– erróneamente valorada por el tribunal a quo, no permite tener por acreditados los elementos típicos que requiere el delito atribuido a su representado.

No obstante el cuestionamiento, como explicaré a continuación, la sentencia analizada tampoco adolece en este punto de falencias que ameriten su anulación.

Al respecto, estimo conveniente poner de resalto el evidente déficit de fundamentación en el que nuevamente incurre la defensa con relación al agravio sustancial planteado.

Ello así en tanto, nada dice ni alega respecto de qué modo la sentenciante arriba a una solución jurídica incorrecta al subsumir típicamente la conducta atribuida al acusado.

Más bien se observa que el vicio así denominado por la recurrente no resulta más que la pretensión de lograr la absolución de su defendido a partir de proponer –someramente– una alteración de la base fáctica que ha tenido por acreditada la juzgadora, producto de una diversa valoración de los elementos de prueba.

Dicho de otro modo, la recurrente invoca un defecto sustancial en la sentencia partiendo de fijar los hechos conforme a la versión defensiva esgrimida por el imputado y no la acreditada por la juzgadora.

Esa estrategia conduce inexorablemente al rechazo del agravio propuesto, dado que, en relación a la invocación de un vicio que importe una errónea aplicación de la ley sustantiva, no es posible su alegación cuando se modifica la plataforma fáctica tenida por históricamente cierta en la sentencia.

Ello así puesto que resulta de la esencia misma del control que de tal motivo casatorio se sigue, toda vez que, lo que se procura analizar, es el vicio de derecho que se atribuye a la resolución objetada en la interpretación jurídica que hace el tribunal de juicio, lo que impide alterar en este segmento crítico el hecho alcanzado por esa interpretación.

Conforme a ello no encuentro déficit alguno en el razonamiento del tribunal de instancia anterior cuando, una vez fijados los hechos que tuvo por probados, estableció que C. R. «[I]e anunció a la denunciante un daño futuro a su integridad física y a la de sus hijas mediante la ejecución de disparos con arma de fuego. Es decir que, tanto desde el punto de vista subjetivo como desde el objetivo, la conducta reprochada es susceptible de subsumirse en la hipótesis prevista en el delito de amenazas simples art. 149 bis, primer párrafo, primer supuesto del CP.» (ver fundamentos, fs. 143 vta.).

Al hacerle saber deliberadamente a la víctima su intención de causarle un mal futuro e ilegítimo, el comportamiento del acusado fue debidamente encuadrado.

Las expresiones verbales, «tengo un chumbo preparado para vos y tus hijas» y «voy a buscar el chumbo para largarte a vos y a tus hijas, ya te voy a ver sola y te voy a dar un chumbazo a vos y a tus hijas», con manifestaciones gestuales, a través de ademanes con sus dedos en representación del uso de arma de fuego, son contundentes al respecto.

En función de ello, considero que el hecho así descripto y la conducta asumida por el imputado resultó apta para producir el alarmar o amedrentar a una persona en las condiciones brevemente analizadas, de manera tal que la calificación jurídica atribuida resulta la adecuada y el vicio sustantivo promovido debe ser rechazado.

Por último, y en atención al mérito de la solución que aquí propicio, estimo conveniente expresar que, atento a la situación procesal de C. R., y de conformidad con lo resuelto mediante **acordada N° 29.510**, el acuerdo interinstitucional de esta Suprema Corte de Justicia con el Ministerio Público Fiscal y el Ministerio Público de la Defensa, y las resoluciones **N° 47, 478 y 49 de implementación de la ley 9040** en el Fuero Penal Colegiado, todo ello en el marco de la declaración de la Organización Mundial de la Salud del coronavirus “COVID-19” como pandemia y las medidas de cuarentena y/aislamiento adoptadas, los presentes obrados deben ser remitidos al tribunal de origen a los fines que se realice, con la premura que impone el caso, la audiencia por la eventual procedencia del cese de prisión preventiva planteado en autos.

En virtud de lo expuesto, entiendo que corresponde dar respuesta negativa a la primera cuestión sometida a consideración de esta instancia. **ASÍ VOTO.**

Voto Dr. Adaro. Adhiere. Ampliatorio.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, EN VOTO AMPLIATORIO, DIJO: Puesto a resolver la cuestión planteada debo señalar que coincido con la solución a la que llega mi colega preopinante y, en consecuencia, estimo que debe responderse de manera negativa a la primera cuestión planteada. En lo referente a la valoración probatoria con perspectiva de género, entiendo oportuno remitirme, en lo pertinente, a lo señalado en los precedentes «**Galdeano Reyes**»; «**González Pringles**» y, **especialmente**, «**Alaniz Pineira**». ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere. Ampliatorio.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, EN VOTO AMPLIATORIO, DIJO: Puesto a resolver la cuestión en tratamiento, adelanto que comparto la solución que para este caso propicia el acuerdo que me precede en función de los argumentos expresados por mi colega de Sala preopinante.

En orden a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género, me remito a lo oportunamente señalado en «**Di Cesare Morales**» y «**Mejía Salvador**» por resultar aplicable, en lo pertinente, a ese aspecto en el presente caso.

En particular, adhiero a las consideraciones efectuadas por el preopinante relativas al tratamiento urgente que debe efectuarse para resolver el cese de la prisión preventiva solicitado en autos.

En relación a ese punto, considero apropiado realizar algunas consideraciones a título ampliatorio sobre los criterios que deben regir la evaluación de la privación de libertad de L. M. C. R., atento a las circunstancias de **emergencia sanitaria** en las que es pronunciada esta sentencia.

El Congreso de la Nación declaró la emergencia sanitaria en la República Argentina por ley n° 27.541, que posteriormente se amplió por el **Decreto de necesidad y urgencia n° 260/2020** por el plazo de un año, en virtud de la pandemia de COVID-19 declarada pandemia por la OMS en fecha 11 de marzo del corriente. El DNU n° 297/20 dispuso, para prevenir la propagación del contagio, entre otras medidas el «aislamiento social, preventivo y obligatorio» por el plazo comprendido entre 20 al 31 de marzo del corriente año, que luego fue sucesivamente prorrogado por DNU n° 325/2020 hasta el día 12 de abril, por DNU n° 355/2020 hasta el día 26 de abril pasado y por DNU n° 408/2020 hasta el 10 de mayo próximo. Por otra parte, esta Suprema Corte de Justicia ha adoptado medidas de prevención y adaptación de diversa índole (v. Resoluciones de Presidencia N° 37.289, 37.293, 37.289 y Acordadas N° 29.501, 29.502, 29.508, 29.509, 29.510, 29.511, 29.514, 29.516 y 29.517, entre otras).

En este marco, mediante la Acordada n° 29.510 este Tribunal dispuso, entre otras medidas, convocar a la constitución de un espacio institucional de intercambio y articulación permanente conformado por esta Suprema Corte de Justicia, el Ministerio Público Fiscal, el Ministerio Público de la Defensa, el Ministerio de Seguridad de la Provincia, los Colegios de Abogados de la provincia de Mendoza y la Dirección General del Servicio Penitenciario para el análisis y acompañamiento frente al avance de la continuidad de la situación de emergencia en relación a las personas privadas de su libertad.

Acuerdo Interinstitucional (14-04-20)

De esa convocatoria resultó la adopción del **Acuerdo Interinstitucional** entre la Suprema Corte de Justicia, el Ministerio Público Fiscal y el Ministerio Público de la Defensa sobre la situación de personas privadas de la libertad en contextos de pandemia, el día **14 de abril de 2020**.

En el acuerdo se dispusieron pautas de trabajo para la agilización de los trámites necesarios para resolver los planteos vinculados a detenciones domiciliarias, o cualquier otra medida alternativa a la privación de libertad en centros de detención o penitenciarios, en tanto pueden favorecer las medidas tendientes a evitar la propagación del coronavirus.

Entre esas pautas, se tomaron en cuenta los supuestos que involucran delitos de género o contra la integridad sexual, y también se facilitaron criterios de evaluación. El Acuerdo Interinstitucional mencionado tomó en consideración medidas de diverso orden que han sido adoptadas por organismos ocupados de la materia a nivel internacional y nacional.

En este orden, meritó que respecto del COVID-19 la OMS ha señalado que es posible sosegar su propagación virus y reducir su impacto a través de una serie de medidas universalmente aplicables de contención y control. También se evaluó que la Oficina Regional para Europa de la Organización Mundial de la Salud recomendó dar prioridad a las medidas no privativas de la libertad para detenidos con perfiles de bajo riesgo, con preferencia a las mujeres embarazadas y mujeres con hijos dependientes, y que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos emitió una recomendación para los Estados de la región, a través de la **Resolución 1/2020**, para asegurar que en los casos de personas en situación de riesgo en contexto de pandemia, se evalúen las solicitudes de beneficios carcelarios y medidas alternativas a la pena de prisión y adecuar las condiciones de detención de las personas privadas de libertad particularmente impedir el contagio intramuros del COVID-19.

De modo similar la Alta Comisionada de Derechos Humanos de Naciones Unidas exhortó a los Estados a proceder con la debida urgencia para reducir el número de personas privadas de libertad y a examinar los distintos casos para poner en libertad a las personas especialmente vulnerables al COVID-19.

En el orden local, se consideraron la Res. 158/20 de la Procuración General de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires para la inmediata evaluación de la pertinencia de medidas de prisión con detención domiciliaria y de morigeración de la prisión preventiva o sus alternativas respecto de personas que requirieran una protección individualizada ante el COVID-19; y la recomendación de la Cámara Federal de Casación Penal (Acordadas 2/20 y 3/20) para resguardar el derecho a la salud de las personas privadas de la libertad, en especial aquellas consideradas dentro de algún grupo de riesgo.

Las medidas reseñadas constituyen sólo una muestra del esfuerzo institucional que en diferentes órdenes jurisdiccionales ha sido llevado adelante para compatibilizar la actuación del derecho penal con la garantía de derechos de las personas privadas de su libertad.

En función de las consideraciones efectuadas, encuentro pertinente recomendar al Juzgado Penal Colegiado que resolverá el cese de prisión preventiva solicitado la consideración, en su evaluación, de las circunstancias sanitarias actuales, en particular a la luz del Acuerdo Interinstitucional mencionado. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa del imputado.
- 2.- Tener presente la reserva federal efectuada.
- 3.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

6- CORVALAN. 04-05-20.

| | | | | | | | | | | | | | | |
|-----------|------------|----|------|------------|---------|---------|----------|---------|---------|---------|---------|-------------|---|------------|
| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
| VG | Par | - | | PCC | - | - | A | - | - | - | - | - | - | 474 |

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200504_FcCPJ.pdf

Lex: Art. 149 bis, 2° párrafo CP. Ley 26485.

Vox: VG. Coacciones simples. Calificación legal controvertida. Tipificación de la conducta.

Summa:

El TPC condenó al señalado a la pena de **dos años de prisión** en forma condicional, como autor penalmente responsable del delito de coacciones simples (art. 149 bis, segundo párrafo del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 342, pronunciada por el TPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Merlo Lassa. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=243>
- Ojeda Pérez: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>
- Calderón Alejandro.
- Galdeano Reyes. 31-07-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=242>
- Concha Jesús.
- «Ruiz Gutiérrez».18-02-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=8>
- Alaniz Pineira. 23-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=37>
- Di Cesare Morales. 26-06-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=156>
- Mejía Salvador. 10-09-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=197>

SCJM. Dres.: **Valerio.** Palermo. Adaro.

Fallo:

CUIJ: 13-04760067-1/1((018602-14564)) FC/ C.P.J.M. P/ AMENAZAS (14564) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104837898*

En Mendoza, a los cuatro días del mes de mayo del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa CUIJ n° 13-04760067-1 caratulada "F. c/ C.P.,J.M. P/ AMENAZAS (14564) S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, Dr. JOSÉ V. VALERIO, segundo Dr. OMAR A. PALERMO y tercero Dr. MARIO D. ADARO.

La defensa de J.M.C.P. formula recurso de casación contra la sentencia n° 342 pronunciada por el Tribunal Penal Colegiado n° 2 de la Primera Circunscripción Judicial, por cuanto condenó a su representado a la pena de dos años de prisión en forma condicional, con costas, por considerarlo autor penalmente responsable del delito de coacciones simples (art. 149 bis, segundo párrafo del CP) que se le atribuyera en estos autos n° P-14.564/17.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

La sentencia impugnada consideró acreditado el segmento del hecho según el cual el 16 de marzo de 2017 el acusado envió a la víctima un mensaje de texto con el teléfono... en el que decía «... tráeme a mi hijo o enterrate antes de que te encuentre ...», suceso que calificó como coacción simple (art. 149 bis, segundo párrafo, del CP).

Para así decidir, el a quo valoró principalmente las declaraciones de O.M., H.B.M.A., A.S., S. E. de B., C. A. D., la Lic. Stella Maris Mathus, M. D. V., C. A. O., L. F. D. ., la Lic. Elena Sánchez, el Lic. Francisco Marcelo Izura, la Lic. María Laura Lemos, la Lic. Mariela Alejandra Pappaterra, el Dr. Luis Fernando Clavel, la Lic. Alicia Ivana Pelaia y el Dr. Octavio Agustín Agasso. Además, tomó en consideración el acta de denuncia de fs. 1/2, el informe de valoración de riesgo de fs. 16 y vta., los informes de Dirección de la Mujer de fs. 17 y vta. y 59 y vta., el informe UDAPIF de fs. 21/23, la orden de allanamiento de fs. 35, los informes UID de fs. 36 y vta. y 56 y vta., la constancia de fs. 60, el informe de la División Delitos Tecnológicos de fs. 61/85, el acta de nacimiento de fs. 128 y vta., el certificado de fs. 129, las actuaciones notariales de fs. 131/132, la copia de historia clínica de fs. 133/134, el registro de fianza de fs. 139, el acta de fianza de fs. 140, la declaración del imputado de fs. 181 y vta., el examen psíquico de fs. 190/191, la resolución del Juzgado de Familia de fs. 214/215, el examen psicológico y psiquiátrico de la víctima de fs. 295/vta., el expte. n° 291/17/6F, los informes de antecedentes policiales de fs. 302/306, el informe de antecedentes penitenciarios de fs. 301 y el informe del Registro Nacional de Reincidencia de fs. 336/337.

2.- Recurso de casación

La defensa apoya su impugnación en el art. 474 inc. 1° del CPP, por considerar la sentencia aplica erróneamente la ley sustantiva y viola el art. 2 del CPP.

Afirma que la conducta atribuida a C. es atípica y por ende no constituye delito, de modo que encuadrarla dentro de la calificación «coacción simple» es un error del tribunal que vicia la sentencia.

La defensa entiende que el mensaje enviado por C. el día 16 de marzo a la denunciante en el que le decía «atendeme x mi que te coja un burro tráeme a mi hijo o enterrate antes de que te encuentre cuando te llegue al lado vo y los que están con vos no se la van a poder creer putos secuestradores los puccio (sic) » no constituye la amenaza de un mal grave cuyo cumplimiento dependa del acusado, y tampoco fue proferido para que trajera al hijo de la víctima y el acusado de regreso al hogar.

Explica la defensa que no es claro cuál es el mal grave que estaría anunciando, ya que el hecho de que le diga que se entierre antes de que la encuentre no es la anunciación de ningún mal que dependa de la voluntad del autor.

En efecto -afirma la defensa-, «no le dijo que le iba a pegar ni a dañar en modo alguno, sino que vertió una expresión que podríamos decir que es “poco feliz, pero que de ninguna manera contiene el anuncio de un mal.

En todo caso no es posible explicar con la claridad y certeza necesaria qué mal es el que supuestamente le anunciaba con el mensaje en cuestión» -recurso, fs. 367-. Refiere la defensa que el acusado envió ese mensaje en un estado de ofuscación, confusión, dolor y desesperación tras días sin saber cómo estaba su hijo, período en el cual la única noticia que tuvo fue un mensaje telefónico que decía «el nene está bien». El mensaje que mandó el acusado no tenía ánimo de amedrantar, sino de motivar una reacción en su ex pareja para que diera alguna explicación lógica de su conducta de marcharse clandestinamente con su hijo del hogar que compartían y con un viaje a planeado.

Conforme a lo expuesto la defensa afirma que no está claro cuál es el mal que se anunció, por lo que no se puede saber si era de posible ejecución por parte del acusado ni si era serio o idóneo como amenaza reprochable penalmente.

3.- Dictamen del señor Procurador General

En oportunidad de emitir dictamen de ley, el Procurador General afirma que el recurso planteado por la defensa resulta formalmente admisible, aunque debe ser rechazado en el fondo. En este sentido, explica que los hechos analizados han sido correctamente calificados por el juez de la instancia anterior como coacción simple (art. 149 bis, segundo párrafo del CP).

Destaca que el a quo resaltó que el mensaje «... tráeme a mi hijo o enterrate antes de que te encuentre ...» enviado el 16 de marzo de 2017 por el acusado a la víctima no fue enviado en el marco de una discusión irreflexiva, pues habían pasado más de dos días desde que la víctima se había retirado del hogar con su hijo.

En efecto, le había respondido un mensaje al acusado el día 13 de marzo diciendo que su hijo estaba bien, de lo que se desprende que no existía entre ambos una acalorada discusión en el momento en que C.P. envió el mensaje en cuestión.

Además, luego de una caudalosa cantidad de mensajes hacia la víctima los días 13 y 14 de marzo, el día 16 no hubo una discusión entre ambos porque no existieron mensajes de la víctima hacia el imputado. Agrega que el juez a quo afirmó que el mensaje citado no resultó ambiguo en cuanto a su tono amenazador, habida cuenta de que la frase «... tráeme a mi hijo o enterrate antes de que te encuentre ...» no resiste mayores interpretaciones y constituye el anuncio de un mal grave y que dependía de la voluntad del imputado.

Además, los dichos fueron idóneos para amedrentar, causando temor a la víctima, lo que se evidencia en su decisión de ponerlo en conocimiento de la autoridad policial.

De acuerdo a ello, el titular del Ministerio Público Fiscal no advierte defecto alguno en la sentencia y su motivación, y afirma que los argumentos del recurrente no resultan suficientes para desvirtuar las razones que brinda la decisión cuestionada por la defensa.

En base a tales razones, aconseja el rechazo sustancial del recurso formulado por la defensa de J.M.C.P..

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso de casación planteado por la defensa, adelanto que –en base a los motivos que en lo sucesivo expondré– a mi entender corresponde su rechazo en esta instancia. Veamos.

Ante todo, cabe destacar que en el planteo del recurrente no se cuestiona ni la materialidad de los hechos ni la autoría del imputado, sino el sentido jurídico que debe asignarse a una situación fáctica dada.

De este modo, el núcleo de su queja se circunscribe a un **vicio in iudicando** en la sentencia, dado por la **errónea tipificación de la conducta** del imputado en el tipo de coacciones simples previsto por nuestro Código Penal.

De tal manera, la crítica se basa en que el a quo no habría considerado que el mensaje de texto que el acusado envió a su pareja y que materializa la coacción, en verdad no reviste las características del delito de coacción pues:

- i) no constituye una amenaza de mal grave;
- ii) el cumplimiento del eventual mal no dependía del acusado;
- iii) no fue enviado con el fin de amedrentar a la víctima; y,
- iv) se trató solamente de un mensaje poco afortunado en el contexto de las emociones producidas por una discusión.

Ahora bien, ninguna de las críticas efectuados por el recurrente logra, a mi entender, demostrar la existencia de una errónea aplicación o interpretación de la ley penal – concretamente, del tipo de coacciones simples– por parte de la instancia anterior.

Para explicar esta decisión, comenzaré por analizar la manera –según entiendo, correcta– en que el juez a quo separó los segmentos de la acusación que consideró atípicos o no acreditados y por los que sobreseyó al acusado (a), para luego ingresar al tratamiento del hecho concreto calificado como coacción (b).

a.- El a quo explicó, en forma preliminar, que las características del caso hacían necesaria una valoración de la evidencia con perspectiva de género, tal como lo ha afirmado esta Suprema Corte de Justicia y como surge de la ley 26.485 y de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará).

Considero oportuno destacar que al momento de resolver el sentenciante asumió una perspectiva integral, haciendo realidad su deber jurídico en relación a los criterios de valoración señalados en la Ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollan sus relaciones interpersonales.

En este sentido debo señalar que sobre la cuestión tuve ocasión de pronunciarme en diversos precedentes («Cruz Caporiccio», «Merlo Lassa»; «Quiroga Morales»; «Ojeda Pérez»; «Vázquez Tumbarello»; «Calderón Alejandro»; entre otros) a los que corresponde remitir.

Al valorar la prueba y la entidad del contenido de los mensajes, el a quo descartó que estuvieran acreditados y constituyesen delitos los hechos según los cuales «para fecha ocho de marzo de dos mil diecisiete, entre horas de la mañana o la tarde y en momentos en que la víctima H.B.M.A se encontraba en el domicilio sito en calle ..., su ex pareja J.M.C.P. le advirtió “puta, basura, culiada, chupa pija, negra de

mierda, si vas a cuidar el nene como lo cuidas ándate”, advirtiéndole ese mismo día en la vivienda descripta “te mato”.

En otras oportunidades, no pudiendo precisar día ni hora, en que la víctima se encontraba en su domicilio descrito el sindicado J.M.C.P. le manifestaba que, si ella lo denunciaba, él la mataría y a su hija también. Posteriormente, para fecha 13 de marzo, el encartado J.M.C.P., desde el teléfono celular con línea ... le envió un mensaje al teléfono de la víctima a las 15:56:17 horas al teléfono con el número ..., en el que le advertía “...puta te voy a buscar y te voy a encontrar, tráelo y freno todo”».

Al respecto, sostuvo el a quo que no se encontraban precisadas las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que habrían acontecido esas amenazas, y que el contenido de la eventual amenaza no permitía concluir con certeza que se hubiera vertido un anuncio de mal futuro e ilegítimo, pues válidamente podría haber hecho referencia al ejercicio de derechos legítimos que como padre de su hijo el acusado podía ejercer. De manera tal que, justificadamente, el a quo absolvió a J.M.C.P. del delito de amenazas simples en dos hechos por el que se lo acusaba.

Ese aspecto de la decisión no ha sido impugnado por las partes con interés para ello.

b.- Distinta suerte corrió el tramo del hecho en el cual el acusado envió un mensaje de texto a la víctima que decía «... tráeme a mi hijo o enterrate antes de que te encuentre ...».

En este punto, el juez explicó que se encontraba acreditada e indiscutida la autoría de ese mensaje por parte de C.P..

Respecto a la **calificación jurídica** que cabía a ese hecho, el juez sostuvo que encuadraba dentro de la figura de coacciones simples, que consiste en hacer uso de amenazas con el propósito de obligar a otro a hacer, no hacer o tolerar algo contra su voluntad. Aclaró que las amenazas deben ser serias, graves, injustas e idóneas.

Luego se hizo cargo del argumento defensivo –reiterado en esta instancia– según el cual el mensaje carecía de idoneidad para amedrentar pues se produjo al calor de un altercado verbal, de ofuscación y nerviosismo.

A ello el a quo contrapuso que el mensaje no fue enviado de manera espontánea en el marco de una discusión irreflexiva, pues que habían pasado más de dos días de que la víctima se había retirado del hogar con su hijo, y había hecho saber al imputado –aunque en forma escueta– que el niño se encontraba bien. También afirmó que, si bien la amenaza tenía por objeto que se restituyera el contacto con el niño de dos años, la injusticia del daño anunciado por la amenaza constituía el elemento ilícito sancionado: a diferencia de los demás mensajes, éste era claro en su tono amenazador en tanto su contenido no admitía mayores interpretaciones.

La frase «... enterrate antes de que te encuentre ...» consistía –según el a quo en criterio que comparto– el anuncio de un mal grave, que dependía de la voluntad del imputado quien, además, había concurrido a los lugares que frecuentaba la víctima en su búsqueda.

En otro orden, el juez descartó que la conducta de C. P. pudiera encontrarse justificada en la ilicitud del accionar de la víctima al llevarse al niño sin autorización de su padre, dado que el acusado tenía a su disposición otros medios idóneos y legítimos para dar con el paradero de su hijo.

También descartó –en cuanto al elemento subjetivo– que el autor hubiera actuado en error o con ignorancia de alguno de los elementos objetivos del delito, de forma que excluyera el dolo.

Por último, descartó que la afectación del ánimo del autor por la pérdida de contacto con su hijo le hubiera producido un estado de inculpabilidad, aunque meritó tal circunstancia en la determinación de la pena.

Tal como anticipé, la crítica defensiva no logra demostrar la existencia de vicios en el razonamiento que llevó adelante el a quo.

La sentencia es clara respecto a que el mal con que amenazó C.P. a la víctima era grave, y concuerdo con tal afirmación pues la expresión «enterrate antes de que te encuentre» no puede, bajo ningún punto de vista, no ser considerada grave. La entidad de las amenazas que forman parte de las coacciones debe ser interpretada contextualmente, y en el ámbito de una relación de pareja con las características de violencia que identificaba a la del acusado con la víctima, el sentido del mensaje es –a mi entender– inequívoco.

Tampoco es exacto que –como alega la defensa– el cumplimiento de ese mal no dependiera del acusado, pues no se ha discutido que éste buscó a la víctima en los sitios que frecuentaba, de modo que podía encontrarla y concretar el anunciado mal.

El propósito de amedrentar a la víctima surge con claridad de la condición a la cual se sometió el mal: que se le trajera a su hijo. No procede, a mi criterio, la estrategia argumentativa de la defensa de desprender una parte del mensaje de la otra a efectos de despojar de sentido coactivo a la amenaza.

El alegato, en todo caso, no consigue superar la clara argumentación brindada por el a quo.

Por último, lo mismo ocurre con el argumento según el cual se trató solamente de un mensaje poco afortunado en el contexto de las emociones producidas por una discusión. El juez de la instancia previa ha explicado, en motivación que comparto, que el contexto de discusión en términos calurosos entre el acusado y la víctima había cesado al momento de este hecho.

La posible alteración en el ánimo del autor, en todo caso, no es sino competencia suya y –además– ha sido meritada en la determinación de la pena.

Por las razones expuestas, propongo al acuerdo la contestación negativa de la primera cuestión planteada, y en consecuencia, el rechazo del recurso de casación planteado por la defensa de J.M.C.P. y la confirmación de la sentencia n° 342 pronunciada por el Tribunal Penal Colegiado n° 2 de la Primera Circunscripción Judicial. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere. Ampliatorio.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. PALERMO, EN VOTO AMPLIATORIO, DIJO: Puesto a resolver el recurso casatorio promovido comparto la solución a la que llega mi colega de sala preopinante y, en relación a las consideraciones relacionadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género, me remito a lo oportunamente señalado en «**Di Cesare Morales**» y «**Mejía Salvador**» por resultar aplicables en ese aspecto el presente caso.

Voto Dr. Adaro. Adhiere. Ampliatorio.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, EN VOTO AMPLIATORIO, DIJO: Comparto los fundamentos por los cuales el voto preopinante considera que corresponde desestimar los agravios esgrimidos por la defensa de J.M.C.P.. En especial, adhiero a las consideraciones realizadas en torno a la valoración de los elementos de prueba en hechos acontecidos en un contexto de violencia de género, a los que ya me he referido en numerosos pronunciamientos (ver «**Galdeano Reyes**», «**Merlo Lassa**», «**Concha, Jesús**», «**Alaniz Pineira**», entre otros).

En esta última oportunidad señalé en relación a la valoración de los elementos de prueba en función de la **perspectiva de género** que «... para juzgar los conflictos en los cuales las mujeres son víctimas de violencia en sus distintas manifestaciones, hay que partir de aceptar que la realidad se encuentra **polarizada en torno a patrones de dominación masculina** que reproducen la discriminación en los distintos ámbitos en donde la mujer desarrolla sus relaciones interpersonales».

Destacué también que «[...]los distintos operadores del derecho, tanto en la recaudación de elementos probatorios como al momento de valorarlos, deben orientar también su labor a detectar las **circunstancias estructurales** que perpetúan la violencia estructural contra las mujeres con el fin de imprimir en su análisis una perspectiva de género».

En función de ello entendí –en términos aplicables al sub lite– que «en el presente caso, donde la víctima es una mujer y que por **el contexto** en que se desarrollaron los hechos podemos sostener que se encontraba en una **situación de vulnerabilidad y desventaja en relación al imputado**, son de entera aplicación los conceptos sobre violencia establecidos en las distintas normativas internacionales y nacionales y, por consiguiente, adquiere plena vigencia el deber de los Estados partes de tomar todas las medidas para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer en todas sus manifestaciones (art. 2 de la Convención «Belém do Pará»; y arts. 4 y 5 de la ley 26.485, de protección integral a las mujeres).

Valoré también que «[...] el contenido e idoneidad intimidante de las amenazas no deben extraerse sólo de su literalidad, sino también del contexto situacional en el que se formulan y, muy especialmente, de las condiciones del sujeto pasivo».

Por otro lado, y atendiendo a que la defensa considera que resulta de aplicación en el presente caso el art. 2 del CPP, estimo oportuno señalar la vinculación existente entre la necesaria perspectiva de género en el análisis de casos como el traído bajo estudio y el principio in dubio pro reo.

Precedente Ruiz Gutiérrez. In dubio pro reo.

En este sentido, y tal como referí en el **precedente «Ruíz Gutiérrez»**, desde una perspectiva procesal, si bien el principio in dubio pro reo no es una regla de valoración probatoria sino una **regla de decisión**, no es menos cierto que su correcta aplicación presupone una actividad de valoración de la prueba que incorpore las particularidades propias de los casos de violencia de género, es decir, se deberá ponderar para determinar el valor probatorio que corresponde atribuir **a cada elemento de juicio, el bien jurídico protegido y su específico modo de ataque**.

Ello, si se pretende derivar –en un segundo momento– conclusiones lógicamente controlables para determinar si ha de absolverse o condenarse. Destacué también que el referido principio como regla decisoria en el plano procesal, presenta dos caras que operan de manera articulada, una **cara externa, referida al umbral de prueba** que ha de alcanzarse cuantitativamente para destruir el estado de inocencia; y otra **interna o cualitativa, orientada al valor** que ha de otorgársele a cada uno de los elementos probatorios sobre los que se erige el silogismo condenatorio.

Expresamente referí que «[...] la categorización de un caso como de violencia de género no implica de **manera alguna disminuir el estándar probatorio** en tanto umbral de certeza necesario para alcanzar una sentencia condenatoria (aspecto externo), pero sí repercute en el peso y el lugar que se le atribuye a los elementos de prueba e indicios que integran el razonamiento judicial (aspecto interno), en tanto actividad hermenéutica que precede a su operación como regla decisoria».

Con base a los conceptos reseñados, entiendo que el juez sentenciante interpretó en forma satisfactoria los **estándares probatorios** delineados tanto en el sistema interamericano como en el orden nacional, en tanto para la acreditación de los hechos constitutivos de la agresión sufrida por la víctima, ponderó todos los elementos de juicio incorporados legítimamente al debate bajo los parámetros de valoración que impone la temática en estudio. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los Dres. OMAR A. PALERMO y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los Dres. OMAR A. PALERMO y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia

RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa particular de J.M.C.P.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro.

7- RIVERO ORO. 22-05-20.

| | | | | | | | | | | | | | | |
|-----------|----|----|------|--------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|-------------|----------|------------|
| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
| VG | - | - | | - | - | - | - | - | - | - | - | SJP | N | 474 |

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200522_FcROM.pdf

Lex: Art. 76 bis, 149 bis, 2° supuesto, 55 y 142 inc. 1° CP. Ley 26485. Directivas Procuración General n° 717/16 y 718/16.

Vox: SJP. VG. Coacciones simples. Concurso real. Privación ilegítima de la libertad agravada por el modo de comisión. Consentimiento fiscal vinculante. Nulidad del auto dictado.

Summa:

El TPC ordenó suspender el juicio a prueba en la causa de autos en favor de M.A.R.O. por el término de **tres años** por los delitos de coacciones simples en concurso real con privación ilegítima de la libertad agravada por el modo de comisión (arts. 149 bis, segundo supuesto, 55 y 142 inc. 1° del CP).

El MPF interpone recurso de casación.

El Procurador General mantiene el recurso casatorio promovido.

La SCJM resolvió hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal, remitiendo los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Resolución cuestionada: Auto pronunciado por el TPC N° 1- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Lemos Guerrero. 28-11-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=906>
- Estrella.
- Luna Amaya.
- Ramos Sevilla. 04-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=27>

b-CSJN

- Góngora. 23-04-13:

<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjcons>

- Navarrete Herrera.
- Biasori Bastias.

b-CIDH

- V.R.P.,V.P.C. y otros vs. Nicaragua, 08-03-18:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_350_esp.pdf

Precedentes relacionados

SJP. Art. 76 Bis CP. Art. 30 CPP

- Bustos Baldor. 02-03-10: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>
- Condori. 15-06-16. VG: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>
- Bernaldes Bargas. 28-12-16: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>
- Ayala Gil. 17-05-17: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>

- Moreno Frías. 01-12-17: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=904>
- Crescitelli Fliguer. 14-12-17: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>
- Lemos Guerrero. 28-11-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=906>
- Ramos Sevilla. 04-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=27>
- Romero Díaz. 15-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=177>
- Torcetta Sanjurjo. 19-12-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=262>
- «Rivero Oro».22-05-20. VG. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=315>
- Castro. 03-02-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=771>
- Vulcano. 22-03-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=981>
- Castillo Ordoñez. 11-05-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=895>
- Reyes Lara. 17-08-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=865>
- García Manca. 17-08-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=866>
- Martínez Fernández. 26-08-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=895>
- Guajardo. 22-09-22. VG: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=896>
- Rosales Chacón. 11-11-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=973>

SCJM. Dres.: **Adaro.** Palermo. Valerio.

Fallo:

CUIJ: 13-04743638-3/1((018601-89577)) F. C/ R. O. M. A. P/ COACCIONES SIMPLES EN CONCURSO REAL CON PRIVACION ILEGITIMA DE LA LIBERTAD AGRAVADA POR EL MODO DE COMISION (89577) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104821117*

En Mendoza, a los veintidós días del mes de mayo del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04743638-3 caratulada "FC/ R.O.M.A P/ COACCIONES SIMPLES EN CONCURSO REAL CON PRIVACIÓN ILEGÍTIMA DE LA LIBERTAD AGRAVADA POR EL MODO DE COMISIÓN S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado a en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. OMAR A. PALERMO y tercero DR. JOSÉ V. VALERIO.

El representante del Ministerio Público Fiscal interpone recurso de casación a fs. 115/119 contra la resolución del Tribunal Penal Colegiado N° 1 en tanto ordenó suspender el juicio a prueba en la causa de autos en favor de M.A.R.O. por el término de tres años por los delitos de coacciones simples en concurso real con privación ilegítima de la libertad agravada por el modo de comisión (arts. 149 bis, segundo supuesto, 55 y 142 inc. 1° del CP).

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

1.- Resolución recurrida

El Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción de Mendoza ordenó suspender el juicio a prueba respecto a M.A.R.O por el término de tres años por los delitos de coacciones simples en concurso real con privación ilegítima de la libertad agravada por el modo de comisión (arts. 149 bis, segundo supuesto, 55 y 142 inc. 1° del CP) e impuso las siguientes reglas de conducta: a) constitución de domicilio ante el Tribunal que no podrá ni abandonar sin su previa anuencia, b) abstención de consumir estupefacientes y/o abusar de bebidas alcohólicas, c) prohibición de acercamiento y contacto con la víctima, d) realización de tratamiento médico psicológico a través del Cuerpo médico Forense a los fines de determinar el tratamiento correspondiente a efectos de aprender a relacionarse intrafamiliarmente, e) sometimiento al control del Departamento de control y Asistencia del Organismo Técnico Criminológico (fs. 111 y vta.).

2.- Recurso de casación

El Fiscal Jefe de la Unidad Fiscal de Delitos contra la Integridad Sexual interpone recurso de casación contra la resolución antes descrita de conformidad con los arts. 474, incs. 1 y 2, 475, 476 y 480 del CPP.

Entre los vicios in procedendo destaca que el pronunciamiento judicial deviene arbitrario por poseer fundamentación aparente y contradictoria que lo lleva a una conclusión incoherente e inexacta. Ello en tanto el magistrado hizo lugar al pedido de suspensión del juicio a prueba solicitado por la defensa prescindiendo de la expresa negativa fiscal en contradicción con lo previsto con el art. 30 del CPP.

Justifica su postura en los precedentes de esta Suprema Corte de Justicia «**Navarrete Herera**» y «**Biasori Bastias**».

El representante de la acusación pública entiende que se ha errado en la interpretación de cómo influye el encuadre típico de la conducta investigada, su adecuación a la normativa de fondo y su interrelación con el contexto de género en el que fue desplegada.

Afirma que la única forma de apartarse de la negativa fiscal, es que el tribunal demuestre de forma ostensible que el dictamen se aparte de la legalidad y la debida fundamentación, lo que considera que no ha ocurrido en el caso de autos.

Recuerda que el Ministerio Público Fiscal denegó su consentimiento por ser un caso de violencia en la pareja que convivía en este momento y se estaba separando, que al momento de abandonar el domicilio conjunto la víctima había sido retenida por su ex pareja a la fuerza, lo que desencadenó en la denuncia de ese suceso y otros anteriores.

Asimismo, mencionó las directivas internas de la Procuración General n° 717/16 y 718/16 que impiden que se preste el consentimiento a los miembros de ese órgano.

Por su parte, entre los vicios in iudicando, menciona bajo ningún extremo el otorgamiento de la suspensión del juicio a prueba es una forma posible de cumplir con los lineamientos previstos en la ley **26.485** y las obligaciones asumidas por el Estado Nacional.

Afirma que el debate es el marco adecuado para dilucidar con certeza la presencia del contexto de género de la conducta investigada y la aplicación de la penalidad correspondiente. Considera que esto es lo establecido en el precedente del máximo tribunal de la nación «**Góngora**».

Alega que el juzgador debe aportar argumentos novedosos si va a distanciarse de la normativa nacional e internacional como de la jurisprudencia relevante en la materia, lo que no ha ocurrido en el caso de autos.

En relación con el argumento del a quo sobre la obligación fiscal de calificar los hechos en el contexto de violencia de género, que no estaría probado según su criterio, el fiscal considera que es contradictorio e inexacto. Ello en tanto, y como bien ha tenido en cuenta el juez, no existe calificación en el CP más que en figuras puntuales y que no son las atribuidas a R.O , por una parte.

Por otra, el extremo de no encontrarse probado, el órgano acusador recuerda que el hecho consumado se encuentra redactado en la pieza acusatoria, y encuentra sustento en la denuncia, el testimonio prestado por la madre de la víctima y las conclusiones de los profesionales forenses en los exámenes psiquiátricos.

Por último, entiende contradictorio que, si no ha sido acreditado el contexto de violencia de género que el magistrado haya puesto como regla de conducta la realización de tratamiento psicológico relativo a relaciones intrafamiliares y, en especial, la relación con las mujeres.

En consecuencia, solicita que se conceda el recurso interpuesto y se case la resolución y se pronuncie por la persistencia de la acción penal en el caso de autos.

3.- Dictamen del señor Procurador General

A fs. 152 el Procurador General mantiene el recurso de casación interpuesto y a fs. 156 remite expresamente a todo lo expuesto por el Fiscal Jefe de la Unidad Fiscal de Delitos contra la Integridad Sexual a fs. 115/119.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Puesto a resolver el caso traído a estudio, adelanto que corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal por las razones que a continuación se exponen.

Del análisis del planteo recursivo y del dictamen emitido durante la audiencia por el Ministerio Público Fiscal y su previa presentación de fs. 103/104 advierto que la resolución pronunciada por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 ha concedido la suspensión solicitada a partir de fundamentos erróneos.

En efecto, el razonamiento efectuado por el a quo tomó como premisa de base el **carácter infundado de la negativa fiscal**.

Así, cuestionó que el órgano acusador no expresó en el avoque ni en el requerimiento de elevación a juicio que el hecho se haya desenvuelto en un **contexto de violencia de género**. A ello agregó que no hay prueba que dicho contexto.

En consecuencia, descartó la expresa denegatoria de consentimiento fiscal y concedió la suspensión del juicio a prueba de R.O por el lapso de tres años.

Sin embargo, del estudio del dictamen fiscal expresado en la audiencia y su opinión emitida a fs. 103 y vta. surge que el representante fiscal motivó de manera suficiente su negativa para la suspensión del juicio a prueba.

En primer lugar, delineó el hecho investigado y mencionó que en la denuncia la víctima dio a conocer que existieron hechos anteriores de violencia.

A ello agregó que de la testimonial brindada por la madre de la víctima también surgieron hechos anteriores de violencia.

El fiscal aseveró que, si bien las figuras penales atribuidas no poseían una agravante por violencia de género específica, el hecho debía ser enmarcado en un contexto de violencia de género.

Esta razón estimó como fundamental para no prestar su consentimiento para el otorgamiento de la suspensión del juicio a prueba en la presente investigación contra R.O .

Así, el Fiscal Jefe de la Fiscalía de Delitos contra la Integridad Sexual consideró que la aplicación de dicho instituto procesal contradecía el compromiso internacional asumido por el Estado argentino, la normativa nacional en materia de violencia contra la mujer y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Asimismo, citó la **Resolución 717/16 de la Procuración General** que impide a los agentes fiscales a prestar el consentimiento en este tipo de casos (ver constancias de audiovisuales a partir del minuto 4:50 y ss.). Como puede apreciarse, el representante del órgano acusador tuvo en consideración el hecho denunciado, la prueba aportada, las posibles calificaciones jurídicas y la normativa específica en violencia de género para denegar su consentimiento.

Además, este razonamiento ha sido el defendido con mayor profundidad en el recurso de casación interpuesto y es lo que fundamenta el rechazo propiciado en la audiencia. Tales argumentos constituyen, a mi entender, motivación bastante para sustentar su posición a los efectos requeridos por la norma procesal.

En este sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos dijo que «en casos de violencia contra la mujer, las obligaciones generales establecidas en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana se complementan y refuerzan para aquellos Estados que son Parte, con las obligaciones derivadas del tratado interamericano específico, la **Convención de Belem do Pará**.

En su art. 7.b), dicha Convención obliga de manera específica a los Estados Partes a utilizar la debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer» (**Corte IDH, Caso «V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua»**, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 8 de marzo de 2018, párr. 152).

En línea con tales objetivos, entiendo que la adopción de alternativas distintas a la realización de un juicio no se condice con los compromisos internacionales asumidos en la materia, pues en caso contrario, podría incurrirse en un supuesto de responsabilidad internacional.

Ello por cuanto sólo a partir de tal procedimiento se puede derivar un pronunciamiento definitivo sobre la culpabilidad o inocencia del imputado, es decir, verificarse la posibilidad de sancionar hechos de violencia contra la mujer en razón de su género, violencia que comprende, entre otros supuestos, a la violencia psicológica, como la investigada en el sub lite.

En consecuencia, estimo que la **crítica del a quo excede el control de razonabilidad al que está llamado** y expone la existencia de vicios en el razonamiento de su decisión, que la tornan infundada.

Así, en tanto la vista conferida al Ministerio Público Fiscal fue evacuada conforme a derecho (**art. 167 del CPP**) y en contra de la concesión de la suspensión solicitada, no correspondía que fuese otorgada. La resolución cuestionada, en definitiva, no satisface los requisitos de motivación contenidos en el art. 155 del CPP.

En base a los motivos expuestos, corresponde a mi entender hacer lugar al recurso de casación planteado por el representante fiscal (art. 462 del CPP). **ASÍ VOTO.**

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. OMAR A. PALERMO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede

Voto Dr. Valerio. Adhiere. Por su voto.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN EL DR. JOSÉ V. VALERIO, POR SU VOTO, DIJO: Adhiero a la solución propuesta en el voto preopinante, haciendo saber que, conforme al criterio que sustentó y que he señalado en otras oportunidades, la actuación de la ley por parte del representante del Ministerio Público Fiscal **es la regla en materia procesal e implica su promoción y ejercicio obligatorio**, mientras que la excepción es la procedencia de criterios de oportunidad (ver «Lemos Guerrero», «Estrella», «Luna Amaya», y recientemente «Ramos Sevilla», entre otros).

A mi entender, **el agente fiscal debe fundamentar su dictamen solamente cuando se aparta de esta regla consistente en la persecución penal**, para otorgar el consentimiento para la aplicación del beneficio solicitado —en este caso, suspensión del juicio a prueba—.

Asimismo, entiendo pertinente reiterar que la política de persecución penal se encuentra dentro del ámbito propio del Ministerio Público Fiscal y, en consecuencia, su dictamen resulta vinculante en cuanto a su negativa para la procedencia de esta clase de institutos.

En este sentido se manifiesta expresamente el texto legal cuando requiere que «**hubiera consentimiento fiscal**» (**art. 30 del CPP**), es decir, establece una condición necesaria de procedencia. Este requisito de procedencia, previsto en la ley, resulta obligatorio de conformidad con lo normado en el art. 149 de la Constitución de Mendoza. **ASÍ VOTO.**

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado de la cuestión anterior, corresponde hacer lugar al recurso formulado por el Fiscal Jefe de la Unidad Fiscal de Delitos contra la Integridad Sexual, **anular el auto de fs. 111 y vta. dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 1**, y remitir las actuaciones a origen para que continúe según su estado. **ASÍ VOTO.**

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia

RESUELVE:

- 1.- Hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 115/119 por el Ministerio Público Fiscal.
- 2.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

8- MANZANARES y ot. 29-05-20.

| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
|----|----|----|------|--------|---------|---------|----------|---------|---------|---------|---------|-------------|---|------------|
| - | - | - | | - | - | - | A | - | - | - | - | SJP | - | 474 |

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200529_FcManzanares.pdf

Lex: Art. 76 Bis del CP. Art. 26, 30, 31 del CPP. Art. 149 Bis del CP. Art. 11 de la Ley 8911. Resolución de Procuración General N° 717/16

Vox: SJP. VG. Amenazas simples. Consentimiento fiscal vinculante. Reglas de conducta. Atribuciones del fiscal. Rol del juez. Condiciones y plazo son competencia o facultad del juez. SJP como derecho del imputado. Petición personal del beneficio por el imputado.

Summa:

El JPC rechazó la petición de suspensión del juicio a prueba efectuada en estos autos n° P147.853/17.

La **defensa** interpone recurso de casación.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** resolvió hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa de K.M.M.J. y N.P. M.J., y en consecuencia anular el auto emitido por el JPC N° 1-3° CJ, remitiendo las actuaciones al tribunal de origen a efectos de que la OGAP determine el juez que habrá de intervenir.

Resolución cuestionada: Auto pronunciada por el JPC N° 1-3° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Moreno Frías. 01-12-17: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=904>
- Romero Díaz. 15-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=177>
- Ver Rivero Oro. 22-05-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200522_FcROM.pdf
- Lecek Petrena.
- Barraza González

b-CSJN

- Linares Borobio.
- Navarrete Herrera.

Doctrina citada.

BOVINO, A., LOPARDO, M. y ROVATTI, P., Suspensión del procedimiento a prueba. Teoría y práctica, Editores del Puerto, 2013, pp. 225-226.

BINDER, Alberto, Elogio de la audiencia oral y otros ensayos, Ed. Poder Judicial del Estado de Nuevo León, Monterrey, 2014, pp. 34-37.

SCJM. Dres.: **Palermo.** Valerio (Disidencia). Adaro.

Fallo:

CUIJ: 13-04504476-3/1((038501-147853)) F. C/ N. N (MANZANARES KEVIN, MANZANARES NICOLAS) P/ AMENAZAS SIMPLES (147853/17) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104586565*

En Mendoza, a los veintinueve días del mes de mayo del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04504476-3/1 caratulada "F. c/ MANZANARES, KEVIN Y MANZANARES, NICOLÁS P/ AMENAZAS SIMPLES S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero DR. OMAR A. PALERMO, segundo DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero DR. MARIO D. ADARO.

La defensa de Kevin Mariano Manzanares Jofré y Nicolás Pablo Manzanares Jofré formula recurso de casación contra la resolución del Primer Juzgado Penal Colegiado de la Tercera Circunscripción Judicial, por cuanto rechazó la petición de suspensión del juicio a prueba efectuada en estos autos n° P147.853/17. De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO:

1.- Resolución recurrida

La decisión del Primer Juzgado Penal Colegiado de la Tercera Circunscripción Judicial objeto de impugnación rechazó la suspensión del juicio a prueba solicitada en favor de Kevin Mariano Manzanares Jofré y Nicolás Pablo Manzanares Jofré.

Para así resolver, consideró que uno de los requisitos de procedencia de la suspensión del juicio a prueba es el **consentimiento fiscal**, que en el caso se encontraba sujeto al cumplimiento de condiciones que la defensa no había aceptado.

De manera tal que no existía acuerdo entre las partes, por lo que no correspondía conceder el beneficio. Además, señaló que las condiciones propuestas por la acusación no eran arbitrarias: no lo era, por un lado, el plazo de dos años para la suspensión del juicio propuesto, en tanto la normativa autoriza hasta tres años; y tampoco lo era, por otro, la prohibición de acercamiento solicitada como regla de conducta, máxime cuando la víctima y los acusados son vecinos.

En definitiva, en tanto la defensa no aceptó las condiciones para el otorgamiento de la suspensión del juicio a prueba, resultaba evidente la falta de voluntad de someterse a reglas de conducta y correspondía proceder hacia la instancia de debate.

2.- Recurso de casación

La defensa de los imputados plantea recurso de casación con fundamento en el art. 474 inc. 2° del CPP, por considerar que la decisión adolece de vicios in procedendo, en concreto, de las reglas relativas a la intervención, asistencia y representación del imputado contenidas en el art. 198 inc. 3° del CPP.

De manera subsidiaria y eventual deja planteada **la inconstitucionalidad del art. 478 inc. 3° del CPP**, para el caso en que se considere que dicha norma no contempla la situación del presente caso.

Relata la defensa que en la audiencia de acusación llevada a cabo en autos se solicitó la suspensión del juicio a prueba y se propuso como condición de cumplimiento la duración de un año de la suspensión.

Afirma que de la petición se corrió vista al representante fiscal, quien prestó su consentimiento, y que luego –en lugar de pasar a resolver– el juez concedió la palabra a la víctima que se había hecho presente, sin perjuicio de que no estaba constituida en autos como querellante particular.

Tras ello, convocó a un cuarto intermedio, en el cual el fiscal se habría contactado con la víctima, quien lo habría influenciado para cambiar su parecer.

Al retomarse la audiencia, **el fiscal rectificó lo manifestado y propuso diferentes condiciones para el beneficio de la suspensión del juicio a prueba**: un tiempo de duración de la suspensión de dos años y una prohibición de acercamiento.

Relata que la defensa rechazó esas condiciones, por haberse aceptado con anterioridad otras reglas de conducta, y que luego el juez rechazó el pedido.

La defensa afirma que **la audiencia es nula, de nulidad absoluta**, en tanto el fiscal se comunicó con la víctima sin que ésta se hubiere constituido como parte en el expediente. De ese modo, confundió su deber de representar el interés público y encabezó **los intereses de la víctima**.

También sostiene que la decisión del juez, en tanto se funda en un desacuerdo entre las partes, es nula pues compete al juzgador la imposición de reglas de conducta para la suspensión del juicio a prueba, sin que las diferencias entre las partes puedan constituir motivo de rechazo.

La resolución del juez, a criterio de la defensa, vulnera el principio contradictorio que rige el proceso penal. Invoca el art. 76 bis cuarto párrafo del CP por cuanto autoriza la suspensión del juicio a prueba en casos en los que, como el presente, resulta de aplicación el **art. 26 del CP**, y jurisprudencia nacional y provincial en su apoyo.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador General, en oportunidad de emitir dictamen sobre el recurso de casación planteado por la defensa, considera que debe ser rechazado in limine.

Explica, en primer lugar, que el agravio de inconstitucionalidad del art. 478 inc. 3° del CPP resulta procedente, atento al sentido de la jurisprudencia de este Tribunal, en particular de los precedentes **«Linares Borobio» y «Navarrete Herrera»**.

Sin embargo, considera que corresponde rechazar el recurso de casación, por cuanto el dictamen fiscal emitido en la audiencia de acusación se encuentra debidamente fundado y no correspondía hacer lugar a la petición de la defensa en tanto **no aceptó los requisitos solicitados por el fiscal**.

Explica que entre las funciones del fiscal está la de escuchar, asesorar y garantizar los derechos y obligaciones de la víctima, tal como lo establecen los tratados internacionales sobre derechos de las víctimas, **la ley 8.911 en su art. 11°, y la resolución de Procuración General n° 717/16**.

De manera que, si las condiciones del beneficio no satisfacen la seguridad de la víctima, el fiscal está facultado para **solicitar normas de conducta** que resguarden sus derechos.

De conformidad con la jurisprudencia de esta Suprema Corte de Justicia, afirma el señor Procurador General, no es posible la procedencia del instituto de la suspensión del juicio a prueba en los casos en los que el fiscal no presta su consentimiento.

A su vez, cuando la queja se basa en doctrina adversa a la ya consolidada por el Tribunal Superior sin aportar argumentos novedosos tendientes a variar su jurisprudencia, el rechazo sustancial resulta procedente.

Por otra parte, también considera que la resolución del a quo cuenta con la motivación indispensable para tenerla por válida, en tanto reconoce el carácter vinculante del dictamen fiscal y sus fundamentos, así

como la negativa de la defensa de ajustarse a las normas de conducta consideradas necesarias por el tribunal.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

Puesto a resolver la cuestión en tratamiento, adelanto que –en base a los motivos que en lo sucesivo serán expuestos- a mi entender corresponde hacer lugar al recurso planteado por la defensa de Kevin Manzanares y Nicolás Manzanares, y **anular la decisión del Primer Juzgado Penal Colegiado** de la Tercera Circunscripción Judicial.

En forma preliminar, corresponde destacar que este Cuerpo –en sus diferentes integraciones– ha sostenido reiteradamente el criterio según el cual es atribución del tribunal de casación tratar el motivo casatorio que más convenga a la solución del caso, en razón de que la ley adjetiva no establece un orden de procedencia que imperativamente deba seguirse en el examen de las causales de impugnación extraordinaria (L.S. **183-188; 202-001; 269-234**, entre otros).

Es por ello que centraré el análisis de la presente causa en uno de los **vicios formales** denunciados por la recurrente, motivo en el que estimo se encuentra circunscripto el thema decidendum y que, de prosperar, conduce a la anulación de la resolución cuestionada por este remedio casatorio, a tenor de lo normado por el **art. 155 del C.P.P.**

Así, entiendo que el tópicus del presente recurso se circunscribe al fundamento de la decisión del a quo, quien rechazó el pedido de suspensión del juicio a prueba de la defensa por no existir acuerdo entre ésta y el representante del Ministerio Público Fiscal en punto a las reglas de conducta que debía imponerse a los acusados en caso de que se considerase procedente la suspensión del juicio a prueba.

Considero que la resolución **cuestionada no logra satisfacer el requisito de adecuada motivación**, pues adolece de una verdadera ausencia de fundamentación en el punto dirigido a la procedencia de la suspensión del juicio a prueba.

El único argumento invocado para rechazar la petición de la defensa es, a su vez, erróneo. Veamos.

De la compulsión de las constancias audiovisuales surge que, luego de que el fiscal interviniente leyera el hecho acusado a los imputados –v. registro audiovisual, min. 00:35 y ss.–, la defensa solicitó la suspensión del juicio a prueba en favor de sus representados y propuso que se concediera por el término de un año –v. min. 02:00 a 02:56–.

Del planteo el juez corrió vista a la víctima, quien no se manifestó, y el fiscal solicitó un cuarto intermedio. Al reanudarse la audiencia, el fiscal sostuvo que había mantenido diálogo con la víctima, y que en tanto no existían a esa fecha constancias de antecedentes penales de los acusados ni circunstancias que impidieran la suspensión del juicio a prueba, **prestaría su consentimiento** para su concesión.

Solicitó que se suspendiera el juicio por el término de dos años y que se impusieran como reglas de conducta el mantenimiento de un domicilio fijo, la adopción de un trabajo estable en la medida de lo posible y una **prohibición de acercamiento** que, atento a la vecindad entre los acusados y la víctima, debía ser considerada como prohibición de contacto –v. min. 03:21 a 06:40–.

Acto seguido **la defensa se opuso a las medidas solicitadas por el fiscal y relativas a la duración de dos años de la suspensión**, así como a la restricción de acercamiento.

Afirmó que, de lo contrario, «vamos a la modalidad de debate oral» –v. min. 06:45 a 07:18–. Ante esa posición el fiscal tomó la palabra y sostuvo que, en tanto las condiciones no habían sido aceptadas, el proceso debía avanzar hacia el ofrecimiento de pruebas –v. min. 07:25 a 07:30–.

Ahora bien, resulta oportuno aclarar algunas cuestiones vinculadas al instituto de la suspensión del juicio a prueba y a las atribuciones del fiscal y del juez en su tramitación.

Casos y condiciones en los que se torna vinculante el dictamen del MPF.

En primer lugar, recordar que respecto a los **casos y condiciones** bajo las cuales dictamen del Ministerio Público Fiscal -en materia de suspensión del juicio a prueba- se torna **vinculante** para el tribunal, esta Sala Segunda se ha pronunciado en diversas oportunidades, argumentos a los que, en lo pertinente, corresponde remitirse (v. «**Moreno Frías**», «**Romero Díaz**», entre otros).

En segundo lugar, corresponde aclarar que la **determinación de las condiciones que debe cumplir el acusado durante la suspensión, así como su plazo, son competencia exclusiva del órgano jurisdiccional**, sin perjuicio de que las partes puedan **proponer** medidas y argumentar en torno a su oportunidad, mérito y conveniencia.

Art. 31 del CPP

Así lo establece expresamente el art. 31 de la norma adjetiva: «**El tribunal fijará el plazo de prueba** conforme a las disposiciones del Código Penal Argentino, determinando las reglas a que deberá someterse el imputado. Sólo a **proposición del mismo, el Tribunal podrá imponer otras reglas** de conducta cuando estime que resultan razonables».

Dicho esto, corresponde analizar lo ocurrido en el caso que nos ocupa.

De la reseña de la audiencia de acusación, se advierte que **la defensa solicitó la suspensión del juicio a prueba y propuso ciertas reglas de conducta.**

El fiscal, luego de mantener diálogo con la víctima, prestó su consentimiento para la procedencia del instituto y propuso otras reglas de conducta, que la defensa consideró más gravosas.

En ese punto, la defensa afirmó que, o bien se estaba a las reglas propuestas por la defensa no cuestionadas en un primer momento por el Fiscal, **o bien se pasara a la etapa de juicio.**

El juez rechazó la suspensión del juicio a prueba, y luego en sus argumentos escritos explicó que consideraba apropiadas las reglas de conducta propuestas por la acusación, pero que no había acuerdo entre las partes, por lo que no correspondía el otorgamiento de la suspensión.

La resolución del incidente, en tales términos, no resulta suficientemente fundada.

A mi entender, una motivación adecuada de la cuestión suscitada entre las partes debería haber –como mínimo explicado los motivos por los cuales el acuerdo entre las partes era siquiera considerado necesario en el caso.

Es decir, el a quo no rechazó la suspensión por considerar que la petición de la defensa se encontrara sujeta a condición de aceptación de las reglas de conducta propuestas, sino por la falta de consenso entre las partes.

Sin embargo, en un procedimiento acusatorio y contradictorio, requerir a las partes que no argumenten en torno a cuestiones como las condiciones de cumplimiento de la suspensión del juicio a prueba luce injustificado.

De lo contrario, en caso de que el a quo hubiera considerado que la defensa se condicionó su petición de suspensión del juicio a prueba, debería haber dado cuenta de la eventual circunstancia durante la audiencia, lo que no ocurrió.

En su lugar, el juez manifestó, al fundar por escrito su decisión, que «Si los imputados no aceptan condiciones para su otorgamiento evidencian que no existe voluntad de someterse a regla alguna y que el debate es la forma de poder evaluar si la norma fue quebrada o no y qué solución es la más adecuada al caso [...]» -v. fs. 06 vta.-.

Ello no resulta debidamente justificado.

La resolución tampoco explica los motivos por los cuales corresponde apartarse de las reglas sobre procedencia de la suspensión del juicio a prueba ya reseñadas.

En efecto, **más allá de la cuestión sobre la falta de acuerdo entre las partes, el juez de instancia previa no justificó en base a qué razones se apartaría del consentimiento fiscal** para la procedencia del instituto, ni por qué motivos consideró que la selección de las reglas de conducta no constituía una facultad jurisdiccional.

En definitiva, los motivos expuestos me convencen de que la resolución carece de motivación exigida por nuestro ordenamiento jurídico, por lo que corresponde hacer lugar al recurso planteado por la defensa de Kevin Mariano Manzanares Jofré y Nicolás Pablo Manzanares Jofré y anular el auto impugnado, de conformidad con lo dispuesto por **el art. 155 del CPP**. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el Dr. MARIO D. ADARO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

Voto Dr. Valerio. Disidencia.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO, EN DISIDENCIA: El análisis de las circunstancias del caso y de los argumentos del recurrente me conduce a discrepar con mis distinguidos colegas de Sala respecto a la solución que corresponde adoptar en el presente caso.

Advierto que la **defensa planteó su solicitud de suspensión del juicio a prueba de manera condicional**, sujeta a la aceptación de los límites a las reglas de conducta propuestos por esa parte.

Expresamente, el defensor manifestó durante la audiencia **su oposición a la petición fiscal** de que la suspensión durase dos años e incluyese una restricción de acercamiento como regla de conducta. En caso contrario, sostuvo, preferían ir al debate –v. min. 06:45 a 07:18–.

Este no constituye un dato menor, pues a mi entender la petición de **suspensión del juicio a prueba constituye un derecho del imputado** que trae aparejadas consecuencias jurídicas que, aunque no son impuestas a título de pena, importan restricciones a sus derechos.

En efecto, este Tribunal ha sostenido que «[l]as condiciones tanto objetivas como subjetivas del instituto, involucran directa y personalmente al imputado, lo que justifica la exigencia de la petición personal del beneficio de la suspensión del juicio a prueba.

El imputado se convierte en sujeto del proceso, y su posición queda garantizada, cuando el pedido de suspensión es personalmente formulado, dado que es él quién habrá de cumplir con los recaudos y exigencias, que el mismo código sustantivo prevé» (conf. «**Lecek Petrena**»).

Tal como he afirmado in re «**Barraza González**», la doctrina especializada considera que la suspensión del juicio a prueba «[...] implica la **renuncia expresa a derechos fundamentales** de aquel a quien se aplica, representados sintéticamente por su derecho al juicio -juicio previo, inocencia- y, dentro de él, por su derecho a resistir la imputación -defensa-, razón por la cual se torna imprescindible su decisión voluntaria. [...] Se trata de un acto personalísimo vinculado al derecho irrenunciable a decidir si se suspende el proceso o si se ejerce el derecho al juicio previo garantizado en la CN (art. 18)» (**BOVINO, A., LOPARDO, M. y ROVATTI, P., Suspensión del procedimiento a prueba. Teoría y práctica, Editores del Puerto, 2013, pp. 225-226**).

Por esta razón, si el acusado está de acuerdo sólo con determinadas restricciones, no puede disponerse la suspensión del juicio a prueba con reglas de conducta más gravosas que las aceptadas. Dicho en términos claros, cuando la petición defensiva de suspensión del juicio a prueba se encuentra condicionada, el juzgador no puede disponerla sin atender a los límites de las condiciones.

De manera tal que, en casos como el presente en los que la defensa expresa un límite al consentimiento para restricciones a sus derechos, el juez no puede imponer reglas de conducta por sobre ese límite.

En la resolución obrante en autos el juez consideró acertadas las reglas de conducta propuestas en la audiencia por el Fiscal: «[n]o deviene arbitrario el plazo de dos años cuando el ordenamiento autoriza hasta tres años y tampoco la prohibición de contacto cuando la víctima se encuentra presente y ha hablado con el agente Fiscal.

En el caso los imputados y el denunciante son vecinos que viven en la misma cuadra. Por ello no es de aplicación el instituto en el presente caso.

Si los imputados no aceptan condiciones para su otorgamiento evidencian que no existe voluntad de someterse a regla alguna y que el debate es la forma de poder evaluar si la norma fue quebrada o no y qué solución es la más adecuada al caso.

El instituto de la suspensión del juicio a prueba está reservado a todos aquellos casos en que la imposición de una condena con los beneficios de ejecución condicional resulte innecesaria en la medida que los objetivos de la misma pueden ser alcanzados apelando a la adopción de medidas socialmente constructivas que resulten pertinentes y útiles, y que con su instrumentación eviten la estigmatización de una persona y ayuden a la paz social.

Estimo que en el caso no se encuentran reunidas las condiciones para otorgar el beneficio» –v. fs. 06 vta.–

.

Ello resulta, a mi entender, fundamento suficiente para rechazar la suspensión del juicio a prueba y determina la suerte adversa del recurso de la defensa planteado en autos.

Sin perjuicio de ello, debo destacar que una buena práctica del juez durante audiencias de esta índole es adoptar una posición conciliadora y propender a un acuerdo entre las partes, máxime en casos como el presente en los que lo sustancial –es decir, en la viabilidad de la suspensión– la acusación y la defensa tenían un punto de contacto.

Así lo dispone el **art. 364, párrafo 7 del CPP**, por cuanto expresa que el juez puede invitar a las partes a que arriben a un acuerdo.

Conuerdo en este punto con Binder, cuando sostiene que «[l]a administración de justicia cumple una función eminente en la pacificación de la sociedad. Toda sociedad debe lidiar, para bien o para mal, con su conflictividad. [...] Las formas cumplen en esta audiencia una función de pacificación porque no ocultan a los protagonistas, no desplazan los conflictos, solo logran que la violencia se traduzca en palabras, argumentaciones, debates, presencia controlada y admitida. De esta manera, a través de la generación de un ámbito de comunicación se logra un lugar de pacificación y tolerancia.» (**BINDER, Alberto, Elogio de la audiencia oral y otros ensayos, Ed. Poder Judicial del Estado de Nuevo León, Monterrey, 2014, pp. 34-37**).

Por los motivos expuestos, considero que corresponde rechazar el recurso de casación planteado por la defensa en autos. **ASÍ VOTO.**

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO: Conforme al resultado de la cuestión anterior, corresponde hacer lugar al recurso formulado en autos, y anular el auto emitido por el Primer Juzgado Penal Colegiado de la Tercera Circunscripción Judicial a fs. 06/07, y remitir las actuaciones al tribunal de origen a efectos de que la OGAP determine el juez que habrá de intervenir. **ASÍ VOTO.** Sobre la misma cuestión, los Dres. JOSÉ V. VALERIO y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede. **SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO:** Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas por su orden y diferir la

regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO. Sobre la misma cuestión, los Dres. JOSÉ V. VALERIO y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva RESUELVE:

1.- Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa de Kevin Mariano Manzanares Jofré y Nicolás Pablo Manzanares Jofré, y en consecuencia anular el auto emitido por el Primer Juzgado Penal Colegiado de la Tercera Circunscripción Judicial a fs. 06/07, y remitir las actuaciones al tribunal de origen a efectos de que la OGAP determine el juez que habrá de intervenir.

2.- Imponer las costas por su orden y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

9- FERNANDEZ G. 26-06-20.

| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
|----|----|----|------|--------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|-------------|---|------------|
| VG | - | - | - | PCE | - | - | A | - | - | - | - | - | - | 474 -2° |

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200626_FcFernandez.pdf

Lex: Art. 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto, 149 bis, 2° párrafo del CP.

Vox: VG. Amenazas simples. Amenazas coactivas. Valoración de la prueba. Perspectiva de género.

Summa:

El TPC condenó al nombrado a la pena de **dos años de prisión** como autor penalmente responsable de los delitos amenazas simples –causa P-17.760/18–, amenazas coactivas –causa P-15.916/18–, en concurso real (art. 149 bis 1° párrafo, 149 bis 2° párrafo del Código Penal).

La **defensa** interpone recurso de casación.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1448 pronunciada por el TPC N° 1- 3° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Hemsy, Susana.
- Orozco.
- Rodríguez, Ofelia.
- Gutiérrez Farfán.

b-SCJN

- Mozzatti: <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-mozzatti-camilo-otro-recurso-hecho-fa78000006-1978-10-17/123456789-600-0008-7ots-eupmocsollaf>
- Barra.
- Egea.

Parágrafos destacados.

Este Tribunal ya se ha expedido con anterioridad respecto de las consecuencias de la duración del proceso y su independencia respecto de la vigencia de la acción (conf. «Hemsy, Susana», «Orozco», «Rodríguez, Ofelia», «Gutiérrez Farfán», entre otros), en el sentido de que la eventual **excesiva duración del procedimiento no impacta sobre la prescripción de la acción.**

SCJM. Dres.: **Valerio.** Palermo. Adaro.

Fallo:

CUIJ: 13-04879444-5/1((038601-15916)) FC/ FERNANDEZ GERMAN ARIEL P/ AMENAZAS COACTIVAS AGRAVADAS POR EL USO DE ARMA (15916) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104963619*

En Mendoza, a los veintiséis días del mes de junio del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04879444-5/1, caratulada “F. C/ FERNÁNDEZ, GERMÁN ARIEL P/ AMENAZAS COACTIVAS AGRAVADAS POR EL USO DE ARMA S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. OMAR A. PALERMO, y tercero DR. MARIO D. ADARO.

La defensa de Germán Ariel Fernández Pichilli interpone recurso de casación (fs. 154/161 vta.) contra la sentencia N° 1.448 (fs. 116/117) y sus fundamentos (fs. 125/131), mediante la cual se lo condenó a la pena de dos años de prisión como autor penalmente responsable de los delitos amenazas simples –causa P-17.760/18–, amenazas coactivas –causa P-15.916/18–, en concurso real (art. 149 bis 1° párrafo, 149 bis 2° párrafo del Código Penal).

El pronunciamiento fue dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Tercera Circunscripción Judicial, actuando en Sala Unipersonal.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:

1.- Sentencia recurrida

En la causa N° P-15916/18, la sentenciante consideró acreditado los siguientes hechos «[e]l día 25 de febrero de 2018, siendo aproximadamente las 19:30 hs., la víctima María Adela Pichilli se encontraba en su domicilio sito en Barrio Bransend, manzana C, casa 34 de la Ciudad de Rivadavia, cuando se hizo presente en el lugar a bordo de un rodado marca Volkswagen, modelo Trend color blanco, Germán Ariel Fernández Pichilli, quien previo insultarla le manifestó “los voy a quemar a tiros, devuélvanme la merca o páguenmela. Vieja culiada ahora te toca a vos” “y vos vieja culiada preparate porque te voy a quemar, te voy a cagar a tiros” “para vos también hay tiros”».

Para así decidir el sentenciante valoró, entre los elementos más importantes las declaraciones testimoniales de María Adela Pichilli y Karen Micaela Orozco. A su vez, en los autos N° P-17760/18 también tuvo por acreditado los hechos del requerimiento de citación a juicio, esto es que «[e]l día 28 de febrero de 2018, siendo aproximadamente las 20hs, en oportunidad en que la víctima Adriana Edith Pichilli se encontraba frente al SUM del Barrio Brandsen de la Ciudad de Rivadavia, Germán Ariel Fernández Pichilli, desde el interior de un vehículo de color blanco, le manifestó “vieja reculiada, son todos unos pacos; ustedes son los que me mandan los milicos, ya me la van a pagar ustedes, vos y tus hijos; no los voy a dejar vivir en paz”».

En este caso, y para llegar a la decisión señalada, el tribunal de la instancia anterior valoró entre los elementos preponderantes: la declaración testimonial de Adriana Edith Pichilli.

2.- Recurso de casación

Los motivos de la defensa se enmarcan en las disposiciones el art. 474 inc 2 del CPP. Al respecto considera que la sentencia recurrida se encuentra viciada de nulidad absoluta por dos circunstancias: a) no respetar las formalidades establecidas por la ley para que el proceso pueda desembocar en una sentencia válida, como es la falta de motivación y, b) no observar en la valoración de la prueba las reglas de la sana crítica racional.

a.- Falta de motivación o fundamentación de la sentencia en perjuicio del imputado

a.i.- En relación a los autos P-15916/18, la defensa argumenta que la sentenciante se limitó a detallar que el delito de amenazas coactivas se encontraba acreditado por el relato creíble y lleno de dolor de la víctima –por la pérdida de su padre y por el consumo de drogas de su hijo– y, además, que se encontraba corroborado por el relato de su nieta Karen Micaela Orozco –quien nunca se presentó al debate oral, a pesar de encontrarse debidamente notificada–.

Asimismo, sostiene que la sentenciante omitió mencionar las razones por las que no tuvo en cuenta el resto de los elementos de prueba –las demás testimoniales–, los que según su entender son decisivos en la acreditación de los extremos probados.

Es decir, considera que el tribunal tuvo por probado el hecho objeto de la acusación con el sólo sustento de la credibilidad del relato de la víctima, sin analizar el testimonio de Gonzalo Fernández –hijo de la denunciante–, quien manifestó de forma clara y concreta que no tenía problemas de drogadicción.

Además, la defensa hace referencia a que la adicción de Gonzalo Fernández no se encuentra corroborada por otros elementos probatorios obrantes en autos.

a.ii.- En cuanto a los autos P-17760/18, entiende que los extremos fácticos están probados por el relato de la víctima Adriana Edith Pichili. Sostiene que la sentenciante considera a ese relato creíble «a medias» porque sólo da credibilidad a la mitad del relato, y no así a la existencia del arma, por la sola circunstancia que la víctima «no da especificaciones del arma».

Argumenta que en ambas causas la sola mención de que «se ha analizado el plexo probatorio conforme a las reglas de la lógica, la psicología, el sentido común, y la experiencia, que dan contenido al método de la sana crítica racional, apreciada como el recto entendimiento humano», no suple la falta de fundamentación, atento a que no refiere cual es el análisis lógico llevado a cabo en la motivación de la sentencia.

b.- Inobservancia de las reglas de la sana crítica racional en la valoración de la prueba

Advierte la existencia de una decisión arbitraria en cuanto al mérito de la prueba. Argumenta que la sentenciante considera que los relatos de las víctimas resultan creíble en virtud de la problemática que aparentemente existía entre la familia del imputado y las víctimas, quitando todo nivel probatorio a las demás constancias obrantes en auto, y cercenando arbitrariamente la posibilidad de una «interpretación distinta», que según su entender, es factible dados los elementos incorporados en la causa.

Estima que la sentenciante se apartó de las reglas de la sana crítica racional, al incluir en su fundamentación extremos que no fueron debidamente acreditados, como por ejemplo: i) que la problemática familiar –muerte del padre de las víctimas– haya sido el detonante de las amenazas vertidas por el imputado. Al respecto, considera que quedó demostrado durante el debate que eran las denunciantes –María Adela Pichili y Adriana Edith Pichili– las que tenían una animosidad hacia el imputado y no viceversa; ii) que Gonzalo Fernández –hijo de María Adela Pichili– tenía un problema de adicción de estupefacientes. Argumenta que tal situación no se encontraba acreditada, más que por los dichos de su madre y que era el sustento de las amenazas endilgadas, lo cual no se ajusta a las reglas de la sana crítica

racional. A su modo de ver, resulta extraño que su hijo Gonzalo y su nieta Micaela Orozco, no hayan declarado en favor de lo denunciado por María Adela Pichili; y, iii) que la sentenciante omitió valorar –sin fundamentar por qué– la testimonial de Matías Rodríguez –testigo presencial–, quien en la audiencia de debate declaró que en la discusión no hubieron amenazas por ninguna de las partes. Hace expresa reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General considera que debe rechazarse el recurso de casación articulado, convalidando la sentencia impugnada.

Entiende que los hechos bajo análisis han sido correctamente calificados por la sentenciante. En tal sentido, advierte que la juzgadora elaboró su razonamiento exponiendo las razones por las que entendía que los hechos se encontraban acreditados y la calificación que les correspondía para su encuadre legal.

Sostiene que no se advierte defecto alguno en la motivación de la sentencia y los argumentos vertidos en el recurso no alcanzan a desvirtuar los fundamentos dados por la sentenciante. Conforme lo expuesto, considera que el recurso formulado no puede prosperar.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Atento a los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso de casación interpuesto por la defensa debe ser rechazado. Esto en razón que la resolución impugnada no adolece de los vicios procesales que le endilga.

Para comenzar entiendo oportuno destacar, que me he expedido en innumerables causas cuyas víctimas son mujeres, en términos que en lo pertinente resultan aplicables al sub lite (**«Morales Quiroga»; «Cruz Capariccio»; «Merlo Lassa»; «Ojeda Pérez»; «Vázquez Tumbarello»; «Brancello Urbón»; entre otras**), afirmando que «[...] uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo.

A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables».

Luego de realizar tal aclaración, debe señalarse que si bien la motivación de la resolución cuestionada es escueta resulta suficiente a los efectos del mantenimiento del dictum como acto procesal válido, no adoleciendo de falencias que impliquen su anulación.

Ello a luz de la reiterada jurisprudencia de esta Sala, en el sentido de que tales defectos, para conllevar esa extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (**LS 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177**), lo que en autos no ocurre.

En efecto, considero que el tribunal de juicio se valió de la prueba incorporada debidamente al debate, interpretando adecuada y contextualmente los elementos que integran el plexo de acuerdo a las reglas de la sana crítica racional, cuyo apartamiento el censurante no ha podido demostrar, por lo que sus agravios constituyen simples afirmaciones personales que no logran conmovir la validez de la resolución cuestionada.

Así, surge que basó su decisión en el cuadro probatorio reunido, el que se encuentra integrado principalmente, en los autos n° P-15916/18 por el testimonio de la víctima María Adela Pichilli, al que consideró, acertadamente a mi modo de ver, «[c]reíble y trasvasado por el dolor ocasionado por la pérdida

de su padre y la problemática de la severa adicción a las drogas que sufriría su hijo, la que sería provista por el imputado, quien reclamaba el pago de la mismas» (fs. 128 vta.).

Además, la a quo valoró la declaración de Karen Micaela Orozco –nieta de la víctima– (fs. 12), quien corroboró los dichos de la denunciante, manifestando al respecto que «[o]bservó cuando Germán Fernández llegó a la casa de su abuela, y desde el interior del auto [...] le dijo: “Y vos vieja culiada preparate porque te voy a quemar, te voy a cagar a tiros”» (fs. 128 vta.).

La valoración de estos elementos resultó de fundamental importancia para la sentencia para la acreditación del hecho atribuido al acusado, no advirtiendo que se configuren los vicios pretendidos por la defensa en relación a aquella labor.

En otro orden, entiendo que no puede prosperar los agravios dirigidos a cuestionar que la sentenciante omitió mencionar por qué razón no tuvo en cuenta, en la acreditación de los extremos probados, las declaraciones testimoniales de Gonzalo Fernández –hijo de la denunciante–, de Matías Rodríguez –testigo presencial– y de José Luciano Arayes –amigo del acusado–, y que en su fundamentación incluyó términos que no fueron debidamente acreditados, como por ejemplo que la problemática familiar y que el problema de adicción a estupefacientes de Gonzalo Fernández fueron el detonante de las amenazas endilgadas por el acusado.

Ello, en tanto el recurrente no logra explicar debidamente la decisividad de los supuestos cuestionamientos, así como tampoco explica por qué razón su valoración haría variar la solución adoptada.

En este sentido, para determinar si la prueba omitida de valoración es decisiva o no, se debe recurrir al método de la inclusión o exclusión mental hipotética, por lo que una prueba es decisiva y afecta la motivación, si mentalmente se la incluyera o excluyera en el análisis probatorio y las conclusiones hubieran sido distintas.

En el caso concreto, si mentalmente se incluyeran las mencionadas testimoniales y se excluyeran los referidos términos la conclusión seguiría siendo la misma, en tanto la sentencia se sustenta en elementos de juicio suficientes y válidos, explicando el tribunal de la instancia anterior el mérito que ha dado a las declaraciones testimoniales de las víctimas, sin encontrar – como ya se dijo– en sus razonamientos ningún vicio decisivo que invalide la motivación en la que se funda la sentencia atacada.

Asimismo, se advierte que el cuadro probatorio en los autos n° P-17760/18, se encuentra constituido por la testimonial de Adriana Edith Pichilli –tía del imputado–, quien expresó que «[s]u sobrino Germán Fernández, desde el interior de un vehículo, le manifestó “vieja re culiada, son todos unos pacos; ustedes son los que me mandan los milicos, ya me la van a pagar ustedes, vos y tus hijos; no los voy a dejar vivir en paz”» (fs. 129 vta.).

En efecto, la sentenciante también consideró acertadamente que su deposición, al igual que el de María Adela Pichilli, se encontraba enmarcada por el dolor de la problemática que rodeaba a todo el círculo íntimo familiar. Estimo, por lo tanto, que no hay motivos para poner en duda las declaraciones de las víctimas y de la testigo, elementos determinantes en la acreditación de la intervención en los hechos de Germán Fernández, tal como lo pretende el recurrente.

En definitiva, y por las consideraciones hasta aquí expuestas, entiendo que el tribunal de mérito ha logrado llevar adelante una correcta reconstrucción histórica de los sucesos, que responden a una valoración racional de los elementos de prueba obrantes en autos, sin que los agravios expuesto por la defensa del imputado logre conmover los términos de la acusación dirigida en contra de su asistido, lo que permite confirmar la validez de la sentencia condenatoria.

Por todo lo expuesto, y en opinión coincidente con la vertida por el Procurador General, debe contestarse de manera negativa la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazarse el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Comparto la solución a la que llega mi distinguido colega de Sala y en lo referente a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria con perspectiva de género entiendo oportuno remitirme a lo señalado en los **precedentes «Mejía, Salvador» y «Di César Morales»**, los que entiendo aplicables al presente caso. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Puesto a resolver la cuestión planteada debo señalar que coincido con la solución a la que llega mi colega preopinante. En lo referente a la valoración probatoria con perspectiva de género, entiendo oportuno remitirme, en lo pertinente, a lo señalado en los precedentes **«Galdeano Reyes»; «González Pringles» y, especialmente, «Alaniz Pineira»**.

En esta última oportunidad señalé, en términos aplicables al sub lite, que «[...] la desigualdad del hombre y la mujer construida a partir de patrones socioculturales, da lugar a la violencia estructural contra la mujer que encuentra su fundamento en las relaciones desiguales y jerarquizadas entre los sexos».

En función de ello, sostuve que «[...] en el presente caso, donde la víctima es una mujer y que por el contexto en que se desarrollaron los hechos podemos sostener que se encontraba en una situación de vulnerabilidad y desventaja en relación al imputado, son de entera aplicación los conceptos sobre violencia establecidos en las distintas normativas internacionales y nacionales y, por consiguiente, adquiere plena vigencia el deber de los Estados partes de tomar todas las medidas para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer en todas sus manifestaciones (art. 2 de la Convención «Belém do Pará»; y arts. 4 y 5 de la ley 26.485, de protección integral a las mujeres)».

En definitiva, me interesa destacar que en hechos donde la mujer es víctima de violencia en sus distintas manifestaciones no puede prescindirse de un abordaje integral de la temática analizada a fin de lograr una solución justa en el caso concreto. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO, adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO, adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

1.- Rechazar el recurso de casación interpuestos por la defensa de Germán Ariel Fernández Pichilli.

2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.

3.- Tener presente la reserva federal efectuada.

4.- Remitir las presentes actuaciones al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

10- ALVAREZ VEGA. 06-07-20.

| | | | | | | | | | | | | | | |
|-----------|----|----|------|------------|------------|------------|------------|------------|------------|------------|------------|----------------|---|------------|
| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
| VG | - | - | | PCC | - | - | A | - | - | - | - | - | - | 474 |

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200707_FcAVM.pdf

Lex: Art. 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto del CP. Ley 26485. CEDAW. Convención Belem Do Pará.

Vox: VG. Amenazas simples. Valoración de la prueba. Perspectiva de género.

Summa:

El JPC condenó al señalado a la pena de **seis meses de prisión con los beneficios de ejecución condicional**, como autor penalmente responsable del delito de amenazas simples (art. 149 bis párr. 1°, primer supuesto del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 2287 (08-02-19), pronunciada por el JPC N° 1- 3° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Galdeano Reyes. 31-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180731_FcGRJ.pdf
- Merlo Lassa. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=243>
- Concha Jesús. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- Alaniz Pineira. 23-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=37>
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>
- Di Cesare Morales. 26-06-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=156>
- Mejía Salvador. 10-09-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=197>

SCJM. Dres.: **Valerio.** Adaro. Palermo

Fallo:

CUIJ: 13-04743175-6/1((038501-76506)) FC/ A.V.M.A. P/ AMENAZAS (76506) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104820628*

En Mendoza, a los siete días del mes de julio del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04743175-6/1 caratulada “FC/ A.V.,M.A. P/AMENAZAS SIMPLS S/CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. MARIO D. ADARO, y tercero el DR. OMAR A. PALERMO.

A fs. 44/51, el defensor del acusado M.A.A.V. interpone recurso ordinario de casación contra la sentencia N° 2.287 de fecha 28 de febrero de 2019 (fs. 27/28) y sus fundamentos que obran en soporte digital, mediante la cual se condenó al nombrado a la pena de seis meses de prisión con los beneficios de ejecución condicional, como autor penalmente responsable del delito de amenazas simples (art. 149 bis párr. 1°, primer supuesto del CP) que se le atribuye en el marco de los autos N° P-76.506/18.

El pronunciamiento fue dictado por el Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Tercera Circunscripción Judicial. De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

El tribunal impugnado resolvió del modo precedentemente señalado, al entender que la totalidad de las pruebas incorporadas a la causa le permitía tener por acreditado que los hechos ocurrieron tal como fueron referidos por la acusación fiscal, esto es, que «el día 17 de septiembre de 2018, siendo la hora 23:00 aproximadamente, S.C.P. R., víctima de autos, se encontraba en su domicilio sito en calle ..., oportunidad en que se hizo presente en el lugar su ex pareja M.A.A.V., quien previo a discutir le manifestó “te voy a hacer mierda, ya vas a estar sola”» (ver fundamentos, fs. 470 y vta.).

Para llegar a esa conclusión, valoró especialmente la declaración de la víctima – S.C.P.R.– y su correspondencia con el testimonio de su prima –S. E.R.– y de la pareja de esta última –M.G.S.–; así como el resultado del examen psíquico practicado en el Cuerpo Médico Forense a la denunciante (fs. 62).

2.- Recurso de casación

La defensa del enjuiciado promueve su impugnación extraordinaria contra la sentencia arriba individualizada conforme a los incisos 1 y 2 del art. 474 del CPP, esto es, por considerar que existen vicios in iudicando e in procedendo en el razonamiento desplegado que la descalifican como acto jurisdiccional válido.

Entre los vicios formales, el recurrente cuestiona que el tribunal a quo exagera al valorar los hechos puesto que no existe en autos ningún elemento probatorio que demuestre la existencia de amenazas ni de violencia de parte de su representado, quien sí fue víctima de alguna de aquellas.

Por el contrario, advierte que todos los relatos coinciden en que el acusado fue al domicilio de la supuesta víctima acompañado de su pareja para llevarle el dinero que le fuera solicitado, y que en ningún momento fue con intenciones de amenazar a persona alguna.

Desde allí, sostiene que esos testimonios no han sido correctamente analizados por el sentenciante, especialmente las declaraciones de M.G. –pareja del imputado– cuando relató, en forma concisa y creíble, que en ningún momento escuchó algún tipo de amenaza.

Sostiene que tampoco la sentencia expresa las razones por las que se entiende acreditada la existencia del elemento subjetivo del ilícito en cuestión.

Por otra parte, refiere que el monto de pena aplicado resulta excesivo dado que, para su determinación, el sentenciante crea hechos y circunstancias inexistentes y, además, se aparta de lo normado por los arts. 40 y 41 de CP.

En base a todo ello, y de acuerdo a la normativa nacional e internacional que invoca a su favor, solicita se revoque por contrario imperio lo decidido por el tribunal a quo y se absuelva al acusado del delito enrostrado.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General, tras evaluar la procedencia formal del recurso incoado por la defensa del acusado, advierte que debe ser rechazado sustancialmente.

En cuanto a los agravios formales alegados por el recurrente, considera que la sentencia luce adecuadamente fundada, en tanto el sentenciante contó con los elementos probatorios necesarios para lograr la certeza requerida para el dictado de una sentencia condenatoria en cuanto a la existencia de los hechos investigados y la autoría del imputado en los mismos.

En tal sentido, refiere que la credibilidad del testimonio de la víctima fue debidamente explicada a partir del examen psicológico que le fuera practicado.

Respecto de la versión del imputado y de su pareja, advierte que sus declaraciones no fueron omitidas en la sentencia, sino que el juzgador entendió que los dichos de ésta última no permitían alterar el cuadro probatorio cargoso existente contra el acusado, dado que la nombrada estaba en el interior del automóvil y no escuchó nada.

Descarta que la sentencia sea arbitraria, considerando que los vicios alegados por el recurrente sólo reflejan su discrepancia, en legítimo ejercicio de su cargo, respecto de la interpretación dada por el tribunal a quo al plexo probatorio incorporado a la causa.

En cuanto al agravio defensivo respecto de la pena impuesta, sostiene que el monto aplicado no aparece como desproporcionado ni carente de fundamentación, además de no apreciarse arbitrariedad alguna.

En definitiva, entiende que debe rechazarse el recurso de casación intentado y, en consecuencia, confirmarse en su totalidad la sentencia impugnada.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Analizado el recurso casatorio promovido por el defensor del imputado y el acto sentencial impugnado, entiendo que aquel no puede ser acogido favorablemente por cuanto –en mi opinión– la sentencia no adolece de ninguno de los vicios denunciados. Paso a explicarlo.

4.1. Preliminarmente, me parece importante destacar que ha resultado una tarea sumamente **difícil** la **comprensión de la impugnación** objeto de la presente decisión, ante la deficiente técnica recursiva empleada por el asistente jurídico del imputado.

Muestra latente de ello resulta de observar el modo en que el recurrente esgrime los argumentos en los que sustenta la crítica casatoria impetrada.

No sólo resulta defectuosa la calificación que efectúa en cuanto al vicio fundante de la censura, puesto que si bien lo cataloga como de juzgamiento –in iudicando–, en realidad la queja versa sobre normas de tipo adjetivo –in procedendo– (ver recurso, fs. 46 vta.). Sino que más sorprendente resulta el equívoco en el que incurre esa parte cuando cuestiona que el mecanismo de mensuración de la pena utilizado por el juzgador.

En este punto, por un lado señala que «en la valoración en relación a la condena con respecto de la pena, no existió en el Tribunal un real y acreditado estudio, llegando a decidir sobre el monto de pena sin fundamentar acabadamente los elementos de juicio que lo motivaron para concluir aplicar la absolución de ambos imputados» (ver recurso, fs. 48 vta.).

Mientras que, por otro lado, peticiona a esta Sala que «revoque por contrario imperio lo decidido, aplicando a los imputados la pena de dos años de prisión por el delito previsto en artículo 181 inc. 1° del Código Penal Argentino» (ver recurso, fs. 51).

No obstante ello, estimo que esas irregularidades detectadas no pueden provocar per se que este Tribunal omita analizar íntegramente la sentencia condenatoria cuestionada, desde que tales defectos en la fundamentación jurídica del recurso impetrado no impiden –en este caso– que la sentencia sea revisada por un tribunal jerárquicamente superior.

Puesto que, aún en tales condiciones, es posible individualizar los motivos de censura incoados por el presentante y, con ello, la pretensión de impugnación cumple con los requisitos argumentales que la habilitan como acto comunicativo procesalmente apto para transmitir su mensaje desaprobatorio de la decisión cuestionada.

4.2. Dirimida esta cuestión, y conforme los lineamientos brevemente expuestos de forma precedente, corresponde ahora ingresar en el tratamiento de los **agravios vertidos** por el recurrente.

4.2.1. El primer punto de agravio referido por la defensa crítica, en esencia, hechos corroborados por el tribunal de sentencia en tanto señala que no existen elementos de prueba que acrediten que el acusado amenazó a la denunciante, sino que, a esa conclusión, el sentenciante habría arribado mediante una errónea valoración del plexo probatorio incorporado, especialmente de los testimonios recogidos durante el debate.

Este vicio, a criterio del casacionista, determinaría el carácter arbitrario del fallo y su descalificación como acto jurisdiccional válido.

Sin embargo, aprecio que la resolución en análisis no padece defecto alguno y su motivación –aun cuando escueta– resulta suficiente para su mantenimiento como acto jurisdiccional válido, desde que no adolece de falencias que impliquen su anulación.

Ello a la luz de la reiterada jurisprudencia de esta Sala, en el sentido que tales defectos, para conllevar tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (**L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros**); lo que en la especie no ocurre. Considero que la valoración de las pruebas aportadas en el juicio fue adecuadamente realizada por el juzgador de acuerdo con los principios que inspiran la sana crítica racional.

De tal manera, en la sentencia no sólo se observa un adecuado análisis de la hipótesis acusatoria, la cual entiende debidamente probada, sino también un estudio de la hipótesis defensiva, la que es refutada con argumentos que se comparten en esta instancia.

Previo a continuar con el análisis del agravio formulado por el recurrente, considero oportuno destacar que, el caso bajo análisis, presenta todos los matices que son propios a la violencia de género.

Ese aspecto supone suponer referir aquí que la sentencia cuestionada ha cumplido con el deber jurídico de efectuar el abordaje de las cuestiones debatidas desde una perspectiva integral en relación a los criterios de valoración señalados en la Ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollan sus relaciones interpersonales. De lo expuesto considero oportuno señalar que al momento de resolver el sentenciante asumió una perspectiva integral en relación a los criterios de valoración señalados en la **Ley 26.485**, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollan sus relaciones interpersonales. En este sentido debo señalar que sobre la cuestión tuve ocasión de pronunciarme en diversos precedentes (“**Cruz Caporiccio**”, “**Merlo Lassa**”; “**Quiroga Morales**”; “**Ojeda Pérez**”; “**Vázquez Tumbarello**”; **entre otros**).

En especial en “**Ojeda Pérez**” sostuve que «[...] comparto que aquella concepción según la cual la perspectiva o visión de género es una “categoría analítica que toma los estudios que surgen desde las diferentes vertientes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma, cuestionar los estereotipos y elaborar nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad al servicio de la igualdad y la equidad” (UNICEF, “**Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas**”, Buenos Aires, 2017).

Destaco la idea de igualdad contenido en la definición en tanto se encuentra no sólo consagrada expresamente en el texto constitucional (art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza), sino, también, en el ámbito de la normativa internacional. Así, entre otros, la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” - Belem Do Pará -, garantiza que toda mujer tiene “el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley” (art. 4, inc. “f”).

Señalé también en esa ocasión que «[...] en nuestro ordenamiento interno, la ley nacional 26.485 es una norma orientada pura y exclusivamente a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las "mujeres".

En tal sentido, entre sus objetivos primordiales, el propio texto promueve y garantiza “la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida”, “el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia”, “las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos”, como también, “la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres”(art 2, inc. a, b, c y e respectivamente)».

Así, «[...] ese texto normativo vino a imponer un verdadero “deber jurídico” para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas.

Sus destinatarios directos son aquellos sujetos que integran los órganos decisores en el marco de los procesos judiciales penales, ya sea por el lado de quienes resultan facultados para disponer sobre el curso de investigación, como también, respecto de quienes son los encargados de su juzgamiento».

Ese deber jurídico no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley. Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que «los organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativos, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional [...] los siguientes derechos y garantías: i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son sus naturales testigos [...]» (**art. 16**)».

Ahora bien, «[...] además de ese deber genérico, ya en el terreno que resulta propio a la actuación de los órganos de justicia dentro de los procedimientos jurisdiccionales penales, el texto legal contiene dos normas que consagran lineamientos funcionales para los operadores del sistema de administración de justicia en el abordaje de la problemática de género.

En consonancia con el sistema de protección integral, se consagra el principio de «amplia libertad probatoria» para tener por acreditados “los hechos denunciados, evaluándose las pruebas ofrecidas de acuerdo con el principio de la sana crítica. Se considerarán las presunciones que contribuyan a la demostración de los hechos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes” (**art 31**)».

De tal manera «[...] el texto legal vigente [ley 26.485] no introduce un nuevo método de valoración probatoria para los casos de violencia de género, puesto que siempre la prueba debe valorarse conforme al sistema de la sana crítica racional (art. 206 y 409 del CPP).

A mi modo de ver, la imposición de un método de valoración de la prueba como herramienta obligatoria para el abordaje de esta problemática, se justifica ante la necesidad de evitar que los órganos jurisdiccionales decisores puedan apartarse en la adopción de decisiones, del contexto fáctico que es propio a este género de conductas delictivas».

Así, «[...] el acierto de la ley consistió en establecer, en forma igualitaria, un método de valoración que evite la discriminación que en ocasiones ocurría por prácticas derivadas de la cultura jurídica patriarcal inquisitiva, que se transformaron en consuetudinarias, y que era necesario erradicar.

Repárese que es la propia Convención Belem Do Pará donde se fija, como un deber de los Estados el “tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer” (art. 7, inc. “e”)».

Ello no resulta novedoso para la labor jurisdiccional en razón de que «[...] siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba –objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento. Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto.

Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas».

Conforme a lo expresado «[...] es el contexto en el que se inserta el hecho delictivo el que viene a determinar el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio. Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres el testimonio de la víctima ostenta un valor fundamental en la comprobación de los extremos de una imputación delictiva, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la responsabilidad penal derivada del mismo».

De tal manera «[...] uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo.

A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables».

De no proceder de esta manera estaríamos recreando la sociedad estamental –con características propias– del Estado premoderno, lo que implicaría una vulneración del principio de igualdad –que, como ya dije, se encuentra consagrado en el art. 16 de la CN y 7 de la CM–, el que, a su vez, constituye uno de

los pilares de la República Federal. A lo señalado debe sumarse, tal como destacó en el precedente **«Vázquez Tumbarello»**, la relevancia de la ley 27.499, denominada «Ley Micaela», en tanto dispuso la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra la mujer para todas las personas que desempeñen la función pública, en cumplimiento del objetivo señalado.

En coincidencia con aquella normativa la Acordada n° 29.318 de esta Suprema Corte de Justicia, y su anexo «Programa de capacitación permanente para la incorporación de la perspectiva de género en el marco de la Suprema Corte de Justicia».

Así, con fundamento en el principio de igualdad y la consecuente prohibición de discriminación, se dispusieron una serie de acciones concretas para asegurar la «igualdad real» de las mujeres en sus relaciones interpersonales.

En conclusión, entiendo que la trascendencia de la ley 26.485 radica no en conformar un estatus jurídico distinto aplicable a la mujer, sino que mediante la capacitación dirigida a los funcionarios públicos y, en lo que aquí interesa, a funcionarios y magistrados del poder judicial, se otorgue una perspectiva para valorar los elementos probatorios bajo el prisma de la igualdad consagrada en la normativa nacional.

Ella debe estar despojada de estereotipos y prácticas relacionadas con la cultura jurídica patriarcal-inquisitiva, plasmada en usos y costumbres que importaron, e importan, prácticas que impiden poner en contexto los medios convictivos al momento de su ponderación.

Estas consideraciones, como adelanté, las entiendo plenamente aplicables al caso por cuanto nos encontramos frente a un supuesto de violencia de género en donde el tribunal de instancia anterior ha tenido en cuenta los parámetros antes referidos al momento de la ponderación de los elementos de prueba obrantes en la causa.

Reconducidos ahora en el tratamiento del agravio propuesto, conforme se desprende de la reproducción del soporte digital en el que constan los fundamentos del fallo en revisión, el sentenciante tuvo por acreditadas las premisas fácticas sobre las que sustentó su teoría del caso el órgano acusador.

Para ello, y en consonancia con las características modales que asumieron los hechos investigados, acertadamente estimó como prueba de cargo relevante el testimonio dado por la víctima del comportamiento delictivo, al que estimó creíble y consistente luego de analizar intrínsecamente su relato y, además, confrontar sus dichos con otros elementos de corroboración periférica.

Entre ellos, las declaraciones de testigos directos y presenciales del hecho, además del resultado del examen psicológico realizado a la denunciante en el Cuerpo Médico Forense (ver registro audiovisual, audiencia del 28/02/2019, a partir de 0:39:04).

Ello me permite compartir las conclusiones a las que arribó el sentenciante acerca de los extremos de la imputación delictiva que aparecen atacados por el recurrente, por cuanto no se advierte margen que permita dudar acerca de que, efectivamente, el imputado amenazó verbalmente a la denunciante. En primer lugar, cabe destacar que la víctima ha sido absolutamente clara y constante cada vez que tuvo oportunidad de declarar acerca de lo acontecido. Prueba de ello resulta de apreciar que, desde el momento en que radicó la denuncia, como al tiempo de declarar durante el debate, se pronunció en términos centralmente coincidentes en cuanto a describir que, encontrándose ella en el interior de su domicilio, se apersonó el imputado golpeando el portón de su casa. Que, al salir a su encuentro, comenzó una discusión en la que el acusado le gritó y la insultó, además de que, en un determinado momento, la amenazó diciéndole «te voy a hacer mierda, ya vas a estar sola».

Situación que le provocó «mucho miedo» (ver fs. 01/04). Agregó que este contexto de violencia fue presenciada por su prima –S.R.– y por la pareja de ésta –M. S.–, quienes intervinieron en el hecho, logrando que el acusado cesara en su acción y se retirara del lugar.

En segundo lugar, como bien lo apunta el magistrado de la instancia anterior, la credibilidad del testimonio de la víctima aparece corroborada con los testimonios de los dos testigos señalados –R. y S.–, quienes, en forma concurrente y coincidente, dieron cuenta de la existencia de las amenazas preferidas por el imputado al describir la dinámica del suceso en el mismo sentido en que reiteradamente lo hizo la denunciante.

Ambos afirmaron que el imputado amenazó a S.P. y que, incluso, esta no era la primera oportunidad en que eventos similares se producían entre ambos (ver declaraciones, fs. 53 y 54). Incluso ambos utilizaron la misma terminología para identificar cuáles fueron las palabras de las que se sirvió el acusado para materializar el amedrentamiento. Repárese que la credibilidad de estos testimonios no ha sido puesta siquiera en duda por el recurrente.

Completa el cuadro probatorio el informe del examen psicológico/psiquiátrico realizado a la víctima, mediante el que se estableció que su discurso presentaba «elementos de credibilidad», además de indicarse continuidad con tratamiento psicológico (fs. 62). Teniendo en cuenta lo expuesto, considero que el análisis de las pruebas mencionadas no sólo acredita la existencia material del comportamiento atribuido al encartado sino que, además, permite descartar el descargo ensayado por el recurrente en esta etapa procesal, al demostrar la intervención responsable del imputado en los hechos y la materialidad de lo denunciado. Así, la queja del letrado defensor relativa a que el juez de instancia anterior interpretó de una manera distinta a la que él estima correcta el testimonio de M.G. –pareja del imputado–, no puede tener acogida favorable en esta instancia. Al respecto, observo que la queja defensiva sólo evidencia una mera discrepancia del impugnante con el criterio valorativo del juzgador en la ponderación de dicha declaración, por ser adversa a los intereses que representa y sin aportar en esta instancia argumentos que permitan desvirtuar aquella valoración. En este sentido, basta con mencionar que el juez de la causa apreció, del mismo modo que lo postula la defensa, que esa testigo no escuchó las amenazas proferidas por el acusado contra la víctima. Pero, al interpretar ese aspecto, lo hizo de modo distinto al pretendido por el casacionista, ya que derivó esa falta de percepción auditiva del lugar en que se encontraba la testigo en cuestión.

Así, tuvo por acreditado que ésta se hallaba en el interior del vehículo que fue utilizado por Á. para dirigirse al domicilio de la denunciante, lo que le impidió, en los hechos, poder saber a ciencia cierta qué fue lo que sucedió (ver registros audiovisuales, 0:40:35).

Por lo demás, no puedo dejar de compartir con la sentencia de que los dichos del encartado fueron idóneos para alarmar a la denunciante en el contexto en que fueron vertidos, a punto tal que en la audiencia de debate pidió que no estuviera presente el encausado. En definitiva, y como lo anticipara, de lo expuesto advierto que el Tribunal de Juicio llegó a la certeza necesaria –descartando la existencia de un estado de duda– para adoptar la decisión que aquí se cuestiona, plasmando su análisis en una resolución sin arbitrariedades y motivada de una manera lógica y convincente en cuanto a la acreditación del hecho y la intervención del acusado en el mismo.

4.2.2. Por su lado, considero que el segundo punto de crítica, relativo a la mensuración de la pena de M.A.A.V., tampoco puede ser recibido en esta instancia. Ello por cuanto, de conformidad con los argumentos dados por el letrado defensor en su escrito de interposición del libelo casatorio, no radica en cuestionar la interpretación y aplicación de las pautas legales de mensuración de la respuesta punitiva

determinada por el sentenciante, sino que se inclina nuevamente a poner en tela de juicio la acreditación de los hechos tenidos aparece enderezada a cuestionar nuevamente la acreditación de los hechos, y no los parámetros de mensuración utilizados por el sentenciante para la determinación de la pena.

Además de ello, y dejando de lado las deficiencias previamente apuntadas en orden a la argumentación de este segmento de la censura, no se evidencia vicio alguno en la determinación del quantum punitivo, toda vez que el tribunal de sentencia ha condenado al nombrado aplicando el mínimo legal, de acuerdo a la escala penal prevista en abstracto para este tipo de ilícito –seis meses de prisión–, disponiendo incluso que su ejecución sea de cumplimiento condicional (art. 26 del CP).

Monto de pena que también fue el requerido por la representante fiscal en sus alegatos de clausura, y que incluso, de modo subsidiario a sus planteos, también contara con la solicitud del hoy casacionista. Por las razones precedentemente expuestas, entiendo que los agravios deducidos no deben prosperar y, en coincidencia con lo expuesto por el Señor Procurador General, corresponde contestar negativamente la primera cuestión planteada, confirmándose la sentencia impugnada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, EN VOTO AMPLIATORIO, DIJO: Puesto a resolver la cuestión planteada debo señalar que coincido con la solución a la que llega mi colega preopinante y, en consecuencia, estimo que debe responderse de manera negativa a la primera cuestión planteada. En lo referente a la valoración probatoria con perspectiva de género, entiendo oportuno remitirme, en lo pertinente, a lo señalado en los precedentes «**Galdeano Reyes**»; «**González Pringles**» y, especialmente, «**Alaniz Pineira**». ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Puesto a resolver el recurso casatorio promovido coincido con la solución a la que llega mi colega preopinante y, en cuanto a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género, me remito a lo oportunamente señalado en «**Di Cesare Morales**», «**Mejía Salvador**» y «**Narvárez Videla**» por resultar aplicable en ese aspecto el presente caso. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se terminó el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa del imputado.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.

3.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

11- GONZALEZ LUCERO. 22-07-20.

| | | | | | | | | | | | | | | |
|-----------|----|----|------|------------|------------|------------|------------|------------|------------|------------|------------|----------------|---|------------|
| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
| VG | - | - | | PCE | - | - | A | - | - | - | - | - | - | 474 |

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200722_FcGLR.pdf

Lex: Art. 149 bis, 2° párrafo del CP. Ley 26585. Convención Belem Do Pará.

Vox: VG. Coacciones. Estereotipos. Valoración de la prueba. Perspectiva de género.

Summa:

El TPC condenó al señalado a la pena de **dos años y tres meses de prisión en efectivo** como autor responsable del delito de coacciones (art. 149 bis, 2° párrafo del Cód. Penal).

La **defensa** interpone recurso de casación.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 386, pronunciada por el TPC N° 1-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Morales Quiroga.
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Merlo Lassa. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=243>
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>
- Brancello Urbón. 05-03-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=392>
- Galdeano Reyes. 31-07-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=242>
- Concha, Jesús. 20-09-18. https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- Alaniz Pineira. 23-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=37>
- Di Cesare Morales. 26-06-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=156>
- Mejía Salvador. 10-09-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=197>

Doctrina citada.

UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017

<https://www.unicef.org/argentina/media/1516/file/Perspectiva%20de%20q%C3%A9nero.pdf>

<https://www.unicef.org/argentina/informes/comunicaci%C3%B3n-infancia-y-adolescencia-guia-para-periodistas>

SCJM. Dres.: **Valerio.** Adaro. Palermo

Fallo:

CUIJ: 13-04735585-5/1((018601-69264)) FC/ G.L.R.S. P/ COACCIONES (69264) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104812653*

En Mendoza, a los veintidós días del mes de julio del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04735585-5/1 caratulada “F. C/ G.L.R.S. P/ COACCIONES...S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, Dr. JOSÉ V. VALERIO, segundo Dr. MARIO D. ADARO y tercero Dr. OMAR A. PALERMO.

La defensa oficial de R.S.G.L. interpone recurso de casación (fs. 205/210 vta.) contra la sentencia N° 386 en tanto condena al nombrado a la pena de dos años y tres meses de prisión en efectivo como autor responsable del delito de coacciones (art. 149 bis, 2° párrafo del Cód. Penal), pronunciamiento dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde? SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- Resolución recurrida

La sentencia establece que el 13 de julio de 2013, a las 23.30 horas aproximadamente, la víctima –H. R.– caminaba por calles ..., cuando advirtió que su ex pareja –el imputado– «...se encontraba sentado en un local. Al reconocerla al pasar se le acercó y le manifestó “vení, que te enganché”, la ciudadana R. le contestó que no, y le dijo “sentate o te doy con la botella en la cabeza, que no estoy ni ahí”. La denunciante sintió temor, por lo que se sentó y G. le manifestó “por qué me denunciaste pija culiada, yo reconozco que te golpeé y te hice daño, pero no seas tan culiada de mandarme en cana”. Ella le contestó que ya estaba todo hecho, en referencia a denuncias anteriores, y él le contestó “Andá a la Comisaría y levantame las denuncias, porque el 3 de julio me llegó una citación, y yo me presenté en la 27 y me escapé porque me dijeron que me iban a pintar los dedos”. Inmediatamente la ciudadana R. le dijo que se quería ir y G. le dijo “quédate ahí o te doy con la botella”, le pidió que se calmara y le dijo “mirá llevo el arma con dos balas, querés que te dé un tiro en la cabeza y me doy uno yo”.

Nuevamente le pidió que la dejara ir y le contestó “mirá, te la dejo clara, levantame la denuncia porque yo me como cuatro años o termino de pagar el abogado y te mato a vos y a una de tus hermanas”, luego él se levantó para ir al baño, aprovechando la víctima para retirarse del lugar» (fundamentos, fs. 194 vta./195).

2.- Recurso de casación

Se queja la defensora por la inexistencia de fundamentación y transgresión a las reglas de la sana crítica, alegando que la sentencia se basa sólo en la declaración de la víctima, que adolece de inexactitudes por el horario y la fecha.

Señala que a la medianoche del mes de julio es imposible que alguien se encuentre en la calle, y sin embargo, la denunciante dice que había mucha gente en el lugar.

Agrega que no es lógico que el imputado se levante para ir al baño, y que ella no se dirija a la policía inmediatamente, sino dos días después del hecho, como hizo, máxime cuando el imputado tenía un arma cargada, de acuerdo a lo que dijo. Indica que a fs. 21 se informa que no hay cámara de seguridad en el lugar, pero sí en ..., la que arroja un resultado negativo.

Refiere que no hay más testigos en la causa a pesar de que había mucha gente en el lugar, no habiéndose citado a los dueños del sitio donde ocurrieron los hechos o a su personal, careciéndose de una prueba objetiva y partiendo de una premisa que no es verdadera.

Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador opina que el recurso no puede prosperar, porque el presente constituye un hecho de violencia de género, cuya acreditación no escapa a las reglas generales de amplitud probatoria que le son propias a este tipo de delitos, revistiendo especial importancia en ellos la declaración de la víctima.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso de casación debe ser rechazado.

Ello por cuanto la motivación de la sentencia es suficiente a los fines de su mantenimiento como acto jurisdiccional válido, a tenor de la jurisprudencia de este Cuerpo en el sentido que los posibles defectos de la resolución, para conllevar la extrema solución de su nulidad, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (**L.S.186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros**), lo que en autos, a la luz de la revisión efectuada, no ocurre.

Así, se basa en las pruebas rendidas, en particular en el acta de denuncia de estos autos, al igual que en la formulada en el expediente por lesiones y amenazas, en el que fue sobreseído el encartado por prescripción, debidamente incorporadas según el registro de audio y video, sin oposición de la defensa (minuto 34:57 y siguientes); en la declaración de la denunciante durante el debate e informes médicos reunidos, los que fueron ponderados de conformidad con las reglas de la sana crítica racional, cuyo apartamiento la quejosa no demuestra.

Respecto del testimonio de la víctima, debe decirse que el mismo coincide en sus partes esenciales con los instrumentos precedentemente individualizados, que no fueron declarados falsos en un proceso penal, y por lo tanto, dan plena fe de su contenido.

Por ello, el agravio centrado en que sólo se tuvieron en cuenta para condenar, los dichos de la denunciante, carece de asidero, toda vez que su declaración encuentra corroboración en ellos, probanzas que fueron valoradas según el principio de unidad de la prueba adoptado por este Cuerpo, que impone la merituación de la prueba en su conjunto.

Ello por cuanto «... muchas veces la certeza se obtiene de probanzas, que individualmente estudiadas pueden aparecer como débiles o imprecisas, pero complementadas y unidas entre sí, llevan al ánimo del juzgador la convicción acerca de la existencia de los hechos denunciados», que es lo que ha acontecido en el sub lite (**L.S. 393-243, 382-107, 381-233, entre otros**).

Al respecto, el a quo indicó que en la audiencia oral y pública, la deponente recordó detalles que no figuraban en la denuncia, entre otros, que ella se encontraba allí porque trabajaba con el dueño del local de Este negocio está en las cercanías de donde fue abordada por su ex pareja, quien estaba en la vereda tomando cerveza y consumiendo cocaína cuando la coaccionó (registro audio-visual, 17:05 y siguientes).

Efectivamente, expresa el inferior que la víctima «... brinda detalles adicionales y contextuales del hecho, lo que le aporta verosimilitud y explica la relación entre la amenaza y la acción pretendida por el amenazante: que “quitara” la denuncia que había realizado en su contra» (fundamentos, fs. 193).

Esto, desde que la denuncia que allí se menciona data de un mes antes, y originó el expediente P-59.391/13 por amenazas simples, privación ilegítima de la libertad y lesiones leves dolosas agravadas por el vínculo en concurso real, en el que se sobreesayó al imputado, derivando de este extremo el juzgador, otro indicio más de la veracidad de la versión acusatoria, según manifiesta.

También convergen en la veracidad del relato que cuestiona la impugnante, los exámenes psíquicos que descartan fabulación o mitomanía en la víctima, así como el practicado al encausado, que rola a fs. 151, del que surge que tiende a minimizar los hechos que se le enrostran, al igual que sus consecuencias, ocultando y negando datos.

Por su parte, debe agregarse que el recurso no constituye una crítica razonada de la sentencia, sino que por el contrario, expresa la discrepancia de la letrada con el criterio del inferior en la valoración de las pruebas, sin que brinde adecuados motivos que conduzcan a la revocación del dictum, lo que impide que prospere según se ha dicho con antelación (**L.S. 400-240, 407-155, entre otros**).

A esto se suma que invoca ciertos datos –que la víctima no haya llamado a declarar como testigos a las personas que presenciaron los hechos, o al dueño del negocio; la falta de denuncia inmediata, tildando incluso de ilógica la afirmación de la víctima sobre que habían muchas personas en el lugar a las 23.30 horas, en la zona de los restaurantes de ..., un sábado del mes de julio, por el frío–, datos cuya irrelevancia surge sin más, frente al cuadro cargoso existente, debido a su falta de aptitud para modificar la decisión adoptada, a tenor del método de la inclusión mental hipotética (**L.S. 397-124, 397-177, 400-38**).

Además, soslaya la defensora que el delito en trato ha constituido un acto de violencia de género, y como tal, le son aplicables las pautas sobre la valoración probatoria en esta materia.

Efectivamente, según he puesto de resalto en **«Brancellou Urbón»**, en el sub lite el sentenciante asumió al momento de resolver, una perspectiva integral en relación a los criterios de valoración señalados en la Ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollan sus relaciones interpersonales.

En este sentido debo señalar que sobre la cuestión tuve ocasión de pronunciarme en diversos precedentes (**«Cruz Caporiccio»**, **«Merlo Lassa»**; **«Quiroga Morales»**; **«Ojeda Pérez»**; **«Vázquez Tumbarello»**; **entre otros**).

En especial en **«Ojeda Pérez»** sostuve que «... comparto que aquella concepción según la cual la perspectiva o visión de género es una “categoría analítica que toma los estudios que surgen desde las diferentes vertientes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma, cuestionar los estereotipos y elaborar nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad al servicio de la igualdad y la equidad” (UNICEF, **“Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”**, Buenos Aires, 2017).

Destaco la idea de igualdad contenido en la definición en tanto se encuentra no sólo consagrada expresamente en el texto constitucional (**art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza**), sino, también, en el ámbito de la normativa internacional.

Así, entre otros, la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” -Belem Do Pará-, garantiza que toda mujer tiene “el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley” (art. 4, inc. “f”).

Indiqué también en esa ocasión que «... en nuestro ordenamiento interno, la ley nacional 26.485 es una norma orientada pura y exclusivamente a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las "mujeres".

En tal sentido, entre sus objetivos primordiales, el propio texto promueve y garantiza “la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida”, “el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia”, “las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos”, como también, “la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres” (**art 2, inc. a, b, c y e respectivamente**)».

Así, «... ese texto normativo vino a imponer un verdadero “deber jurídico” para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas.

Sus destinatarios directos son aquellos sujetos que integran los órganos decisores en el marco de los procesos judiciales penales, ya sea por el lado de quienes resultan facultados para disponer sobre el curso de investigación, como también, respecto de quienes son los encargados de su juzgamiento».

Ese deber jurídico no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley. Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que «los organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativos, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional ... los siguientes derechos y garantías: i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son su naturales testigos ...» (**art. 16**)». Ahora bien, «... además de ese deber genérico, ya en el terreno que resulta propio a la actuación de los órganos de justicia dentro de los procedimientos jurisdiccionales penales, el texto legal contiene dos normas que consagran lineamientos funcionales para los operadores del sistema de administración de justicia en el abordaje de la problemática de género. En consonancia con el sistema de protección integral, se consagra el principio de «amplia libertad probatoria» para tener por acreditados “los hechos denunciados, evaluándose las pruebas ofrecidas de acuerdo con el principio de la sana crítica.

Se considerarán las presunciones que contribuyan a la demostración de los hechos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes” (**art 31**)».

De tal manera «...el texto legal vigente [ley 26.485] no introduce un nuevo método de valoración probatoria para los casos de violencia de género, puesto que siempre la prueba debe valorarse conforme al sistema de la **sana crítica racional (art. 206 y 409 del CPP)**.

A mi modo de ver, la imposición de un método de valoración de la prueba como herramienta obligatoria para el abordaje de esta problemática, se justifica ante la necesidad de evitar que los órganos jurisdiccionales decisores puedan apartarse en la adopción de decisiones, del contexto fáctico que es propio a este género de conductas delictivas».

Así, «... el acierto de la ley consistió en establecer, en forma igualitaria, un método de valoración que evite la discriminación que en ocasiones ocurría por prácticas derivadas de la cultura jurídica patriarcal inquisitiva, que se transformaron en consuetudinarias, y que era necesario erradicar.

Repárese que es la propia Convención Belem Do Pará donde se fija, como un deber de los Estados el “tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer” (**art. 7, inc. “e”**)».

Ello no resulta novedoso para la labor jurisdiccional en razón de que «... siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba –objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento.

Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto.

Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas».

Conforme a lo expresado «... es el contexto en el que se inserta el hecho delictivo el que viene a determinar el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio. Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres el testimonio de la víctima ostenta un valor fundamental en la comprobación de los extremos de una imputación delictiva, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la responsabilidad penal derivada del mismo».

De este modo, «... uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo. A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables». De no proceder de esta manera estaríamos recreando la sociedad estamental –con características propias– del Estado premoderno, lo que implicaría una vulneración del principio de igualdad –que, como ya dije, se encuentra consagrado en el art. 16 de la CN y 7 de la CM–, el que, a su vez, constituye uno de los pilares de la República Federal. A lo señalado debe sumarse, tal como destacué en el **precedente «Vázquez Tumbarello»**, la relevancia de la **ley 27.499**, denominada «Ley Micaela», en tanto dispuso la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra la mujer para todas las personas que desempeñen la función pública, en cumplimiento del objetivo señalado.

En coincidencia con aquella normativa la **Acordada n° 29.318** de esta Suprema Corte de Justicia, y su anexo «Programa de capacitación permanente para la incorporación de la perspectiva de género en el marco de la Suprema Corte de Justicia».

Así, con fundamento en el principio de igualdad y la consecuente prohibición de discriminación, se dispusieron una serie de acciones concretas para asegurar la «igualdad real» de las mujeres en sus relaciones interpersonales.

En conclusión, entiendo que la trascendencia de la **ley 26.485** radica no en conformar un estatus jurídico distinto aplicable a la mujer, sino que mediante la capacitación dirigida a los funcionarios públicos y, en lo que aquí interesa, a funcionarios y magistrados del poder judicial, se otorgue una perspectiva para valorar los elementos probatorios bajo el prisma de la igualdad consagrada en la normativa nacional.

Ella debe estar **despojada de estereotipos y prácticas relacionadas con la cultura jurídica patriarcal-inquisitiva**, plasmada en usos y costumbres que importaron, e importan, prácticas que impiden poner en contexto los medios convictivos al momento de su ponderación.

Estas consideraciones, reitero, son plenamente aplicables al caso por cuanto nos encontramos frente a un supuesto de violencia de género, en donde el tribunal de instancia anterior ha tenido en cuenta los parámetros antes referidos al momento de la ponderación contextual de los elementos de prueba obrantes en la causa, particularmente, la declaración de la víctima.

En esta dirección, el inferior afirma que concurren en su testimonio, los requisitos de credibilidad subjetiva, al carecer de un motivo espurio para denunciar los hechos, de verosimilitud por su constatación por corroboraciones periféricas de carácter objetivo, y de persistencia en la incriminación (fundamentos, fs. 194 vta.), extremos que la recurrente no rebate debidamente. Por lo tanto, y opinión concordante del señor Procurador General, corresponde confirmar la sentencia cuestionada, por no adolecer de los vicios endilgados ni de arbitrariedad alguna. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Comparto los fundamentos por los cuales el voto preopinante considera que corresponde desestimar los agravios esgrimidos por la defensa de G.L. En especial, adhiero a las consideraciones realizadas en torno a la valoración de los elementos de prueba en hechos acontecidos en un contexto de violencia de género, a los que ya me he referido en numerosos pronunciamientos (ver «Galdeano Reyes», «Merlo Lassa», «Concha, Jesús», «Alaniz Pineira», entre otros). En esta última oportunidad señalé en relación a la valoración de los elementos de prueba en función de la perspectiva de género que «... que para juzgar los conflictos en los cuales las mujeres son víctimas de violencia en sus distintas manifestaciones, hay que partir de aceptar que la realidad se encuentra polarizada en torno a patrones de dominación masculina que reproducen la discriminación en los distintos ámbitos en donde la mujer desarrolla sus relaciones interpersonales».

Destaqué también que «...los distintos operadores del derecho, tanto en la recaudación de elementos probatorios como al momento de valorarlos, deben orientar también su labor a detectar las circunstancias estructurales que perpetúan la violencia estructural contra las mujeres con el fin de imprimir en su análisis una perspectiva de género».

En este sentido, señalé en el **precedente «Galdeano Reyes»** que «... no puedo dejar de soslayar que analizamos una problemática compleja que afecta un colectivo de personas en situación de vulnerabilidad que, por distintas circunstancias o factores, se ven privadas del pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales. Los problemas derivados de esta especial situación de vulnerabilidad, así, exceden un abordaje meramente jurídico en tanto se trata de una problemática compleja que atraviesa y debe ser atendida, comprendida y abordada desde conocimientos interdisciplinarios.

Por ello, el administrador de justicia al valorar elementos probatorios –particularmente pero no excluyentemente en la esfera penal– debe ponderar los patrones socioculturales y estereotipos sobre los que se construye esta problemática, a fin de tener una verdadera comprensión del fenómeno de violencia de género y, de esta manera, poder lograr desde el Derecho aportar soluciones que contribuyan a atacar el flagelo de la violencia y trabajar en pos de la igualdad de género».

En definitiva, estimo que el Tribunal de instancia anterior aplicó en forma satisfactoria las pautas reseñadas, pues para considerar acreditados los hechos constitutivos de la agresión sufrida por la víctima ponderó los elementos de juicio incorporados legítimamente al debate bajo los parámetros de valoración que impone la temática en estudio. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Puesto a resolver el recurso casatorio promovido coincido con la solución a la que llega mi colega preopinante y, en cuanto a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género, me remito a lo oportunamente señalado en «Di Cesare Morales» y «Mejía Salvador» por resultar aplicable en ese aspecto el presente caso. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los Dr. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa oficial de R.S.G.L.
- 2.- Tener presente la reserva formulada.
- 3.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

12- GARRIDO. 22-07-20.

| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
|-----------|----|----|------|------------|---------|---------|----------|---------|-----------|---------|---------|-------------|---|------------|
| VG | - | - | | PCC | - | - | A | - | CR | - | - | - | - | 474 |

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200722_FcGOA.pdf

Lex: Art. 149 bis 2° párrafo, 239, 119, 1° párrafo, 55 del CP. Ley 26585. Convención Belem Do Pará.

Vox: VG. Amenazas coactivas. Desobediencia. Abuso sexual simple. Valoración de la prueba. Perspectiva de género.

Summa:

El TPC condenó al señalado a la pena de **tres años de prisión de ejecución condicional**, como autor de los delitos de amenazas coactivas, desobediencia, abuso sexual simple y desobediencia a la autoridad, en concurso real (arts. 149 bis segundo párrafo, 239, 119 primer párrafo, 239, 55 del Cód. Penal).

La **defensa** interpone recurso de casación.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La SCJM rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1173, pronunciada por el TPC N° 1- 3° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Morales Quiroga.
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Merlo Lassa. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=243>
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>
- Brancello Urbón. 05-03-20.: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=392>
- Galdeano Reyes. 31-07-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=242>
- Concha, Jesús. 20-09-18. https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- Alaniz Pineira. 23-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=37>
- Di Cesare Morales. 26-06-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=156>
- Mejía Salvador. 10-09-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=197>

Doctrina citada.

UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017

<https://www.unicef.org/argentina/media/1516/file/Perspectiva%20de%20g%C3%A9nero.pdf>

<https://www.unicef.org/argentina/informes/comunicaci%C3%B3n-infancia-y-adolescencia-guia-para-periodistas>

SCJM. Dres.: **Valerio.** Palermo. Adaro.

Fallo:

CUIJ: 13-04819756-0/1((038601-53827)) FC/ G. O. A. P/ AMENAZAS COACTIVAS (53827) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104900531*

En Mendoza, a los veintidós días del mes de julio del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04819756-0/1 caratulada "F. C/ G. O. A. P/ AMENAZAS COACTIVAS S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, Dr. JOSÉ V. VALERIO, segundo Dr. OMAR A. PALERMO y tercero Dr. MARIO D. ADARO.

La defensa de O. A. G. interpone recurso de casación (fs. 87/90) contra la sentencia N° 1173 en tanto condena al nombrado a la pena de tres años de prisión de ejecución condicional, como autor de los delitos de amenazas coactivas, desobediencia, abuso sexual simple y desobediencia a la autoridad, en concurso real (arts. 149 bis segundo párrafo, 239, 119 primer párrafo, 239, 55 del Cód. Penal), pronunciamiento dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Tercera Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- Resolución recurrida

La sentencia tiene por acreditados los hechos contenidos en los requerimientos de citación a juicio en las tres causas objeto de condena, que a continuación se reproducen: El 2 de julio de 2017 a las 4 horas aproximadamente, la víctima estaba en el interior del local bailable La Guapa de San Isidro esquina Aristóbulo del Valle de la ciudad de Rivadavia, cuando el imputado, de quien se encontraba separada de hecho, la tomó fuertemente por los antebrazos y le manifestó «no te voy a dejar en paz, no te vas a quedar acá, te vas a ir conmigo, te vas conmigo ya mismo o te saco a la fuerza del boliche».

Instantes después nuevamente tomó a la víctima por los antebrazos y le manifestó «vos te vas conmigo, vos aquí no te quedás ...te venís conmigo ya mismo o te saco a la fuerza», luego tomó a la víctima por la cintura e intentó arrastrarla a la salida del local y una vez que la víctima pudo soltarse, el encartado le manifestó: «te voy a quitar al niño..., ya me las vas a pagar, ya vas a ver lo que te va a pasar».

A su vez, se determinó que el 6 de agosto de 2017 a las 15.30 horas, la denunciante estaba en su domicilio de ... de Rivadavia, cuando se hizo presente en el lugar el imputado, quien desobedeció deliberadamente la prohibición de acercamiento a la presentante, dispuesta el 3 de julio de 2017 por el Tercer Juzgado de Familia. Además, el 21 de agosto de 2017 a las 19 horas aproximadamente, mientras la víctima caminaba por calles Liniers y Álvarez de Rivadavia, fue interceptada por un Peugeot 405 conducido por el encartado, quien descendió del rodado, se dirigió a ella, la zamarreó por los brazos mientras le manifestaba «qué estás haciendo, te voy a pegar», tras lo cual intentó introducirla por la fuerza dentro del rodado, forcejeando con ella, para luego tomarla de la cara y darle un beso en la boca.

2.- Recurso de casación

Se agravia el recurrente porque los antecedentes del caso impiden encuadrar el conflicto en la temática de violencia de género, dado que tanto la denunciante como el imputado vivieron una relación de más de

quince años caracterizada por una inusual y recíproca violencia, y –si bien existía una orden de restricción de acercamiento–, ésta no era respetada, lo que ocurría con el consentimiento de la presunta víctima.

Alega que la situación de pareja conflictiva no es un atenuante de la pena, sino que tiene relevancia para convertir los hechos en atípicos, privándolos de la criminalidad que les otorga la sentenciante.

Aduce que el bien jurídico tutelado por las normas penales no ha sido afectado con la gravedad que la materia requiere, que se trata de un acto insignificante, y que los delitos por los que ha sido condenado su pupilo, no resultan aplicables a problemas esporádicos de parejas.

Se queja igualmente porque los dichos calificados como amenaza coactiva tuvieron lugar en medio de una acalorada discusión, constituyendo una agresión usual en el trato de los involucrados, no constituyendo ese delito, el hecho que le haya dicho a su ex pareja, que le iba a «sacar» al hijo; que se sacaron de contexto los hechos objeto del proceso, no habiendo pedido la acusación una pena en efectivo.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador General opina que el recurso no puede prosperar, por cuanto los hechos endilgados no son insignificantes, y han sido correctamente subsumidos en los tipos penales escogidos por la a quo.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso de casación debe ser rechazado, por cuanto no se verifica en autos la errónea aplicación de la ley sustantiva invocada.

En efecto, no puede acogerse el argumento esgrimido por la defensa, en el sentido que los arts. 149 bis segundo párrafo, 239 y 119 Cód. Penal, no se aplican cuando se trata de «[...] problemas esporádicos de pareja» (recurso, fs. 89).

Por el contrario, entiendo que los hechos comprobados han sido correctamente subsumidos en esa normativa, no surgiendo de autos la insignificancia alegada por el defensor, por más que hayan sucedido en el marco de una relación conflictiva de pareja.

En similar forma, corresponde desestimar el planteo sobre que el bien jurídico tutelado por las normas prementadas no haya resultado afectado «con la gravedad que la materia penal lo requiere [...]», o que los hechos sean atípicos, como pretende el quejoso (recurso, fs. 88 vta), opiniones éstas que el letrado vierte soslayando las pruebas rendidas.

Éstas son los informes de los profesionales que intervinieron, que dan cuenta que la víctima estaba inmersa en un círculo de violencia y que no miente, así como que el imputado presentaba dificultades para controlar la ira, según refiere la juzgadora en los fundamentos contenidos en el registro de audio y video que se ha reproducido en esta instancia.

El cuadro probatorio se integra con el testimonio de la víctima, de su padre y de una amiga que depusieron en el debate desinteresadamente, según afirmó la sentenciante, dado que si hubieran querido perjudicar al imputado, no hubieran omitido declarar sobre las lesiones que éste le causó a la denunciante, que fueron constatadas, como apunta la juzgadora; elementos que fueron ponderados de conformidad con las reglas de la sana crítica racional, y dan cuenta de la existencia de violencia de género.

Además, la relación conflictiva que durante muchos años mantuvieron denunciante y denunciado, en modo alguno constituye un justificativo para cometer los delitos objeto de estos obrados, como sugiere el recurrente. A esto se suma que, tal como he puesto de resalto en «**Brancello Urbón**», en el sub lite la sentenciante asumió al momento de resolver, una perspectiva integral en relación a los criterios de

valoración señalados en la Ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollan sus relaciones interpersonales. En este sentido debo señalar que sobre la cuestión tuve ocasión de pronunciarme en diversos precedentes (“**Cruz Caporiccio**”, “**Merlo Lassa**”; “**Quiroga Morales**”; “**Ojeda Pérez**”; “**Vázquez Tumbarello**”; **entre otros**).

En especial en “**Ojeda Pérez**” sostuve que «[...] comparto que aquella concepción según la cual la perspectiva o visión de género es una “categoría analítica que toma los estudios que surgen desde las diferentes vertientes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma, cuestionar los estereotipos y elaborar nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad al servicio de la igualdad y la equidad” (**UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017**).

Destaco la idea de igualdad contenido en la definición en tanto se encuentra no sólo consagrada expresamente en el texto constitucional (**art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza**), sino, también, en el ámbito de la normativa internacional. Así, entre otros, la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” - Belem Do Pará -, garantiza que toda mujer tiene “el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley” (**art. 4, inc. “f”**)».

Indiqué también en esa ocasión que «[...] en nuestro ordenamiento interno, la ley nacional 26.485 es una norma orientada pura y exclusivamente a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las "mujeres".

En tal sentido, entre sus objetivos primordiales, el propio texto promueve y garantiza “la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida”, “el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia”, “las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos”, como también, “la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres”(art 2, inc. a, b, c y e respectivamente)».

Así, «[...] ese texto normativo vino a imponer un verdadero “deber jurídico” para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas. Sus destinatarios directos son aquellos sujetos que integran los órganos decisores en el marco de los procesos judiciales penales, ya sea por el lado de quienes resultan facultados para disponer sobre el curso de investigación, como también, respecto de quienes son los encargados de su juzgamiento».

Ese deber jurídico no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley. Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que «[l]os organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativos, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional [...] los siguientes derechos y garantías: i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son su naturales testigos [...]» (**art. 16**)».

Ahora bien, «[...] además de ese deber genérico, ya en el terreno que resulta propio a la actuación de los órganos de justicia dentro de los procedimientos jurisdiccionales penales, el texto legal contiene dos normas que consagran lineamientos funcionales para los operadores del sistema de administración de justicia en el abordaje de la problemática de género. En consonancia con el sistema de protección integral, se consagra el principio de «amplia libertad probatoria» para tener por acreditados “los hechos denunciados, evaluándose las pruebas ofrecidas de acuerdo con el principio de la sana crítica. Se

considerarán las presunciones que contribuyan a la demostración de los hechos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes” (art 31)».

De tal manera «[...] el texto legal vigente [ley 26.485] no introduce un nuevo método de valoración probatoria para los casos de violencia de género, puesto que siempre la prueba debe valorarse conforme al sistema de la sana crítica racional (art. 206 y 409 del CPP).

A mi modo de ver, la imposición de un método de valoración de la prueba como herramienta obligatoria para el abordaje de esta problemática, se justifica ante la necesidad de evitar que los órganos jurisdiccionales decisores puedan apartarse en la adopción de decisiones, del contexto fáctico que es propio a este género de conductas delictivas».

Así, «[...] el acierto de la ley consistió en establecer, en forma igualitaria, un método de valoración que evite la discriminación que en ocasiones ocurría por prácticas derivadas de la cultura jurídica patriarcal inquisitiva, que se transformaron en consuetudinarias, y que era necesario erradicar. Repárese que es la propia Convención Belem Do Pará donde se fija, como un deber de los Estados el “tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer” (art. 7, inc. “e”)».

Ello no resulta novedoso para la labor jurisdiccional en razón de que «[...] siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba –objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento.

Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto.

Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas».

Conforme a lo expresado «[...] es el contexto en el que se inserta el hecho delictivo el que viene a determinar el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio.

Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres el testimonio de la víctima ostenta un valor fundamental en la comprobación de los extremos de una imputación delictiva, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la responsabilidad penal derivada del mismo».

De este modo, «[...] uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo.

A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables».

De no proceder de esta manera estaríamos recreando la sociedad estamental –con características propias– del Estado premoderno, lo que implicaría una vulneración del principio de igualdad –que, como ya dije, se encuentra consagrado en el art. 16 de la CN y 7 de la CM–, el que, a su vez, constituye uno de los pilares de la República Federal.

A lo señalado debe sumarse, tal como destacué en el precedente «Vázquez Tumbarello», la relevancia de la ley 27.499, denominada «Ley Micaela», en tanto dispuso la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra la mujer para todas las personas que desempeñen la función pública, en cumplimiento del objetivo señalado.

En coincidencia con aquella normativa la **Acordada n° 29.318** de esta Suprema Corte de Justicia, y su anexo «Programa de capacitación permanente para la incorporación de la perspectiva de género en el marco de la Suprema Corte de Justicia».

Así, con fundamento en el principio de igualdad y la consecuente prohibición de discriminación, se dispusieron una serie de acciones concretas para asegurar la «igualdad real» de las mujeres en sus relaciones interpersonales.

En conclusión, entiendo que la trascendencia de la **ley 26.485** radica no en conformar un estatus jurídico distinto aplicable a la mujer, sino que mediante la capacitación dirigida a los funcionarios públicos y, en lo que aquí interesa, a funcionarios y magistrados del poder judicial, se otorgue una perspectiva para valorar los elementos probatorios bajo el prisma de la igualdad consagrada en la normativa nacional.

Ella debe estar **despojada de estereotipos y prácticas relacionadas** con la cultura jurídica patriarcal-inquisitiva, plasmada en usos y costumbres que importaron, e importan, prácticas que impiden poner en contexto los medios convictivos al momento de su ponderación.

Estas consideraciones, reitero, son plenamente aplicables al caso por cuanto nos encontramos frente a un supuesto de violencia de género, en donde el tribunal de instancia anterior ha tenido en cuenta los parámetros antes referidos al momento de la ponderación contextual de los elementos de prueba obrantes en la causa, particularmente la declaración de la víctima y los exámenes realizados.

Resta decir que la circunstancia de que no se haya pedido ni aplicado una pena en efectivo –aspecto que señala el impugnante–, se debe a que el **art. 26 del Cód. Penal** faculta al juzgador a imponer la sanción en forma condicional, lo que en este caso es factible, dada la penalidad con la que están reprimidos los delitos endilgados y los 3 años fijados por la sentenciante, se encuentran dentro de los límites mínimo y máximo de la escala penal pertinente.

Por lo tanto, y opinión concordante del señor Procurador General, corresponde confirmar la sentencia cuestionada, por no adolecer de los vicios endilgados ni de arbitrariedad alguna. **ASÍ VOTO.**

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Puesto a resolver el recurso casatorio promovido coincido con la solución a la que llega mi colega preopinante y, en cuanto a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género, me remito a lo oportunamente señalado en «**Di Cesare Morales**» y «**Mejía Salvador**» por resultar aplicable en ese aspecto el presente caso. **ASÍ VOTO.**

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Comparto los fundamentos por los cuales el voto preopinante considera que corresponde desestimar los agravios esgrimidos por la defensa de G. .

En especial, adhiero a las consideraciones realizadas en torno a la valoración de los elementos de prueba en hechos acontecidos en un contexto de violencia de género, a los que ya me he referido en numerosos pronunciamientos (ver «**Galdeano Reyes**», «**Merlo Lassa**», «**Concha, Jesús**», «**Alaniz Pineira**», entre otros).

En esta última oportunidad señalé en relación a la valoración de los elementos de prueba en función de la perspectiva de género que «[...] que para juzgar los conflictos en los cuales las mujeres son víctimas de violencia en sus distintas manifestaciones, hay que partir de aceptar que la realidad se encuentra polarizada en torno a patrones de dominación masculina que reproducen la discriminación en los distintos ámbitos en donde la mujer desarrolla sus relaciones interpersonales».

Destaqué también que «[...]los distintos operadores del derecho, tanto en la recaudación de elementos probatorios como al momento de valorarlos, deben orientar también su labor a detectar las circunstancias estructurales que perpetúan la violencia estructural contra las mujeres con el fin de imprimir en su análisis una perspectiva de género».

En función de ello entendí—en términos aplicables al sub lite— que «[e]n el presente caso, donde la víctima es una mujer y que por el contexto en que se desarrollaron los hechos podemos sostener que se encontraba en una situación de vulnerabilidad y desventaja en relación al imputado, son de entera aplicación los conceptos sobre violencia establecidos en las distintas normativas internacionales y nacionales y, por consiguiente, adquiere plena vigencia el deber de los Estados partes de tomar todas las medidas para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer en todas sus manifestaciones **(art. 2 de la Convención «Belém do Pará»; y arts. 4 y 5 de la ley 26.485, de protección integral a las mujeres).**

Valoré también que «[...] el contenido e idoneidad intimidante de las amenazas no deben extraerse sólo de su literalidad, sino también del contexto situacional en el que se formulan y, muy especialmente, de las condiciones del sujeto pasivo».

Con base a los conceptos reseñados, entiendo que la jueza sentenciante interpretó en forma satisfactoria los estándares probatorios delineados tanto en el sistema interamericano como en el orden nacional, en tanto para la acreditación de los hechos constitutivos de la agresión sufrida por la víctima, ponderó todos los elementos de juicio incorporados legítimamente al debate bajo los parámetros de valoración que impone la temática en estudio. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los Dres. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los Dres. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de O. A. G. .
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva formulada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos. Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

13- GOMEZ MALCOM. 22-07-20.

| | | | | | | | | | | | | | | |
|-----------|----|----|------|------------|---------|---------|----------|----------|-----------|---------|---------|-------------|---|------------|
| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
| VG | - | - | | PCE | - | - | A | R | CR | - | - | - | - | 474 |

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200722_FcGMG.pdf

Lex: Art. 149 bis 2° párrafo, 184 inc. 5 y 55 del CP. Ley 26585. Convención Belem Do Pará.

Vox: VG. Amenazas coactivas. Concurso real. Daño agravado. Valoración de la prueba. Perspectiva de género.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **dos años de prisión**, por resultar autor del delito de amenazas coactivas en concurso real con daño agravado (arts. 149 bis 2° párrafo, 184 inc. 5 y 55 del Cód. Penal) y lo declara reincidente.

La **defensa** interpone recurso de casación.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1539, pronunciada por el TPC N° 1- 3° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Morales Quiroga.
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Merlo Lassa. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=243>
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>
- Brancello Urbón. 05-03-20.: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=392>
- Galdeano Reyes. 31-07-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=242>
- Concha, Jesús. 20-09-18. https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- Alaniz Pineira. 23-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=37>
- Di Cesare Morales. 26-06-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=156>
- Mejía Salvador. 10-09-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=197>

SCJM. Dres.: **Valerio**. Adaro. Palermo

Fallo:

CUIJ: 13-05021662-9/1((018601-6179)) FC/ G. M. G., R. C. F. P/ AMENAZAS COACTIVAS EN CONCURSO REAL CON DAÑO AGRAVADO (6179) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105186692*

En Mendoza, a los veintidós días del mes de julio de dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05021662-9/1 caratulada “F. C/ G., G. M., R., C. F. P/ AMENAZAS COACTIVAS EN CONCURSO REAL CON DAÑO AGRAVADOS/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. MARIO D. ADARO y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

El defensor de M. G. G. P. interpone recurso de casación (fs. 329/333 vta.) contra la sentencia N° 1539 en tanto condena al nombrado a la pena de dos años de prisión, por resultar autor del delito de amenazas coactivas en concurso real con daño agravado (arts. 149 bis 2° párrafo, 184 inc. 5 y 55 del Cód. Penal) y lo declara reincidente, pronunciamiento dictado por el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Tercera Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:

1.- Resolución recurrida

La sentencia establece que el 21 de enero de 2019 aproximadamente a las 23.30 horas, la víctima caminaba con su bebé de 8 meses de edad por el interior del barrio ... de Junín, cuando fue interceptada por el imputado, quien iba a bordo de un ... blanco en compañía de C. F. R. V. –quien ha sido declarada rebelde–, oportunidad en la que el imputado descendió del rodado y le dijo «hija de puta, devolveme el fierro, si no te voy a cagar matando a vos y a tu hijo». Tras ello, la tomó por el cuello y le dio un golpe de puño en el estómago, ante lo cual la víctima huyó hacia su domicilio sito en el mismo barrio, donde nuevamente fue interceptada por los nombrados, lugar donde el imputado otra vez le dijo que le devolviera el objeto prementado, en tanto que la imputada rebelde le dijo que si no hacía lo que le reclamaba el encartado «...corrés riesgo vos y tu familia».

Se constituyó personal policial, llamado por los vecinos, que aprehendió al imputado y lo trasladaron a la comisaría ... lugar en el que le dio varias patadas a la puerta del calabozo, provocando desprendimiento del perno de sujeción de la puerta, así como de mampostería y descuadramiento de la puerta de rejas (requerimiento, fs. 233 y vta).

2.- Recurso de casación

Se queja el defensor porque la motivación de la sentencia es arbitraria, ya que no observó las reglas de la sana crítica racional respecto de pruebas decisivas, dándole prioridad a lo declarado por vecinos, en detrimento de los dichos de la víctima y sus familiares, que fueron contradictorios, condenando en violación a lo dispuesto por el art. 2 CPP.

En particular, aduce que los llamados que alertaron sobre una discusión, no informan que hayan habido amenazas y que los testigos presenciales no declararon en autos, por lo que se condena sobre la base de prueba indirecta.

Respecto del delito de daño, se agravia porque no se tuvo en cuenta que el encausado negó haberlo causado; que la funcionaria policial dijo que no le consta que la puerta del calabozo haya estado sana; que no hubieron testigos presenciales del daño; que el imputado acusó al personal policial de haberle robado dinero del auto; y que, por la antigüedad de las comisarías de la zona este, sus instalaciones no se encuentran en buenas condiciones.

Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador opina que el recurso debe ser rechazado porque la juzgadora evaluó debidamente las pruebas rendidas, rescatando entre ellas elementos objetivos que evidencian el temor que la víctima sintió ante la amenaza proferida.

Sobre el delito de daño dictamina que los dichos del imputado fueron una prueba fundamental, descartando que el hecho encubra una conspiración de la fuerza policial.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso de casación debe ser rechazado.

Ello por cuanto la crítica se centra en la motivación de la sentencia, y de la revisión practicada surge que es suficiente a los fines de su mantenimiento como acto jurisdiccional válido, a tenor de la jurisprudencia de este Cuerpo en el sentido que los posibles defectos de la resolución, para conllevar la extrema solución de su nulidad, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (**L.S.186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros**), lo que en autos no ocurre.

En efecto, la a quo se basó en las pruebas reunidas, que ha valorado según las reglas de la sana crítica racional y conforme al principio de unidad de la prueba, en tanto «... impone como regla la consideración de la prueba en su conjunto, pues muchas veces la certeza se obtiene de probanzas, que individualmente estudiadas pueden aparecer como débiles o imprecisas, pero complementadas y unidas entre sí, llevan al ánimo del juzgador la convicción acerca de la existencia de los hechos denunciados», (**L.S. 393-243, 382-107, 381-233, entre otros**), que es lo que ha acontecido en esta causa, razón por la cual el agravio centrado en que se arribó a la condena solamente en virtud de pruebas indirectas, no puede prosperar.

Así, la a quo tuvo en cuenta los dos llamados que dos vecinas distintas le hicieron a la policía con diferencia de media hora, como consecuencia de la violencia con que el acusado abordó a la víctima, que iba con su pequeño hijo en un cochecito por las calles del barrio, señalando que una de ellas lo hizo a las 23.02 horas y la otra a las 23.35 horas, según informa el desgrabado del CEO de fs. 180/184.

Expuso al respecto la magistrada que entre todos los reunidos, acudió a los elementos que fueran lo más objetivos posible, ante la falta de credibilidad que le merecieron las declaraciones que se brindaron durante el debate, debido a las contradicciones en que incurrieron tanto la víctima como el encartado, en especial frente a los dichos de éste, en el sentido que la policía lo había incriminado injustamente, que le habría robado dinero en esa ocasión, y que él se había dirigido al lugar sólo para requerirle la devolución a la denunciante, de objetos que presuntamente le había sustraído la noche anterior.

Es por este motivo que la inferior resaltó que las vecinas llamaron a la policía por la violencia de la situación generada, y las amenazas que profería el imputado, a quien no conocían, así como tampoco sabían quién era el sujeto que efectuaba «...amenazas hacia ella y su familia, al parecer por la sustracción de un arma

blanca...», los operadores del CEO que a las 23.50 horas dejaron constancia de ello en el desgrabado, según fluye de los fundamentos dados en forma oral y que obran en registro audio visual.

Asimismo descarta la juzgadora, que los hechos juzgados trasuntan solamente un enojo o exabrupto en la forma de reclamar las cosas que presuntamente la víctima le habría quitado el día anterior, desde que en el supuesto que así hubiera sido, esas vecinas no hubieran pedido auxilio telefónicamente, infiriendo de todos los datos reseñados, que en este caso el comportamiento del encartado infundió temor, afectando la libertad del sujeto pasivo.

A esto se suma que la denuncia de fs. 1/3, establece que el encartado le dijo a la víctima «...devolveme el fierro, si no te voy a cagar matando a vos y a tu hijo».

A ello agregó la denunciante que «... inmediatamente me agarró del cuello, y me tiró del cabello, ahí me pegó un golpe de puño en el estómago, momento en que me oriné encima, por el miedo» (acta, fs. 2).

Cuando se le preguntó qué sintió ante esos dichos, respondió que «Me asusté mucho, estoy aterrorizada, nunca pensé que iba a pasar algo así», y al interrogarla sobre si creía que cumpliría con la amenaza, dijo «No sé, pero es una persona muy nerviosa, incluso creo que ha estado detenido en el Penal» (acta, fs. 2).

Por su parte, la oficial que intervino en el procedimiento, en el acta de ratificación expuso que observó a una mujer con un bebé «...muy nerviosa y asustada» (acta, fs. 20), reconociendo firma y contenido de tal instrumento en el debate. Es menester consignar que dichas actas dan plena fe de la existencia material de los hechos que se documentan como cumplidos ante el funcionario público interviniente, o que se mencionan como pasados en su presencia (**L.S. 368-199, entre otros; art. 296 CCC**).

Con relación al delito de daño, se ha podido constatar en el registro audio visual de la audiencia de debate del 5 de setiembre de 2019, que el encausado declaró que para que asistieran a la coimputada rebelde que estaba descompuesta en la celda con él, primero le dio patadas a la puerta con el talón, y después «...ya no pateaba más la puerta», negando, no obstante, haber causado en el calabozo el daño que se le imputa.

Esta prueba, junto con el documento que constata el daño, es lo que lleva a la a quo a la convicción sobre su existencia y causa, según manifiesta en los fundamentos, siguiendo un razonamiento acorde a la lógica, cuyo apartamiento el defensor no logró demostrar, por más que haya alegado que por sus características, era imposible que se descuadrara la puerta de rejas, o que ello se debió a la antigüedad de las instalaciones policiales.

Corresponde en este punto poner de relieve que aunque la inferior condenó al encartado por los dos delitos que le han sido endilgados, en concurso real, le impuso dos años de prisión, que es la mínima penalidad dispuesta para el delito de coacciones.

En definitiva, el recurso no constituye una crítica razonada de la sentencia, sino una mera discrepancia con el criterio valorativo utilizado por la a quo, defecto que se evidencia por ejemplo, cuando se queja porque con la interpretación de las pruebas que realiza, se «cercena arbitrariamente la posibilidad de una interpretación distinta» (recurso, fs. 331 vta.), lo que resulta insuficiente para conmovir la decisión adoptada, de acuerdo a lo hasta acá desarrollado y según la jurisprudencia reiterada de esta Sala (**L.S. 333-64, 400-240, 407-155, entre otros**), no resultando aplicable el **art. 2 CPP** como reclama la defensa. Ello por cuanto se ha dicho que esa subsunción no es factible cuando la motivación de la sentencia resulta ajustada a derecho, y no surge el estado intelectual de duda que lo legitima, por parte del tribunal, extremos que confluyen en autos (**L.S. 419-17, 397-237, 388- 024, 388-062**).

Resta decir que me he expedido en innumerables causas cuya víctima es una mujer, en términos que en lo pertinente resultan aplicables al sub-lite ("**Brancello Urbón**", "**Cruz Caporiccio**", "**Merlo Lassa**";

“Quiroga Morales”; “Ojeda Pérez”; “Vázquez Tumbarello”; “Barrón Eliz”, entre otros) afirmando que «...uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente el de la igualdad de las mujeres entendida como instrumento garantizador como valor supremo.

A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables».

Por lo tanto, y opinión concordante del señor Procurador General, corresponde confirmar la sentencia cuestionada, por no adolecer de los vicios endilgados ni de arbitrariedad alguna. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, EN VOTO AMPLIATORIO DIJO: Comparto los fundamentos por los cuales el voto preopinante considera que corresponde desestimar los agravios esgrimidos por la defensa de G. G. M.

En especial, adhiero a las consideraciones realizadas en torno a la valoración de los elementos de prueba en hechos acontecidos en un contexto de violencia de género, a los que ya me he referido en numerosos pronunciamientos (ver «Galdeano Reyes», «Merlo Lassa», «Concha, Jesús», «Alaniz Pineira», entre otros).

En esta última oportunidad señalé en relación a la valoración de los elementos de prueba en función de la perspectiva de género que «[...] que para juzgar los conflictos en los cuales las mujeres son víctimas de violencia en sus distintas manifestaciones, hay que partir de aceptar que la realidad se encuentra polarizada en torno a patrones de dominación masculina que reproducen la discriminación en los distintos ámbitos en donde la mujer desarrolla sus relaciones interpersonales».

Destaqué también que «[...] los distintos operadores del derecho, tanto en la recaudación de elementos probatorios como al momento de valorarlos, deben orientar también su labor a detectar las circunstancias estructurales que perpetúan la violencia estructural contra las mujeres con el fin de imprimir en su análisis una perspectiva de género».

En este sentido, señalé en el precedente «Galdeano Reyes» que «[...] no puedo dejar de soslayar que analizamos una problemática compleja que afecta un colectivo de personas en situación de vulnerabilidad que, por distintas circunstancias o factores, se ven privadas del pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales.

Los problemas derivados de esta especial situación de vulnerabilidad, así, exceden un abordaje meramente jurídico en tanto se trata de una problemática compleja que atraviesa y debe ser atendida, comprendida y abordada desde conocimientos interdisciplinarios.

Por ello, el administrador de justicia al valorar elementos probatorios –particularmente pero no exclusivamente en la esfera penal– debe ponderar los patrones socioculturales y estereotipos sobre los que se construye esta problemática, a fin de tener una verdadera comprensión del fenómeno de violencia de género y, de esta manera, poder lograr desde el Derecho aportar soluciones que contribuyan a atacar el flagelo de la violencia y trabajar en pos de la igualdad de género».

En definitiva, estimo que el Tribunal de instancia anterior aplicó en forma satisfactoria las pautas reseñadas, pues para considerar acreditados los hechos constitutivos de la agresión sufrida por la víctima ponderó los elementos de juicio incorporados legítimamente al debate bajo los parámetros de valoración que impone la temática en estudio. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere. Ampliatorio.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR ALEJANDRO PALERMO, EN VOTO AMPLIATORIO, DIJO: Puesto a resolver el recurso casatorio promovido coincido con la solución a la que llega mi colega preopinante y, en cuanto a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género, me remito a lo oportunamente señalado en «**Di Cesare Morales**» y «**Mejía Salvador**» por resultar aplicable en ese aspecto el presente caso. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO. Sobre la misma cuestión los Dres. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los Dres. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de M. G. G. P.
- 2.- Tener presente la reserva formulada.
- 3.- Imponer las costas al imputado vencido y diferir la regulación de honorarios para su oportunidad.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

14- MORALES HALAM. 02-09-20.

| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
|-----------|----|----|------|----------|---------|---------|----------|---------|-----------|---------|---------|-------------|---|------------|
| VG | - | - | - | P | - | - | A | - | CR | - | - | - | - | 474 |

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200902_FcMHF.pdf

Lex: Art. 149 bis 1° párrafo, 239 y 55 del CP. Ley 26485. Convención Belem Do Pará.

Vox: VG. Amenazas simples. Desobediencia judicial. Concurso real. Perspectiva de género.

Summa:

El **JPC** condenó al señalado a la pena de **un año y cuatro meses de prisión**, por resultar autor del delito de desobediencia judicial y amenazas simples, ambos en contexto de violencia de género, en concurso real (arts. 149 bis 1° párrafo, 239 y 55 del Cód. Penal).

El defensor oficial de F M M H encuadra en derecho el recurso de casación que el nombrado interpusiera en forma **pauperis**.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 115, pronunciada por el JPC N° 2- 2° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Morales Quiroga.
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Merlo Lassa. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=243>
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>
- Brancello Urbón. 05-03-20.: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=392>
- Galdeano Reyes. 31-07-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=242>
- Concha, Jesús. 20-09-18. https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- Alaniz Pineira. 23-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=37>
- Di Cesare Morales. 26-06-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=156>
- Mejía Salvador. 10-09-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=197>

SCJM. Dres.: **Valerio.** Palermo. Adaro.

Fallo:

CUIJ: 13-04859932-4/1((018502-500130)) FC/ M H F M P/ DESOBEDIENCIA A LA AUTORIDAD Y AMENAZAS (500130) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104942887*

En Mendoza, a los dos días del mes de septiembre del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04859932-4/1 caratulada "F. C/ M H, F M P/ DESOBEDIENCIA A LA AUTORIDAD Y AMENAZAS...S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. OMAR A. PALERMO y tercero DR. MARIO D. ADARO.

El defensor oficial de F M M H encuadra en derecho el recurso de casación (fs. 508/514 vta.) que el nombrado interpusiera en forma pauperis contra la sentencia N° 115 en tanto lo condena a la pena de un año y cuatro meses de prisión, por resultar autor del delito de desobediencia judicial y amenazas simples, ambos en contexto de violencia de género, en concurso real (arts. 149 bis 1° párrafo, 239 y 55 del Cód. Penal), pronunciamiento dictado por el Segundo Juzgado Penal Colegiado de General Alvear, Segunda Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- Resolución recurrida

La sentencia establece que el 14 de enero de 2019 a las 19:30 horas aproximadamente, el imputado se hizo presente en el domicilio de su ex pareja, sito enr, y profirió amenazas: «lo arreglamos fácil si te mato, mato a los nenes y me mato para terminar con todos los problemas que tenemos», luego de que su ex pareja le dijera que se fuera de la casa o llamaba al 911, habiendo a la vez desobedecido orden de prohibición de acercamiento dictada por el Juzgado de Familia.

2.- Recurso de casación

Se queja el defensor oficial porque han sido erróneamente aplicados los arts. 149 bis y 239 del Cód. Penal. Señala que no quedó acreditado con certeza que el imputado haya amenazado a la presunta víctima, puesto que en su declaración en el debate lo negó, alegando que sólo hubo una discusión por los hijos de ambos.

Respecto de la desobediencia, relató el encartado que pasó por la casa de su ex pareja para buscar unas herramientas que eran de su padre, y se las había pedido. Indica que a raíz de la construcción de la casa de su ex pareja, el imputado colaboró con la compra de materiales y con tareas propias de la construcción, lo que acreditó con dichos de testigos y constituye a la vez, prueba de la voluntad de la denunciante de dispensarlo de la medida restrictiva dictada por el Juzgado de Familia.

Refiere que la ex pareja de su asistido en su declaración no dijo que el episodio le haya producido miedo o impedido actuar libremente, sino que en realidad tenía bronca, rabia. Reitera que su pupilo nunca tuvo la intención de amedrentar a su ex esposa, sino de señalar su disconformidad con un hecho puntual, que fue insignificante, inidóneo para amedrentar.

Agrega que el a quo aplicó erróneamente la ley sustantiva, porque el suceso acaeció en un escenario de ofuscación y en el marco de una discusión en un contexto no violento, por lo que no admite subsunción

objetiva ni subjetiva. Dice que ambos protagonistas del hecho concuerdan en que fue al domicilio de la denunciante con su anuencia, para poder sacar materiales y herramientas de construcción que le pertenecían.

Alega que la primera restricción data del 2014 y luego de ello se retomó la convivencia, por lo que no fue voluntad del encartado vulnerar la orden de restricción, sino que el contacto era fluido y la orden de hecho, ya no tenía efecto. Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador opina que el recurso debe ser rechazado porque el juzgador evaluó las pruebas rendidas en un contexto que otorga credibilidad al relato de la denunciante, dado que se encontraba en un marco de violencia.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso de casación debe ser rechazado.

Ello por cuanto el a quo ha evaluado la prueba rendida, en particular, las declaraciones de la víctima, del imputado y de otros testigos, entre ellos la Psicóloga del C.A.I. de General Alvear que examinó a la denunciante –que a su entender se encontraba inmersa en un ciclo de violencia de género–, y la constancia de notificación de prohibición de acercamiento ordenada en el expediente P500.551/18, elementos de los que emerge la comisión por parte del encartado de los delitos que se le enrostran, así como el contexto de violencia en el que se encontraba sumida la víctima, aspecto que el juzgador pone de relieve en la sentencia.

Por su parte, la crítica evidencia una mera discrepancia con el criterio con el que inferior ponderó la prueba, insusceptible de conmover la decisión adoptada, según se ha dicho con anterioridad (L.S. 333-64, 400-240, 407-155, entre otros), toda vez que los arts. 149 bis y 239 del Cód. Penal han sido correctamente aplicados. De esta forma, esgrime el quejoso que no hay certeza acerca de la existencia de la amenaza, ya que sólo hubo una discusión doméstica, en la que los términos que usó el encausado no fueron idóneos para amedrentar a su ex pareja.

Sin embargo, no es eso lo que surge de su deposición, toda vez que afirmó que ella no estaba discutiendo, «[...]lo escuchaba nomás, agarré el teléfono y llamé a la policía», explicando que trató de mantener la calma, de «[...]no ponerme en el mismo lugar que él, agarré el teléfono, y salí de la casa, él venía atrás mío»; que quiso salir de la casa para llamar a la fuerza pública, porque si se quedaba en el interior de la casa temía que el encartado se pudiera volver «[...]más loco; me iba a dar una trompada y nadie se enteraba de nada». Agregó que el imputado le preguntó si de verdad estaba llamando a la policía, para decirle a continuación que si ello era así, al tema lo «[...]arreglamos fácil si te mato, mato a los nenes y me mato[...]», según surge del registro audio-visual de la audiencia de debate, al que he tenido acceso. También omitió considerar la defensa, que ante la pregunta del Fiscal la víctima expresó que sintió miedo, además de angustia, tristeza, rabia; manifestando que en un episodio anterior ya la había apuntado con un arma, por lo que nadie podía garantizarle que la amenaza proferida no se fuera a cumplir, que no sabía qué podía pasar, relato al que el inferior le confirió credibilidad.

En efecto, refiere el sentenciante que la víctima se encontraba «[...]dentro de un marco de violencia económica, física y psicológica, la misma relató que fue en distintas oportunidades agredida de forma física por el imputado, realizando distintas denuncias, tanto en la ciudad de San Rafael, como en General

Alvear», dando cuenta que fue sometida a una paliza en una oportunidad en la que encontró un mensaje de texto de otra mujer en el celular del imputado; que en otra ocasión la tiró al suelo y le dio patadas, estando ella embarazada, situaciones que «[...] eran luego minimizadas por el imputado que le solicitaba que retirara las denuncias porque si no él podía perder el trabajo y que de esa forma [...] no iban a tener qué comer ni ella ni sus hijos[...]» (fundamentos, fs. 497 vta.).

En definitiva, el a quo ponderó las pruebas de conformidad a lo establecido por esta Sala en casos análogos al presente, habiéndome referido a ello reiteradamente.

Efectivamente, el sentenciante asumió al momento de resolver, una perspectiva integral en relación a los criterios de valoración señalados en la Ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollan sus relaciones interpersonales. En este sentido, debo señalar que sobre la cuestión tuve ocasión de pronunciarme en diversos precedentes («**Cruz Caporiccio**», «**Merlo Lassa**»; «**Quiroga M**»; «**Ojeda Pérez**»; «**Vázquez Tumbarello**»; entre otros).

En especial en «Ojeda Pérez» sostuve que «[...] comparto que aquella concepción según la cual la perspectiva o visión de género es una “categoría analítica que toma los estudios que surgen desde las diferentes vertientes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma, cuestionar los estereotipos y elaborar nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad al servicio de la igualdad y la equidad” (UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017).

Destaco la idea de igualdad contenido en la definición en tanto se encuentra no sólo consagrada expresamente en el texto constitucional (art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza), sino, también, en el ámbito de la normativa internacional.

Así, entre otros, la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” - Belem Do Pará -, garantiza que toda mujer tiene “el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley” (art. 4, inc. “f”). Indiqué también en esa ocasión que «[...] en nuestro ordenamiento interno, la ley nacional 26.485 es una norma orientada pura y exclusivamente a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las “mujeres”.

En tal sentido, entre sus objetivos primordiales, el propio texto promueve y garantiza “la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida”, “el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia”, “las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos”, como también, “la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres”(art 2, inc. a, b, c y e respectivamente)».

Así, «[...] ese texto normativo vino a imponer un verdadero “deber jurídico” para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas.

Sus destinatarios directos son aquellos sujetos que integran los órganos decisores en el marco de los procesos judiciales penales, ya sea por el lado de quienes resultan facultados para disponer sobre el curso de investigación, como también, respecto de quienes son los encargados de su juzgamiento».

Ese deber jurídico no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley. Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que «[l]os organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativos, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional [...] los siguientes derechos y garantías: i) A la amplitud probatoria

para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son sus naturales testigos [...]» (art. 16)».

Ahora bien, «[...] además de ese deber genérico, ya en el terreno que resulta propio a la actuación de los órganos de justicia dentro de los procedimientos jurisdiccionales penales, el texto legal contiene dos normas que consagran lineamientos funcionales para los operadores del sistema de administración de justicia en el abordaje de la problemática de género. En consonancia con el sistema de protección integral, se consagra el principio de «amplia libertad probatoria» para tener por acreditados “los hechos denunciados, evaluándose las pruebas ofrecidas de acuerdo con el principio de la sana crítica. Se considerarán las presunciones que contribuyan a la demostración de los hechos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes” (art 31)».

De tal manera «[...] el texto legal vigente [Ley 26.485] no introduce un nuevo método de valoración probatoria para los casos de violencia de género, puesto que siempre la prueba debe valorarse conforme al sistema de la sana crítica racional (art. 206 y 409 del CPP).

A mi modo de ver, la imposición de un método de valoración de la prueba como herramienta obligatoria para el abordaje de esta problemática, se justifica ante la necesidad de evitar que los órganos jurisdiccionales decisores puedan apartarse en la adopción de decisiones, del contexto fáctico que es propio a este género de conductas delictivas».

Así, «[...] el acierto de la ley consistió en establecer, en forma igualitaria, un método de valoración que evite la discriminación que en ocasiones ocurría por prácticas derivadas de la cultura jurídica patriarcal inquisitiva, que se transformaron en consuetudinarias, y que era necesario erradicar.

Repárese que es la propia Convención Belem Do Pará donde se fija, como un deber de los Estados el “tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer” (art. 7, inc. “e”)

Ello no resulta novedoso para la labor jurisdiccional en razón de que «[...] siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba –objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento.

Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto. Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas».

Conforme a lo expresado «[...] es el contexto en el que se inserta el hecho delictivo el que viene a determinar el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio. Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres el testimonio de la víctima ostenta un valor fundamental en la comprobación de los extremos de una imputación delictiva, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la responsabilidad penal derivada del mismo».

De este modo, «[...] uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo. A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables». De no proceder de esta manera estaríamos recreando la

sociedad estamental –con características propias– del Estado premoderno, lo que implicaría una vulneración del principio de igualdad –que, como ya dije, se encuentra consagrado en el art. 16 de la CN y 7 de la CM–, el que, a su vez, constituye uno de los pilares de la República Federal. A lo señalado debe sumarse, según destacó en el **precedente «Vázquez Tumbarello»**, la relevancia de la ley 27.499, denominada «Ley Micaela», en tanto dispuso la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra la mujer para todas las personas que desempeñen la función pública, en cumplimiento del objetivo señalado.

En coincidencia con aquella normativa la Acordada n° 29.318 de esta Suprema Corte de Justicia, y su anexo «Programa de capacitación permanente para la incorporación de la perspectiva de género en el marco de la Suprema Corte de Justicia».

Así, con fundamento en el principio de igualdad y la consecuente prohibición de discriminación, se dispusieron una serie de acciones concretas para asegurar la «igualdad real» de las mujeres en sus relaciones interpersonales.

En conclusión, entiendo que la trascendencia de la **ley 26.485** radica no en conformar un estatus jurídico distinto aplicable a la mujer, sino que mediante la capacitación dirigida a los funcionarios públicos y, en lo que aquí interesa, a funcionarios y magistrados del poder judicial, se otorgue una perspectiva para valorar los elementos probatorios bajo el prisma de la igualdad consagrada en la normativa nacional.

Ella debe estar despojada de estereotipos y prácticas relacionadas con la cultura jurídica patriarcal-inquisitiva, plasmada en usos y costumbres que importaron, e importan, prácticas que impiden poner en contexto los medios convictivos al momento de su ponderación.

Estas consideraciones, reitero, son plenamente aplicables al caso por cuanto nos encontramos frente a un supuesto de violencia de género, en donde el tribunal de instancia anterior ha tenido en cuenta los parámetros antes referidos al momento de la ponderación contextual de los elementos de prueba obrantes en la causa. Con relación al delito de desobediencia, de fs. 424 se deriva que el encartado fue notificado el 21 de setiembre de 2017 de la prohibición de acercamiento a la denunciante, emanada del Juzgado de Familia, así como quedó acreditado que conocía en qué consistía esa prohibición, debido a las funciones que cumplía como policía.

Por su parte, el agravio consistente en que esa orden «[...]ya no tenía ningún tipo de efecto[...]» (recurso, fs. 514) porque los ex cónyuges mantenían contacto personal, prescinde de lo actuado en estos obrados, de donde se desprende que si bien el encausado iba a buscar los hijos a la casa de su ex pareja, y que le prestó una escalera para que colocaran el techo de la vivienda, en ningún momento la denunciante prestó su consentimiento para que permaneciera allí.

Es más, aclaró expresamente en el debate que le dijo tanto a él como a quienes trabajaban en la construcción, que no podía estar allí colaborando, que sólo podía ir a buscar los menores, según fluye del registro audio visual de dicha audiencia. Resta decir que es irrelevante la circunstancia que apunta el letrado, relativa a la orden de prohibición de acercamiento pronunciada en el año 2014, tras la cual las partes reanudaron la convivencia, toda vez que ello no ocurrió con la dictada en el año 2017, cuya falta de vigencia se descarta.

Por lo tanto, y opinión concordante del señor Procurador General, corresponde confirmar la sentencia cuestionada, por no adolecer de los vicios endilgados ni de arbitrariedad alguna. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Puesto a resolver el recurso casatorio promovido coincido con la solución a la que llega mi colega preopinante y, en cuanto a las consideraciones

vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género, me remito a lo oportunamente señalado en «**Di Cesare M**» y «**Mejía Salvador**» por resultar aplicable en ese aspecto el presente caso. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Comparto los fundamentos por los cuales el voto preopinante considera que corresponde desestimar los agravios esgrimidos por la defensa de M H. En especial, adhiero a las consideraciones realizadas en torno a la valoración de los elementos de prueba en hechos acontecidos en un contexto de violencia de género, a los que ya me he referido en numerosos pronunciamientos (ver «**Galdeano Reyes**», «**Merlo Lassa**», «**Alaniz Pineira**», entre otros).

En esta última oportunidad señalé en relación a la valoración de los elementos de prueba en función de la perspectiva de género que «[...] que para juzgar los conflictos en los cuales las mujeres son víctimas de violencia en sus distintas manifestaciones, hay que partir de aceptar que la realidad se encuentra polarizada en torno a patrones de dominación masculina que reproducen la discriminación en los distintos ámbitos en donde la mujer desarrolla sus relaciones interpersonales».

Destaqué también que «[...] los distintos operadores del derecho, tanto en la recaudación de elementos probatorios como al momento de valorarlos, deben orientar también su labor a detectar las circunstancias estructurales que perpetúan la violencia estructural contra las mujeres con el fin de imprimir en su análisis una perspectiva de género».

En función de ello entendí –en términos aplicables al sub lite– que «[e]n el presente caso, donde la víctima es una mujer y que por el contexto en que se desarrollaron los hechos podemos sostener que se encontraba en una situación de vulnerabilidad y desventaja en relación al imputado, son de entera aplicación los conceptos sobre violencia establecidos en las distintas normativas internacionales y nacionales y, por consiguiente, adquiere plena vigencia el deber de los Estados partes de tomar todas las medidas para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer en todas sus manifestaciones (art. 2 de la Convención «Belém do Pará»; y arts. 4 y 5 de la ley 26.485, de protección integral a las mujeres)».

Valoré también que «[...] el contenido e idoneidad intimidante de las amenazas no deben extraerse sólo de su literalidad, sino también del contexto situacional en el que se formulan y, muy especialmente, de las condiciones del sujeto pasivo».

Con base a los conceptos reseñados, entiendo que el juez sentenciante interpretó en forma satisfactoria los estándares probatorios delineados tanto en el sistema interamericano como en el orden nacional, en tanto para la acreditación de los hechos constitutivos de la agresión sufrida por la víctima, ponderó todos los elementos de juicio incorporados legítimamente al debate bajo los parámetros de valoración que impone la temática en estudio. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. OMAR A. PALERMO y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por F M M H, encuadrado en derecho a fs. 508/514 vta. por su defensa oficial.
- 2.- Tener presente la reserva formulada.
- 3.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

15- GIMENEZ HEREDIA. 10-09-20.

| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
|-----------|-------------|----|------|--------|---------|---------|----------|---------|-----------|---------|---------|-------------|----------|------------|
| VG | Par. | - | - | - | - | - | A | - | CR | - | - | - | N | 414 |
| | | | | | | | | | | | | | | 474 |

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200910_FcGHE.pdf

Lex: Art. 92 en función con el 89 y 80 inc. 1° y 11°, 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto del CP. Art. 38 inc b de la ley 9106. Art. 416 incs. 4° y 5° del CPP.

Vox: VG. Lesiones dolosas agravadas. Relación de pareja. Amenazas simples. Valoración de la prueba. Perspectiva de género. Imparcialidad. Imparcialidad. Nulidad de sentencia absolutoria. Determinación de la pena.

Summa:

El **JPC absolvió** al señalado absolvió al señalado por el beneficio de la duda del delito de lesiones leves dolosas agravadas por mediar relación de pareja y por mediar violencia de género (dos hechos) y amenazas simples en contexto de violencia de género, todo en concurso real por el beneficio de la duda. La **Fiscalía** interpone recurso de casación.

El **Procurador General** mantiene el recurso interpuesto por la Fiscalía.

La **SCJM** resolvió hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la Fiscalía, casar la sentencia y sus fundamentos. Revocó el resolutivo el que quedó redactado de la siguiente forma: «**Condenar a E J. G. H,** ya filiado, como autor penalmente responsable de los delitos de lesiones leves dolosas agravadas por mediar relación de pareja y por mediar violencia de género (dos hechos), amenazas simples en contexto de violencia de género y lesiones leves dolosas agravadas por el vínculo, todo en concurso real (arts. 92 en función con el 89 y 80 inc. 1° y 11, 149 bis 1° párrafo, 1° supuesto, arts. 92 en función con el 89 y 80 inc. 1° y 55 del CP), remitiendo las presentes actuaciones al JPC N° 2 a fin de que la OGAP siga el trámite de ley, conforme al resultado aquí arribado(art. 38 inc b de la ley 9.106)

Resolución cuestionada: Sentencia N° 2828, pronunciada por el JPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Ruiz Gutiérrez.18-02-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=8>
- Flores González. 10-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=30>
- Mopardo Dupoux.
- Galdeano Reyes. 31-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180731_FcGRJ.pdf
- Merlo Lassa. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=243>
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Ojeda Pérez: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>
- Brancelo Urbon. 05-03-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200305_FcBUD.pdf
- Di Cesare Morales. 26-06-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=156>
- Mejía Salvador. 10-09-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=197>

b-CIDH

- Castro Castro vs. Perú. Fondo, 25-11-06:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf

- Rosendo Cantú vs. México. 31-08-10:

https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=339

- Fernández Ortega y otro vs. México. 30-08-10:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/fernandez_ortega/esap.pdf

Doctrina citada.

UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017

<https://www.unicef.org/argentina/media/1516/file/Perspectiva%20de%20q%C3%A9nero.pdf>

<https://www.unicef.org/argentina/informes/comunicaci%C3%B3n-infancia-y-adolescencia-guia-para-periodistas>

SCJM. Dres.: **Adaro.** Palermo. Valerio (Disidencia parcial).

Ver Capítulo II. Lesiones.

16- OLGUIN. 14-10-20.

| | | | | | | | | | | | | | | |
|-----------|------------|----|------|------------|---------|---------|----------|---------|---------|---------|---------|-------------|---|------------|
| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
| VG | Par | - | | PCE | - | - | A | - | - | - | - | - | - | 474 |

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201014_FcOME.pdf

Lex: Art. 92 en función del art. 89 y 80 inc. 1° y 11° del CP

Vox: VG. Lesiones leves dolosas agravadas. Pareja. Violencia de género.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **seis meses de prisión de cumplimiento efectivo** como autor del delito de lesiones leves agravadas por la relación de pareja y por mediar violencia de género en dos hechos en concurso real (45, 92 en función del 89 y 80 inc. 1° y 11 y 55 del Código Penal).

La **defensa** interpone recurso de casación.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 649 (27-09-19), pronunciada por el TPC N° 1-2-1° CJ.

Doctrina citada.

UNICEF, "Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas", Buenos Aires, 2017

<https://www.unicef.org/argentina/media/1516/file/Perspectiva%20de%20q%C3%A9nero.pdf>

<https://www.unicef.org/argentina/informes/comunicaci%C3%B3n-infancia-y-adolescencia-guia-para-periodistas>

SCJM. Dres.: **Valerio**. Adaro. Palermo

Ver Capítulo II. Lesiones.

17- CARA GOMEZ. 14-10-20.

| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
|----|----|----|----------|------------|---------|---------|----------|---------|-----------|---------|---------|-------------|---|------------|
| - | - | - | A | PCE | - | - | A | - | CR | - | - | - | - | 474 |

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201014_FcCara.pdf

Lex: Art. 183, 149 bis 1° párrafo, 2° supuesto en función del art. 55 del CP.

Vox: Amenazas agravadas. Arma. Concurso real. Daño simple. Valoración de la prueba.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **un año de cumplimiento efectivo** como autor de los delitos de daño simple y amenazas agravadas por el uso de arma en concurso real (arts. 183, 149 bis primer párrafo segundo supuesto en función del art. 55 del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1602 (27-02-20), pronunciada por el JPC N° 1- 2° CJ.

SCJM. Dres.: **Adaro**. Palermo. Valerio.

Fallo:

CUIJ: 13-05362580-5/1((028501-33423)) SOLICITUD DE AUDIENCIA DE ACUSACION EN AUTOS N° 734145/19 CARATULADOS FC/ CARA GOMEZ P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN (33423) (33423/19) *105534684*

En Mendoza, a los catorce días del mes de octubre del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05362580-5 caratulada "SOLICITUD DE AUDIENCIA DE ACUSACION EN AUTOS N° 734145/19 caratulados FC/ CARA GOMEZ CARA GOME S/CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. OMAR A. PALERMO y tercero DR. JOSÉ V. VALERIO.

A fs. 75/86, la defensa oficial de Lucas Cara Gómez formula recurso de casación contra la sentencia n° 1602, de fecha 27 de febrero de 2.020, obrante a fs. 64 y vta. y sus fundamentos de fs. 65/70, en tanto condena a Lucas Rubén Cara Gómez a la pena de un año de cumplimiento efectivo como autor de los delitos de daño simple y amenazas agravadas por el uso de arma en concurso real (arts. 183, 149 bis primer párrafo segundo supuesto en función del art. 55 del CP).

El pronunciamiento fue dictado por el Dr. Ravagnani, Juez del Juzgado Penal Colegiado N° 1 de San Rafael, Segunda Circunscripción Judicial en autos N° P-734145/19.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

1.- La sentencia recurrida

La sentencia puesta en crisis tuvo por probado que el 27 de julio de 2.019 aproximadamente a las 00:10 hs. en el domicilio de calle Laprida n° 155 de Cuadro Nacional, San Rafael, se hizo presente Lucas Cara Gómez esgrimiendo un cuchillo de unos 30 cm de hoja y empuñadura plástica color negro y le dijo a Francisco Manzur «viejo culiado te vamos a pasar para el otro lado», lo que amedrentó a este último. A continuación, Lucas Cara y su hermano Gustavo Cara arrojaron piedras y trozos de ladrillo a un camión marca Fiat 619, dominio UDW 973, propiedad de Manzur ocasionando rotura total de las ventanillas y parabrisas, ópticas y luces traseras del vehículo.

Para así decidir el juez de sentencia valoró las testimoniales prestadas en audiencia de debate por Francisco Oscar Manzur; Verónica Beatriz Allende; Néstor Federico Herrera; Roque Ramón Alegre; Juan Antonio Cara Gómez; Rubén Oscar Leiton Flores; Horacio Alberto Flores López; Viviana Lorena Nuñez Santibañez; Francisco Emilio Manzur y César Emanuel Rivas Espósito; así como el resto de los elementos de prueba debidamente incorporados.

II.- El recurso de casación

A fs. 75/86 formula recurso de casación el defensor oficial de Lucas Cara Gómez a tenor de las previsiones del art. 474 inc. 2° del CPP. De esta manera considera que se han infringido las disposiciones previstas por el **art. 205 del CPP**, en relación a la valoración de los elementos de prueba y por el art. 2 del mismo cuerpo legal. Sostiene que el juez ha llevado a cabo una incorrecta valoración de los medios de prueba obrantes en la causa.

Refiere que las declaraciones de los imputados no han sido ponderadas, toda vez que no han sido mencionadas y no han tenido gravitación en la decisión.

Reclama también se asigne una correcta interpretación a las declaraciones de los testigos Francisco Oscar Manzur y Francisco Emilio Manzur (padre e hijo).

Afirma que es innegable por parte del testigo Francisco Oscar Manzur la intencionalidad y ganancialidad respecto de la suerte de los imputados, ya que su declaración estuvo cargada de descalificaciones de las que surge con evidencia su subjetividad.

Agrega que el testigo no colaboró con la investigación ya que no aportó las videofilmaciones del hecho y luego dijo que al manipularlas se le habían borrado.

A criterio del recurrente quedó acreditado –de los testimonios vertidos– que cuando Lucas Cara dañaba los bidones del camión, Manzur hijo disparó un rifle de aire comprimido contra éste. Entiende que si se considera tal acción como legítima defensa de bienes sería desproporcionada ya que apuntó a la cara del imputado.

Añade que Manzur hijo minimizó tal cuestión y omitió señalarla. Se queja de las preguntas indicativas del Fiscal dirigidas a Francisco Emilio Manzur en relación a los supuestos dichos amenazantes proferidos por Lucas Cara.

Esto ya que, según señala el recurrente, luego de varias preguntas es que el testigo manifestó la amenaza que habría vertido su defendido. Cuestiona la valoración de esa declaración a la que, según entiende, no se le puede dar valor absoluto en razón de su falta de espontaneidad.

A su vez, destaca que la valoración de tales testimonios es errónea en relación a los testigos Roque Alegre Amaya, Rubén Leyton y Juan Cara. Subraya que de las testimoniales no surge la amenaza. En tanto que las manifestaciones de Horacio Alberto Flores López convergen en el mismo sentido.

Como conclusión considera que los daños al camión han resultado acreditados pero no las amenazas atribuidas.

Formula reserva del caso federal.

III.- Dictamen del señor Procurador General

A fs. 11/12 se encuentra agregado el dictamen del Procurador General. Luego de analizar los agravios expuestos por el recurrente entiende que el defensor reedita en sus agravios la posición asumida y los planteos de la instancia anterior.

En relación a los dichos de Leyton considera que los mismos se encuentran comprometidos por ser vecinos de los imputados y por eso Flores dice no haber visto ni oído nada. En tanto considera que la versión de Juan Cara le resulta interesada por ser hermano de los acusados.

Sin embargo, las dos víctimas y Alegre dicen que las amenazas existieron y que la víctima y su hijo señalan claramente que Lucas Cara dijo «te voy a matar viejo culiado», como también que mientras largaba dos o tres puñaladas le decía que «se la iba a poner hasta el cabo».

Por ello afirma que la valoración de la prueba se llevó a cabo correctamente y aconseja el rechazo del recurso y la confirmación de la sentencia.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Analizado el recurso de casación promovido, así como la sentencia cuestionada, anticipo opinión en el sentido de que corresponde rechazar el primero y confirmar la segunda, de acuerdo a los motivos que a continuación paso a señalar.

Coincido con el Procurador General en relación a que el recurrente reedita en esta instancia casatoria los argumentos vertidos al momento de formular el alegato defensivo en la etapa de juicio, sin que logre superar en esta oportunidad las explicaciones aportadas por el juez de grado inferior al momento de señalar los motivos por los cuales estimó acreditados los hechos.

En este sentido advierto que del contenido del recurso surge que las críticas se dirigen a cuestionar la valoración de los medios convictivos en torno al delito de amenazas agravadas por el uso de arma por el que fuera condenado sólo Lucas Cara Gómez.

Establecido ello considero que la alegada omisión de valoración de las declaraciones de los imputados – Lucas y Gustavo Cara Gómez– no ostenta la trascendencia que pretende asignarle el recurrente. Al respecto advierto que la versión de Lucas Cara radica en negar haber proferido la amenaza a Manzur y ubicar la utilización del cuchillo –aunque no admite haberlo usado en contra del denunciante– con posterioridad a la agresión que el mismo sufriera con un rifle de aire comprimido (ver registro audiovisual del debate en fecha 10/12/19 a partir del minuto 30.36) y, en similar sentido, Gustavo Cara Gómez (ver registro audiovisual citado a partir del minuto 45.38).

No obstante entiendo que la circunstancia de que el juez se expidiera asignando crédito a la hipótesis acusatoria deriva de haberla contrapuesto con la versión de Lucas y Gustavo Cara Gómez, como también con los elementos de convicción para, de esta manera, tener por probada la existencia de la amenaza vertida por Lucas Cara Gómez a Francisco Manzur al tiempo que esgrimía un arma blanca.

En efecto no sólo sustentan la hipótesis del anuncio intimidatorio vertido por el imputado al tiempo que éste esgrimía un arma blanca, las manifestaciones de Francisco Emilio Manzur y Francisco Oscar Manzur, sino también los dichos de Roque Alegre Amaya.

Este último, pese a señalar que no vio el arma en poder de Lucas dijo que escuchó el anuncio del imputado relativo a que iba a matar a Francisco Emilio Manzur (ver registro audiovisual de la audiencia de fecha 13/12/19 a partir de la hora 1.23.00).

Tampoco logran conmover el estado de certeza al que arribó el sentenciante las manifestaciones de los testigos Leyton y Flores, al respecto advierto que aunque Flores no formuló referencias a que Lucas Cara haya vertido amenazas ni que hubiese llevado un arma blanca, Leyton sí refirió en poder de uno de los imputados una faca (registro audiovisual de fecha 26/12/19).

De lo expuesto emerge que si bien los diferentes testigos percibieron los hechos en sus diversas secuencias –así mientras algunos no vieron el arma blanca otros no escucharon el anuncio intimidatorio–, el sentenciante, acertadamente, tuvo por acreditados los hechos de la hipótesis acusatoria.

Ello al valorar integralmente aquéllas declaraciones. En este sentido destacó que la declaración prestada en debate por Francisco Oscar Manzur se mantuvo coincidente con la versión aportada al formular denuncia.

A su vez, señaló que esa versión se vio corroborada por su padre – Francisco Emilio Manzur– y por Roque Alegre, en tanto que la utilización del arma blanca no sólo emergía de los dichos de aquéllos testigos, sino también de las declaraciones de los efectivos policiales que concurrieron al lugar del hecho.

En efecto, y sobre el particular, se expidieron Verónica Allende y Herrera Pérez (registros audiovisuales de fecha 13/12/19 minuto 43 y hora 1:13:00 respectivamente) y Núñez Santibáñez (registro audiovisual 26/12/19 minuto 45)

De tal manera los argumentos señalados por el recurrente no logran derribar las conclusiones a las que llega el sentenciante en relación a los motivos por los cuales consideró acreditado el delito de amenaza con arma por el que resultó condenado Lucas Cara.

Por ello las razones que asigna al denunciante y su padre para agravar la situación de su defendido no resultan más que conjeturas, en tanto que los medios de convicción obrantes en autos han resultado suficientes para la acreditación del hecho y la ponderación de aquéllos se llevó a cabo respetando los principios de la sana crítica racional.

Por lo expuesto y opinión concordante del señor Procurador General, corresponde dar respuesta negativa a la primera cuestión y rechazar el recurso casatorio promovido. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo y Dr. Valerio. Adhiere.

Sobre la misma cuestión los DRES. OMAR A. PALERMO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede. SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 75/86 por la defensa de Lucas Cara Gómez y, en consecuencia, confirmar la sentencia N° 1602 y sus fundamentos dictada por el Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Segunda Circunscripción Judicial.
- 2.- Téngase presente la reserva del caso federal efectuada.
- 3.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen a sus efectos.-

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

18- GALFO RAMIREZ. 16-10-20.

| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
|----|----|----|------|--------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|-------------|---|-----|
| - | - | - | - | - | - | - | - | - | - | -3° | - | - | - | 474 |
| | | | | | | | | | | | | | | 353 |

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201016_FcGalfo.pdf

Lex: Art. 67, 6° párrafo inc. c y d del CP. Art. 417 quater del CPP.

Vox: Amenazas. Prescripción. Actos interruptivos. Audiencia de Acusación.

Summa:

El **JPC** rechazó el sobreseimiento del nombrado, no haciendo lugar al pedido de prescripción de la acción penal.

La **defensa** interpone recurso de casación.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Auto pronunciado por el JPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Asat Haltky. 23-08-18. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=393>

Precedentes relacionados.

- Galfo Ramírez. 16-10-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=405>
- Prieto, Marin. 26-11-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=452>
- Patti Gobbi. 07-04-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=801>
- Castillo Ordoñez. 11-05-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=835>
- Pandolfino. 12-05-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=824>

SCJM. Dres.: **Valerio.** Palermo. Adaro.

Fallo:

CUIJ: 13-04863377-8/1((018502-28475)) FC/ GALFO RAMIREZ DANTE OMAR P/ AMENAZAS SIMPLES (28475) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104946565*

En Mendoza, a los dieciséis días del mes de octubre del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04863377-8/1 caratulada "F. C/ GALFO RAMÍREZ DANTE OMAR P/ AMENAZAS SIMPLES S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. OMAR A. PALERMO y tercero DR. MARIO D. ADARO.

La defensa del imputado Dante Galfo Ramírez interpone recurso de casación (fs. 25/33) contra la resolución que obra en soporte audiovisual, cuya constancia de realización luce a fs. 24 vta., mediante la cual se rechazó el sobreseimiento del nombrado, no haciendo lugar al pedido de prescripción de la acción penal, pronunciamiento dictado por el Juzgado Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial. De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- Resolución recurrida

La resolución rechaza el pedido de prescripción de la acción y consecuente sobreseimiento del imputado, porque entiende que en autos se han verificado actos interruptivos, entre ellos el requerimiento de citación a juicio del 1 de febrero de 2018 y la audiencia de acusación que fue solicitada el 26 de octubre de 2018, aceptando luego las pruebas ofrecidas por las partes.

2.- Recurso de casación

Se queja la defensa porque nunca se notificó personalmente a su asistido el requerimiento de citación a juicio, y tampoco se le dio participación ni vista a la querellante del pedido de prescripción y sobreseimiento.

Expresa que un proceso que lleva un tiempo desmedido no es un juicio justo, y que desde la indagatoria a la realización de la audiencia en la que se adoptó la decisión recurrida, transcurrieron más de dos años y 5 meses.

Reseña que a fs. 283, el 3 de abril de 2019, el Ministerio Fiscal no resolvió el planteo de prescripción que hizo, y dispuso que se tratara ese tema en la audiencia de acusación, por ser una audiencia multipropósito, omitiéndose el carácter de orden público de la prescripción, culpando el Ministerio Fiscal de la demora a la OGAP.

Sostiene que no sólo se ha incurrido en un vicio in iudicando por la errónea aplicación de la ley sustantiva, sino que también se verifica un vicio in procedendo, derivado de las deficiencias en la motivación del fallo.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador opina que el recurso debe ser rechazado, porque la jueza desestimó fundadamente el planteo, ya que la prescripción de la acción penal ha sido interrumpida. Considera que son actos interruptivos de la prescripción, la imputación conforme al art. 271 CPP, que tuvo lugar un día después

que ocurrieran los hechos; el requerimiento de citación a juicio del 1 de febrero de 2018 y el pedido de fecha para realizar la audiencia de acusación del 26 de octubre de 2018, que fue proveído el 20 de diciembre de 2018.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso no debe ser acogido. En efecto, de las actuaciones que tengo a la vista, surge que el hecho objeto del presente fue cometido el 27 de marzo de 2017, datando el primer llamado para recibir declaración indagatoria del 28 de marzo de 2017, constituyendo éste el primer acto interruptivo de la prescripción, aspecto que no ha sido discutido por el quejoso.

Con posterioridad, el 26 de octubre de 2018, a fs. 275, la fiscal interviniente pidió que se fijara fecha de audiencia para llevar a cabo la acusación fiscal, antes de que transcurrieran los dos años establecidos por los **art. 62 inc. 2° Cód. Penal y 149 bis 1° párrafo, 1° supuesto Cód. Penal**, en lo que constituye el segundo acto interruptivo del curso de la prescripción.

Ello por cuanto este Cuerpo ha dicho recientemente en **«Asat Haltky»**, en términos que resultan aplicables al presente, que el pedido del agente fiscal de fijación de fecha para llevar a cabo la audiencia de acusación, conforme a la reforma operada por la ley 8929, interrumpe la prescripción, puesto que «...no obstante la variación entre requerir al Juez Correccional decreto de citación a juicio y requerir al mismo magistrado audiencia de acusación, no se advierte en la reforma legislativa ninguna modificación que haya alterado la finalidad del acto ni sus efectos y tampoco los recaudos formales para su procedencia.

Tal es así, que en el requerimiento del decreto de citación y en la solicitud de audiencia de acusación deben observarse idénticos requisitos, esto es, la individualización del o los imputados, la enunciación de los hechos y su calificación legal, siempre que se haya concluido la información sumaria y existieren «elementos de convicción suficientes para sostener como probables la participación punible del imputado en el hecho intimado» (**art. 417 quater**)».

De este modo, debe considerarse que esos actos son equivalentes y poseen la misma virtualidad interruptiva, de conformidad a lo establecido por el **art. 67 sexto párrafo, inc. c)** del Código Penal, con independencia del día en que efectivamente se fijó y se realizó dicha audiencia, lo que permite fundamentadamente desechar el agravio que en este sentido esgrime el impugnante, quien afirmó que la prescripción había operado el 29 de marzo de 2019.

De esto se deriva que la ley no ha sido erróneamente aplicada, y que la fundamentación de la decisión impugnada es suficiente a los efectos del mantenimiento del dictum como acto jurisdiccional válido, a tenor de la reiterada jurisprudencia de esta Sala (**L.S. 186-427, 153-011, 354- 218, 392-94 y 397-177**, entre otros).

Por su parte, lo hasta acá desarrollado permite descartar que se haya vulnerado el derecho del imputado a ser juzgado en un plazo razonable, sin que configure una causal de nulidad de la audiencia de acusación llevada a cabo, la circunstancia que no se le haya corrido vista del pedido de prescripción, sobreseimiento y del ofrecimiento de prueba efectuado en subsidio a la parte querellante particular, en virtud de lo dispuesto por los **arts. 198 y siguientes del CPP**.

Así, no es la invocada una nulidad que pueda incoarse en cualquier momento, como asevera el quejoso, quien no formuló el planteo en la oportunidad procesal adecuada, resultando en este caso de plena aplicación la doctrina de los actos propios (**L.S. 337-083, entre otros**), toda vez que consintió que la inferior

resolviera en las condiciones que ahora lo agravan, no obstante que se encontraba presente el letrado de la querellante particular, quien no pidió la palabra.

Finalmente, el último acto con entidad para interrumpir la prescripción se produjo durante la audiencia del 10 de agosto de 2019, oportunidad en la que luego de rechazarse el pedido de prescripción, se recibieron y controlaron las pruebas que arrimaron las partes y se tuvieron por aceptadas, disponiendo la juzgadora la radicación de los autos en OGAP 2, a quien le encomendó que actualice los antecedentes del encartado y «...fijar fecha oportunamente a los efectos de la realización de la audiencia de debate...», según surge del registro audio-visual de dicho acto procesal, todo ello en virtud del **art. 67 sexto párrafo inc. d) del Cód. Penal**.

Resta decir que no me he referido al requerimiento de elevación a juicio que efectuó la fiscal a fs. 242, el 1 de febrero de 2018, otorgándole la calidad de acto interruptivo en el sub-lite, no obstante que la tendría, ya que a esa fecha se encontraba vigente la Ley 8929, que no preveía el requerimiento escrito, salvo para el supuesto que el imputado se encontrara privado de su libertad, lo que no ocurría en este caso.

En definitiva, en las presentes actuaciones no se ha producido la extinción de la acción penal por el transcurso del tiempo, debiendo continuar el trámite procesal según su estado.

Por lo tanto, y opinión concordante del señor Procurador General, corresponde confirmar la resolución cuestionada, por no adolecer de los vicios endilgados ni de arbitrariedad alguna. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere, por sus fundamentos, al voto que precede.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, POR SUS FUNDAMENTOS, DIJO: Si bien coincido con la solución a la que llegan mis colegas de Sala, no comparto la posición que ellos asumen en relación a qué actos procesales de nuestro ámbito local –sobre todo a partir de las reformas de las leyes 8929 y 9040– interrumpen el curso de la prescripción. Veamos.

Como se reseñó en el voto precedente, en la resolución impugnada se señaló que en las presentes actuaciones la acción penal continuaba vigente. Ello en virtud de haberse producido actos con capacidad interruptiva del curso de la prescripción, tales como el requerimiento de citación a juicio –de fecha 01 de febrero de 2018– y la solicitud de audiencia de acusación –de fecha 26 de octubre de 2018–.

De los actos referidos, entiendo que tan sólo a uno de ellos se le puede atribuir aquella capacidad interruptiva. Concretamente al requerimiento de citación a juicio emitido por el fiscal de la causa –en virtud de lo dispuesto por el art. 67, quinto párrafo, inc. c) del CP–, pero no a la solicitud de audiencia de acusación, prevista en el art. 417 quater del CPP vigente en nuestra provincia de Mendoza.

Ello, en tanto tal petición no reúne las condiciones para ser equiparada al «requerimiento acusatorio de apertura o elevación a juicio» como se considera en el fallo cuestionado y en el voto que antecede.

Resulta claro que el requerimiento de audiencia de acusación que debe efectuar el representante del Ministerio Público Fiscal –una vez que se haya cumplido el plazo de la información sumaria o información sumaria como investigación fiscal y siempre que se estimare que existen elementos de convicción suficiente para sostener como probable la participación punible del imputado en el hecho intimado– tiene algunos rasgos comunes con el requerimiento de citación a juicio que correspondía efectuarse en los procedimientos correccionales antes de las reformas introducidas por las leyes 8929 y 9040.

Sobre todo si se tiene que cuenta que la petición debe contener idénticos recaudos que los contenidos en el requerimiento fiscal previsto por el Código de Procedimientos vigente con anterioridad a las reformas

aludidas. Sin embargo, advierto que lo dispuesto por los arts. 417 quater y quinquies del CPP desvirtúa tal equiparación.

Efectivamente, el primero de artículos citados precedentemente dispone que el representante del Ministerio Público Fiscal requerirá audiencia, al juez correccional o a la OGAP, para sostener oralmente la acusación, clausurando así la investigación.

Asimismo, deberá notificar vía electrónica a la defensa el pedido de audiencia de acusación y luego remitir el legajo o las actuaciones al juzgado o a la OGAP. Ello revela que el pedido de audiencia referido no constituye un acto que pueda ser asimilado al requerimiento de citación a juicio, puesto que no tiene más efecto que clausurar la información sumaria o investigación sumaria como investigación fiscal y procurar que la OGAP o el juez correccional fijen fecha de audiencia para «sostener oralmente la acusación fiscal», como expresa la propia ley (**art. 417 quater del CPP**).

En otras palabras, la acusación propiamente dicha no se encuentra instrumentada en la solicitud de audiencia, sino que será exteriorizada y, por ello, formalizada durante la audiencia de acusación que se celebre como resultado de aquel pedido.

En consecuencia, no es el pedido de audiencia de acusación el acto equiparable al requerimiento de citación a juicio, sino la «formulación de la acusación» que el representante del Ministerio Público Fiscal efectúe luego de abierta la audiencia aludida (art. 417 quinquies del CPP).

Es que, según entiendo, la audiencia de acusación ya referida consta de dos etapas claramente diferenciadas en la norma que la regula. La primera destinada a la formalización de la acusación, planteo de defensas –puesto que no existe otra oportunidad para hacerlo–, o de solicitudes de aplicación de algún criterio de oportunidad o juicio abreviado; y la segunda, prevista ante el fracaso de la primera etapa, comprensiva de los actos propios de la audiencia preliminar como consecuencia del requerimiento acusatorio de citación de las partes a juicio (**arts. 364, último párrafo; 366; 367; 368; 369 y 370 del CPP**).

En definitiva, el acto equiparable al requerimiento de citación a juicio como acto interruptivo de la prescripción de la acción penal (**art. 67, quinto párrafo, inc. c) del CP**) no resulta ser la solicitud de audiencia de acusación prevista en el **art. 417 quater del CPP**, sino, y como se señaló, la «formulación de la acusación» efectuada por el representante del Ministerio Público Fiscal durante el desarrollo de esa audiencia, conforme prevé el art. 417 quinquies del CPP.

Ahora bien, establecida mi postura, corresponde determinar si en la presente la acción penal ejercida continúa vigente. En ese orden, llego a la misma conclusión que mis colegas de Sala, teniendo en cuenta que entre los actos procesales a los que, según entiendo, cabe atribuirles capacidad interruptiva no ha transcurrido el plazo máximo de tiempo para que se produzca la prescripción de la acción penal.

En efecto, de la compulsa de estos obrados surge la existencia de tres actos interruptivos de la prescripción: 1) el primer llamado a recibir declaración indagatoria de fecha 28 de marzo de 2017 (fs. 33/34); 2) el requerimiento de citación a juicio de fecha 1 de febrero de 2018 (fs. 242/248 vta.); y 3) la celebración en la audiencia en la que se formuló acusación y se dedujo el incidente que motivó el presente tratamiento de fecha 10 de agosto de 2019 (fs. 24 y vta.).

Sin embargo, entre cada uno de los actos procesales mencionados no advierto que haya transcurrido un periodo de más de dos años –plazo máximo de prescripción para el delito de amenazas simples (art. 149 bis, primer párrafo, primer supuesto del CP) que le fuera intimado a **Galfo Ramírez**–, por lo que considero que el curso de la prescripción se ha interrumpido de manera tal que la acción penal continúa vigente.

En virtud de ello, corresponde rechazar el recurso de casación deducido por la defensa del imputado y dar respuesta afirmativa a la primera cuestión propuesta. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

Sobre la misma cuestión los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 25/33 por la defensa de Dante Omar Galfo Ramírez.
- 2.- Tener presente la reserva formulada.
- 3.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

19- VILLEGAS VILLEGAS. 29-10-20.

| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
|-----------|----|----|------|--------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|-------------|----------|------------|
| | | | | | | | | | | | | | | 474 |
| VG | - | - | | - | - | - | - | - | - | - | - | - | N | 353 |

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201029_FcVVA.pdf

Lex: Art. 149 bis 1° párrafo 2° supuesto del CP. Art. 353 inc. 2° del CPP. Ley 26485

Vox: VG. Amenazas agravadas. Nulidad de pedido de audiencia. Sobreseimiento. Perspectiva de género.

Summa:

El **TPC** resolvió: a) declaró la **nulidad absoluta del pedido de audiencia** de acusación en autos N° P 161.203/17 y dispuso el **sobreseimiento** de A. V. V. por el delito de amenazas agravadas por el uso de arma de fuego que se le atribuyó en esa causa; b) declaró la **nulidad del pedido de audiencia de acusación** en los autos N° P 161.177/17 por no ajustarse a las resoluciones jurisdiccionales dictadas en la causa, así como también declaró la **nulidad del avoque** de fs. 126 y de todos los actos posteriores; a su vez, en ambas causas ordenó extraer compulsas en relación a la representante del Ministerio Público Fiscal, Dra. Mónica Romero.

La **Fiscalía** interpone recurso de casación.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** resolvió hacer lugar al recurso de casación promovido por el MPF y en consecuencia revocar la resolución y la sentencia dictada, remitiendo las actuaciones al JPC a fin de que la OGAP determine el juez que habrá de intervenir.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 2120, pronunciada por el JPC N° 1- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Morales Quiroga.
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Merlo Lassa. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=243>
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>
- Galdeano Reyes. 31-07-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=242>
- Concha, Jesús. 20-09-18. https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- Alaniz Pineira. 23-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=37>
- Di Cesare Morales. 26-06-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=156>
- Mejía Salvador. 10-09-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=197>

SCJM. Dres.: **Adaro.** Palermo. Valerio.

Fallo:

CUIJ: 13-04791288-6/1((018501-161203)) FC/ V. V. A. W.P/ AMENAZAS AGRAVADAS POR EL USO DE ARMAS (161203) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104870611*

En Mendoza, a los veintinueve días del mes de octubre del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N°13-04791288-6, caratulada "F. C/V. V. A. W. S/CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. OMAR A. PALERMO y tercero DR. JOSÉ V. VALERIO.

A fs. 37/42 y 50/52 la titular de la Fiscalía de instrucción n° 4, de la Unidad Fiscal Especializada en Violencia de Género promueve recurso de casación contra la decisión de fecha 14 de marzo de 2.019, obrante a fs. 33/35 en tanto que: a) declaró la nulidad absoluta del pedido de audiencia de acusación en autos N° P 161.203/17 y dispuso el sobreseimiento de A. V. V. por el delito de amenazas agravadas por el uso de arma de fuego que se le atribuyó en esa causa; b) declaró la nulidad del pedido de audiencia de acusación en los autos N° P 161.177/17 por no ajustarse a las resoluciones jurisdiccionales dictadas en la causa, así como también declaró la nulidad del avoque de fs. 126 y de todos los actos posteriores; a su vez, en ambas causas ordenó extraer compulsas en relación a la representante del Ministerio Público Fiscal, Dra. Mónica Romero.

El pronunciamiento cuestionado fue dictado por el Primer Juzgado Penal Colegiado, en los autos N° P 161.203/17 y P 161.177/17.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

I.- La sentencia recurrida

La resolución cuestionada en lo pertinente para la solución del recurso planteado resolvió, en autos P 161203/17, declarar la nulidad absoluta del pedido de audiencia de acusación en estas actuaciones; extraer compulsas administrativa y penal contra la Fiscal de Instrucción, al considerar que no había cumplido sus deberes de funcionario público.

En relación al imputado A. W. V. V., dispuso su sobreseimiento del delito atribuido amenazas agravadas por el uso de arma de fuego (art. 149 bis primer párrafo segundo supuesto del CP), de conformidad con lo dispuesto en el art. 353 inc. 2° del CPP.

En autos P-161.177/17, declaró la nulidad del pedido de audiencia de acusación al considerar que no se ajustaba a las resoluciones jurisdiccionales dictadas en la causa, declaró la nulidad del avoque de fs. 126 y de todos los actos posteriores al considerar que no se había observado una decisión por ella emitida, y por entender que no se había incorporado prueba alguna posterior que modificara su decisión.

Dispuso compulsas en relación a la Dra. Mónica Romero, fiscal de la causa. Efectivamente la a fs. 35 y vta. se encuentra agregada la Sentencia N° 2120 de fecha 14 de marzo de 2.019, cuya parte resolutive expresa: «I- DISPONER el sobreseimiento de A. W. V. V. de otros datos consignados en autos del delito de Amenazas agravadas por el uso de arma de fuego (art. 149 bis primer párrafo segundo supuesto del CP) de conformidad con lo dispuesto por el art. 353 inciso 2° del CPP. II- Firme la resolución emitir las comunicaciones a los organismos que correspondiere para que tomen debida nota. III – Se deja constancia

que el imputado, los defensores, el Sr. Ayudante Fiscal y la Dra. Villanueva se notifican de los fundamentos y las partes resolutivas de la sentencia nº 2120 de sobreseimiento en el día de la fecha en la sala nº 32 en autos P 161203/17».

II.- El recurso de casación de la representante del Ministerio Público Fiscal

La recurrente refiere que la resolución atacada padece de falta de fundamentación, así como que ha vulnerado principios procesales de acusación, contradicción, oralidad e inmediación.

Explica que del audio y video de la audiencia del 14 de marzo de 2019 se desprende que la jueza no siguió el procedimiento establecido por el CPP para una audiencia de acusación de procedimiento correccional. Señala que la magistrada en ningún momento escuchó la acusación, ni tampoco las pruebas en las que se basaba.

De tal manera, declaró la nulidad absoluta de ambos pedidos y resolvió un sobreseimiento sin fundamentación, remitiéndose a los fundamentos escritos de una audiencia anterior, al tiempo que indicó «pérfidamente» que no se había producido nueva prueba de cargo. Refiere que al remitirse a argumentos de resoluciones –dictadas por la misma jueza– agregadas a fs. 235/236 de autos Nº P-161.203/17, y de fs. 119/120 de autos Nº P-161.117/17, la jueza añadió que esos argumentos habían sido confirmados por la prueba aportada por la parte defensiva sin mencionar qué tipo y calidad de elementos probatorios eran a los que se refería, ni el motivo por el cual no valoró la nueva prueba de la Fiscalía en relación al contexto de violencia de género. Expresa que el pedido de audiencia de finalización de información sumaria de ambas causas se encontraba debidamente fundada en la normativa procesal de los **arts. 417 ter y quáter del CPP**.

Pone de relieve la necesidad de que, ante hechos cometidos en la esfera íntima, sin testigos presenciales y con prueba objetiva de cargo –tal como el acta de procedimiento y desgrabado del CEO en autos Nº P 161.203/17– es necesario incorporar prueba que acredite la violencia de género para valorar los hechos desde esa perspectiva. Por tal motivo entiende que resulta fundamental la incorporación de la declaración de la Lic. en psicología del EPI, pese a ello la jueza no la valoró.

Enuncia la normativa de la Convención de Belem do Pará en virtud de la cual se obliga a los Estados, a través de sus operadores, a establecer procedimientos justos y eficaces, sin revictimización de las personas afectadas. Además se garantiza un juicio oportuno y el efectivo acceso a la justicia.

Expresa que en la audiencia cuestionada nada de esto ocurrió, en tanto no se dio cumplimiento al procedimiento formal del art. 417 quinquies del CPP y se vedó la posibilidad al órgano acusador de formular acusación fiscal –art. 417 quater y quinquies del CPP– en base a una valoración con perspectiva de género de los elementos de prueba reunidos.

Asimismo, no se escuchó a la víctima, ni se dio intervención a la parte querellante. Señala que la etapa crítica de la investigación penal representada en la audiencia de acusación fiscal de un procedimiento correccional, tiene por objeto formular acusación con elementos suficientes para promover la apertura del juicio contra el imputado, pero en las causas en análisis, este requerimiento oral no pudo ser formulado.

Expresa que nuestro ordenamiento procesal instauró un sistema de base acusatoria que garantiza el contradictorio en cada una de las audiencias que y la figura del juez resulta, más que nunca, un tercero imparcial que decide sobre aquello que las partes ponen en su conocimiento, con el correspondiente control de legalidad.

Por ello es que cuestiona la actuación de la jueza de la instancia anterior, en tanto decidió la nulidad de los pedidos de audiencia de acusación y fundó la sentencia de sobreseimiento de oficio, sin escuchar los fundamentos del pedido de audiencia, ni valorar prueba por las partes del proceso.

Contrariamente, reprodujo argumentos de otra audiencia –que tenía otro objeto procesal– y sin más que señalar –infundadamente, a criterio de la recurrente– que no se produjeron nuevas pruebas, resolvió declarando la nulidad de los pedidos de audiencia y de un decreto de modificación de avoque.

Asimismo sobreseyó al imputado sobre la base de su conocimiento anterior de la causa, fragmentado lo sucedido en audiencia.

Así, por los motivos señalados, considera que las resoluciones que impugna se sustentan en una inobservancia de la ley procesal y el debido proceso y que, por lo tanto, resultan arbitrarias y contrarias a derecho. Añade que la actuación de la jueza vedó el acceso a la justicia de la víctima y en abono a tal afirmación invoca jurisprudencia de la Corte IDH.

Por lo expuesto solicita que se admita y acoja el recurso formulado, se case la resolución impugnada procediendo a su anulación total y se remita la causa al subrogante legal que corresponda intervenir.

III.- Dictamen del señor Procurador General

A fs. 56 el Procurador General mantiene el recurso de casación promovido y a fs. 61 al contestar la vista conferida se remitió a los argumentos vertidos por la recurrente al fundar la casación.

IV.- La solución del caso.

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Del examen del recurso de casación promovido, la resolución cuestionada y las constancias de las causas anticipo mi opinión en el sentido de que la crítica debe ser acogida. Ello en tanto considero que se verifican los agravios formulados en aquélla.

De forma preliminar estimo necesario llevar a cabo un detalle de las causas que el día (poner fecha) se ventilaron ante la jueza del primer juzgado penal colegiado al momento de llevarse a cabo la audiencia de acusación prevista por el art. 417 del CPP.

a) Se dio inicio a los autos N° P-161177/17 a raíz de la denuncia expuesta por M. V. C. quien señaló que el 9 de diciembre de 2.017 a las 20:45 hs. aproximadamente, se hallaba en el domicilio ubicado en calle... junto a quien era su pareja, A. W. V.. En esa ocasión aquél le señaló «me tenés podrido, siempre lo mismo con vos, reclamos y más reclamos». A continuación le tiró la cartera al suelo, abrió la puerta y le dijo «quiero que te vayas».

La denunciante comenzó a llorar y V. la tomó de sus brazos, y sujetándola con fuerza le repitió que se fuera. Así, golpeándola en las piernas, la obligó a salir del departamento. Los hechos así descriptos fueron calificados como lesiones leves dolosas agravadas por ser cometidas en contexto de violencia de género (**art. 89 en función del art. 80 inc. 1°1 y 11 del CP y 4 de la ley 26.485**).

Durante la investigación se realizó a la denunciante un examen físico (fs. 61) del que se desprende que presentaba: equimosis de 4 cm de diámetro aproximadamente en cara interna de muslo derecho, tercio inferior, equimosis de 6 cm. de diámetro aproximadamente en cara interna de pierna derecha, tercio superior y, equimosis de 5 cm x 1 cm aproximadamente en cara interna de pierna izquierda tercio medio. Las lesiones referidas se estimaron que tenían un tiempo probable de curación menor a un mes.

Luego, a fs. 73 de los autos señalados se incorporó el examen psicológico practicado a A. V. quien presentó personalidad con escasa estimulación psicosocial, intolerancia, irritabilidad, ansiedad, con posibilidad de actuar de manera impulsiva y hostil.

Así también que era responsable de sus actos y requería tratamiento, y que no resultaba conveniente que se acercase a su pareja. De la entrevista que se llevó a cabo a la denunciante a través de profesionales del EPI – Acordada Nº 27.794 de la SCJM y Resolución del MPF Nº 719/16– surge que la predicción de riesgo de violencia física grave se estimaba alta (ver fs. 75 y vta.).

Asimismo se detallaron en el informe las características del vínculo como disfuncionales y un historial de violencia física y sexual. El 16 de enero de 2.018, la jueza del –entonces– Tercer Juzgado de Garantías no hizo lugar al pedido de prisión preventiva (fs. 119/120 vta.).

Consideró probado que C. había sufrido lesiones, que éstas eran leves y que el autor de los golpes había sido A. V. Sin embargo, no compartió la calificación legal.

Refirió la jueza que la mujer se encontraba en domicilio de V., que aquél luego de una discusión le dijo que se fuera, la tomó de los brazos y –según la denunciante– comenzó un forcejeo.

Entendió la magistrada que el forcejeo obedeció a que la denunciante no quería retirarse de la casa de V. y que era derecho de éste requerirle a la mujer que se retire de su domicilio.

Destacó la jueza, además, que al declarar el imputado (fs. 64/65), negó el hecho atribuido. Así la a quo entendió que las lesiones sufridas por la mujer eran de carácter culposo y se produjeron en el marco de un incidente en el que la mujer se negaba a abandonar el domicilio de V., de tal manera V. insistió por las vías de hecho y en tal circunstancia la mujer sufrió equimosis en sus miembros inferiores.

b) En relación a los autos Nº P-161.203/77, el hecho investigado consistió en que el 11 de diciembre de 2017 a raíz de un llamado que ingresó al número telefónico 911, un móvil policial concurrió a calle... Allí efectivos policiales entrevistaron a M. C. quien dijo que se había dirigido al lugar porque A. V., su novio, le había pedido hablar pero en el lugar, éste le colocó un arma de fuego en la cabeza y la amenazó.

Se procedió al secuestro del arma reglamentaria 9mm marca Browning nº fabril..., dos cargadores con igual número fabril, quince cartuchos y un porta chaleco antibalas. Se inició causa nº P-161.203/17.

Al denunciar M. C. dijo que aquél día, aproximadamente a las 08.10 hs., recibió un llamado telefónico de su pareja, A. V. con el objeto de juntarse a hablar.

Entonces se dirigió a su casa, sita en calle... La denunciante ingresó al domicilio y V. la tomó del pelo con fuerza y le dijo «vos te crees muy viva que porque me pongas una denuncia me vas a perjudicar mi vida». Luego le aplicó dos golpes en el rostro con la mano abierta y le apoyó el arma reglamentaria en la sien derecha y le dijo «¿y si yo te mato ahora?». M. C. comenzó a llorar y V. le exigió que se retirara. Luego de hacerlo llamó al 911. A las actuaciones se incorporó la planilla del CEO de la que se desprende el llamado del día 11 de diciembre de 2017 efectuado por M. C., quien señaló que V. la había amenazado con el arma reglamentaria. El hecho denunciado fue calificado como amenazas agravadas por el uso de arma de fuego (art. 149 bis primer párrafo segundo supuesto del Código penal)

Al notificársele formalmente la imputación en fecha 12 de diciembre de 2.017 (fs. 58/62) A. V. prestó declaración negando los hechos atribuidos. Refirió una situación de persecución por parte de la denunciante y de continuos llamados telefónicos hostigándolo y anunciándole denuncias para el supuesto de que no quisiese continuar la relación.

A fs. 78 se solicitó al entonces Juzgado de Garantías autorización para extraer información del teléfono celular marca LG secuestrado en poder de A. W. V.. La autorización fue concedida conforme surge de fs. 82 y en fecha 13 de diciembre de 2.017 (fs. 83) se solicitó a la UDAPIF turno para realizar apertura del celular secuestrado bajo el número 1098/17 haciendo constar que la medida debía ser llevada a cabo a la brevedad.

Conforme se desprende de fs. 86 se ordenó la remisión del aparato y la notificación a la defensa la fecha fijada por la UDAPIF. Este organismo indicó que la extracción de datos se encontraba disponible para ser retirada (fs. 86, 87, 89 y 120).

A fs. 123 obra acta labrada en la UDAPIF en presencia del abogado defensor de V., Dr. Gustavo Rojas, en el que se hizo que el dispositivo se encontraba protegido con patrón de bloqueo de seguridad que fue aportado por el defensor.

En tanto que a fs. 124 obra el acta de extracción de datos. c) Al momento de llevarse a cabo audiencia de prisión preventiva, la jueza resolvió que la materialidad del hecho no se encontraba probada, aunque sí consideró acreditado un incidente entre M. C. y A. V.. No obstante entendió que se encontraban frente a dos versiones contrapuestas. Refirió la a quo que, pese a encontrarse secuestrado el teléfono celular del imputado (fs. 67), no se habían llevado a cabo sobre el mismo medidas de prueba para corroborar los dichos de V..

En relación al informe de fs. 75 del EPI, la jueza consideró que se trataban de afirmaciones temerarias ya que la Lic. Lemos afirmó la existencia de un historial de violencia de pareja sin prueba que avalara sus aseveraciones. Señaló la mendacidad del informe ya que las partes no convivían y que hacía tan sólo cuatro meses que mantenían un vínculo.

Por ello, no era posible que la profesional hablara de violencia doméstica cuando no se trataba de una pareja conviviente, ni estable, ni se podía afirmar que era una relación seria y concreta. La jueza tampoco estuvo de acuerdo con la aplicación al caso del art. 4 de la ley 26.485.

Señaló que la fiscal confundía, o incurría en un error, al pretender la aplicación de la normativa a cualquier incidente que se produjera en una pareja.

Así, entendió no acreditada la relación de preeminencia del hombre sobre la mujer. Con posterioridad a esa resolución se recibieron las declaraciones testimoniales de J. C., R. V. y J. A. (fs. 243/250, ex pareja, hermana y compañera de trabajo de V. respectivamente).

A su vez, en fecha 26 de abril de 2018, se incorporó declaración testimonial de la Lic. Laura Lemos, profesional del EPI quien suscribió el informe de fs. 75 (fs. 255).

En esa ocasión se expuso sobre el contexto de violencia señalado en relación a M. C.. d) Como anticipé, a mi criterio corresponde acoger el recurso casatorio promovido por la representante del Ministerio Público Fiscal. Al respecto conviene recordar que este Cuerpo –en sus diferentes integraciones– ha sostenido de forma reiterada y pacífica el criterio conforme el cual resulta atribución del tribunal de casación, dar tratamiento al motivo casatorio que más convenga a la solución del caso.

Ello puesto que la ley adjetiva no establece un orden de prelación que deba seguirse de manera imperativa al examinar las causales de impugnación extraordinaria (**L.S. 183-188; 202-001; 269-234, entre otros**).

Así es que centraré mi análisis de la cuestión traída a examen en la alegada deficiente fundamentación de la decisión a la luz de los preceptos que marcan una dirección en torno a la valoración de la cuestión de género.

Ello en tanto considero que allí se encuentra circunscripto el thema decidendum y que, de prosperar, conduce a la anulación de la resolución cuestionada por este remedio casatorio. Esto a tenor de las previsiones del **art. 155 del CPP**, puesto que emerge de la resolución cuestionada que la jueza de la instancia anterior no asumió una debida perspectiva de género en relación a los criterios de valoración que imponen los instrumentos internacionales y la legislación nacional.

Al respecto he señalado que la violencia contra las mujeres constituye «[...] una problemática compleja que afecta un colectivo de personas en situación de vulnerabilidad que, por distintas circunstancias o

factores, se ven privadas del pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales [...] el administrador de justicia al valorar elementos probatorios –particularmente pero no excluyentemente en la esfera penal– debe ponderar los patrones socioculturales y estereotipos sobre los que se construye esta problemática, a fin de tener una verdadera comprensión del fenómeno de violencia de género y, de esta manera, poder lograr desde el Derecho aportar soluciones que contribuyan a atacar el flagelo de la violencia y trabajar en pos de la igualdad de género» (ver al respecto «**Galdeano Reyes**»).

Asimismo en el citado precedente expresé, que como primer orden de dificultad advertía que las normas procesales que regulan la adquisición, producción y valoración de la prueba son neutrales al género; es decir, no establecen lineamientos específicos en orden al tratamiento de este fenómeno.

Por este motivo resulta imperioso llevar a cabo un control constante de la aplicación de los estándares de convencionalidad en la valoración de la prueba, a fin de garantizar una efectiva prestación de servicio de justicia con perspectiva de género y, colateralmente, evitar posibles responsabilidades internacionales. De tal manera en la **causa «Ontiveros Arancibia»** afirmé que «[...] si bien la aplicación del orden supranacional y el ejercicio del control de convencionalidad deben ser llevados a cabo, prima facie, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no podemos dejar de evaluar que también los órganos públicos internos nacionales se encuentran obligados a su aplicación y ejercicio, con anterioridad a que la causa bajo cuestión llegue a los estrados de estos órganos institucionales supranacionales, ya que la intervención y conocimiento de éstos se establece solo de forma subsidiaria a los órganos internos estatales».

Por otro lado, en lo que respecta a la investigación criminal como garantía del derecho a la verdad, interesa destacar que tanto la Corte como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH y CIDH respectivamente), han sostenido que el derecho a la verdad se vincula de manera directa con los derechos a las garantías judiciales y de protección judicial, los cuales se encuentran establecidos en los artículos XVIII y XXIV de la Declaración Americana, así como en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana (Cfr. Informe CIDH, Derecho a la verdad en las Américas, 13 de agosto de 2014, párr. 66).

Tal compromiso implica que el Estado tiene la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para investigar seriamente lo sucedido y, en su caso, sancionar a los responsables de los hechos. Este derecho no sólo pertenece a la víctima y sus familiares, sino también a la sociedad en su conjunto, cuando se han vulnerado derechos humanos (sobre la cuestión, ver lo señalado en «**Concha, Jesús**»).

Por todo ello considero que resulta necesario analizar la cuestión traída a conocimiento de este Tribunal tomando en consideración los parámetros antes referidos. Dicho esto, advierto que la jueza no valoró los distintos elementos de juicio con una mirada integral de la problemática.

En este sentido comparto que no tomó en consideración el testimonio de la víctima ni dio intervención a la representante de la querrela particular.

Esto es, no ponderó las circunstancias narradas por C. al denunciar que daban cuenta de un ciclo de violencia y desechó las conclusiones del informe elaborado por profesionales del Epi, sin considerar las implicancias que el ciclo de violencia tiene en la personalidad de la mujer, circunstancias que justificarían adecuadamente las posibles inconsistencias del relato.

Estas consideraciones, como adelanté, las entiendo plenamente aplicables al caso por cuanto nos encontramos frente a un supuesto de posible violencia de género, en el que la jueza que dictó la resolución recurrida no tomó en consideración los parámetros antes referidos al momento de la ponderar los elementos de prueba obrantes.

Ello al tener en cuenta la etapa procesal que atravesaban las causas en las que se pidió llevar a cabo audiencia de acusación (**art. 417 quinquies del CPP**).

De la reproducción de la audiencia de acusación llevada a cabo en fecha 14 de marzo de 2019 se desprende que la jueza, al inicio de la audiencia, advirtió al compulsar la causa Nº P161.203/17 que a fs. 235/236 ya se había expedido y había hecho una serie de consideraciones.

Por ese motivo antes de seguir con la audiencia de acusación solicitó al representante del Ministerio Público Fiscal que le explicara el motivo por el cual solicitó la audiencia de acusación cuando ya fue resuelta en aquélla resolución la situación del imputado y que con posterioridad no se había incorporado prueba que modifique la situación.

El representante del Ministerio Público Fiscal refirió que se había incorporado prueba nueva: las testimoniales ofrecidas por la defensa y la declaración de la Lic. Lemos, quien corroboró el contexto de género. La jueza señaló que no estaba probado el hecho y le pidió a la defensa que le explicara el sentido de las pruebas que se incorporaron.

El defensor señaló que la prueba se relacionaba con la imposibilidad de que el hecho hubiese sido posible en el horario invocado. Agregó que quedaba peritar una prueba, que era el celular del imputado, que no ha sido devuelto ni examinado desde el día de la imputación. El representante del Ministerio Público Fiscal señaló que en la causa Nº 161.177/17 estaba en condiciones de formular acusación.

Al reiniciarse la audiencia y teniendo en cuenta las circunstancias de la causa Nº P-161203/17 (minuto 04:59), la jueza declaró la nulidad del avoque al considerar que la fiscal había ignorado la decisión recaída, consideró que la materialidad del hecho ilícito no se había probado y ordenó extracción de compulsas administrativa y penal en relación a la Dra. Romero. Luego se dirigió al defensor y le preguntó si con respecto a esta causa quería solicitar algo.

El defensor consideró que debía extenderse el pedido de compulsas a la parte querellante y en relación al imputado sólo solicitó el celular. En ese momento la magistrada dispuso de oficio el sobreseimiento del acusado. A continuación (minuto 8:37 del registro audiovisual) la jueza resolvió la situación procesal del acusado en la causa Nº P-161.203/17.

Consideró no probada la existencia material del hecho y dispuso el sobreseimiento de A. W. V. V. del delito de amenazas agravadas por el uso de arma de fuego (art. 149 bis primer párrafo segundo supuesto del CP) de conformidad con el **art. 353 inc. 2º del CPP**.

Al proseguir el trámite de autos P-161.177/17, (minuto 13:52), la jueza señaló que la Fiscal también había hecho caso omiso a una resolución jurisdiccional, que disentía con la aplicación de la ley de violencia de género (minuto 17:10).

Declaró la nulidad del pedido de audiencia de acusación, y del avoque de fs. 126 y todos los actos posteriores. Del detalle de las actuaciones referido y del análisis de los elementos de prueba obrantes en la causa, se desprende claramente que la valoración de éstos por parte de la jueza de la instancia anterior no se llevó a cabo respetando el paradigma antes referido.

Es que, según entiendo, la perspectiva de género no resulta sólo una directriz al momento de dictar sentencia, sino que es un prisma que debe atravesar todo el proceso.

En el caso concreto y, en relación al hecho investigado en autos P161203/17, no surge el motivo por el cual se inclinó por aceptar la hipótesis defensiva propuesta por V. al declarar, luego de verificar –a su criterio– la producción de un incidente el día 11 de diciembre en horas de la mañana entre V. y C. y al considerar que existían dos versiones contradictorias sobre el hecho.

Es que, más allá del imperativo de que en caso de duda deba estarse a lo más favorable para el acusado, resulta claro que la a quo no ponderó que delitos como el denunciado se producen en la intimidad, sin testigos que lo presencien. De tal manera los informes elaborados por profesionales – en este caso del EPI– aportan indicios que podrían permitir reproducir lo sucedido.

En la presente la jueza luego de descalificar el informe del EPI como mendaz (fs. 235/236) –al momento de la audiencia de prisión preventiva–, al llevarse a cabo audiencia de acusación y, posteriormente a que el representante del Ministerio Público Fiscal, le señalara que se había citado a prestar declaración testimonial a la Lic. Lemos, no valoró tal testimonio aludiendo que sólo se dirigía a probar el contexto de violencia.

Por otra parte, tampoco tomó en consideración la jueza que M. C., al denunciar el primer hecho (autos Nº P-161.177/17), dio detalles de la relación describiendo situaciones previas de violencia y de agresiones sufridas dentro de la vivienda de V., pese a no compartirla más que ocasionalmente.

Estas situaciones violentas relatadas por V. en la primera ocasión al formular denuncia fueron reiteradas a la Lic. Lemos quien las plasmó en su informe y, repitió al prestar declaración testimonial en la causa.

Nada de esto fue valorado por la jueza al resolver ya que se limitó a reiterar lo dispuesto a fs. 235/236, pedir explicaciones al representante del Ministerio Público Fiscal presente en ese momento, desmerecer las pruebas de la acusación y obviar la presencia de la querellante particular a quien no le dio intervención. Entiendo, en función de lo señalado, que a esta altura del proceso resulta prematuro estimar no acreditado el hecho y disponer el sobreseimiento del imputado, por cuanto restan ponderar elementos probatorios a la luz de la normativa nacional e internacional citada en relación a hechos ocurridos en contexto de género y, tal defecto en su fundamentación torna nula la resolución cuestionada.

Ahora bien, respecto de los hechos ventilados en autos Nº P 161.177/17, pese a que también las versiones del imputado y la denunciante eran diversas en torno a la producción de las lesiones constatadas, en este caso la jueza optó por asignar crédito a la versión de la denunciante.

En efecto, C. dijo que las lesiones obedecieron a que V. le aplicó golpes en sus piernas al sacarla el día del hecho de su departamento.

En tanto que V. sugirió que las equimosis constatadas por el médico se produjeron por el roce de las piernas de la denunciante con las agarraderas de la moto en la que el día del hecho realizaron un viaje a San Juan.

En este sentido se dirigió la declaración de J. C. (ver fs. 243 vta.). En este caso, tal como señalé, pese a las versiones contradictorias, la jueza dio crédito a los dichos de C. De esta manera, esto es considerado probado que las lesiones sufridas por la denunciante las provocó el imputado.

Sin embargo, consideró justificado el accionar de V., sin entrar a efectuar consideraciones sobre la causal de justificación considerada, ni si el medio empleado para defender su legítimo derecho a excluir a C. fue racional o no.

Tampoco en este caso evidencia la jueza que su análisis haya partido de considerar las pruebas y los hechos con una perspectiva de género.

Lo expuesto sumado a que al fundar el sobreseimiento en ambas causas se apoyó en argumentaciones referidas a un acto procesal anterior, me convencen de la insuficiente fundamentación de la resolución a la ley del art. 155 del CPP y me persuaden de su consiguiente nulidad. Por ello, entiendo que corresponde dar respuesta afirmativa a la primera cuestión sometida a consideración de esta instancia. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Puesto a resolver el recurso casatorio promovido coincido con la solución a la que llega mi colega preopinante y, en cuanto a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género, me remito a lo oportunamente señalado en **«Di Cesare Morales»** y **«Mejía Salvador»** por resultar aplicable en ese aspecto el presente caso. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Puesto a resolver el recurso de casación promovido concuerdo con la solución adoptada en relación a los agravios formulados por la recurrente. No obstante, corresponde señalar, como en pronunciamientos anteriores que la violencia contra las mujeres por razones de género ha merecido un especial amparo tanto a nivel supranacional como nacional.

De esta manera se han establecido claros lineamientos en lo relativo a la interpretación de los medios de prueba que suponen una amplitud en los estándares probatorios y una especial ponderación del testimonio de la víctima.

Ello, teniendo en cuenta en el contexto valorativo la particular situación de vulnerabilidad de este sector de la población y las implicancias que el ciclo de violencia genera en la personalidad de las mujeres. Al respecto tuve oportunidad de pronunciarme en diversos precedentes (**«Cruz Caporiccio»**, **«Merlo Lassa»**; **«Quiroga Morales»**; **«Ojeda Pérez»**; **«Vázquez Tumbarello»**; **entre otros**).

Especialmente en **«Ojeda Pérez»** afirmé que «[...] comparto que aquella concepción según la cual la perspectiva o visión de género es una “categoría analítica que toma los estudios que surgen desde las diferentes vertientes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma, cuestionar los estereotipos y elaborar nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad al servicio de la igualdad y la equidad” (UNICEF, **“Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”**, Buenos Aires, 2017).

Destaco la idea de igualdad contenida en la definición, en tanto se encuentra no sólo consagrada expresamente en el texto constitucional (art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza), sino, también, en el ámbito de la normativa internacional.

Así, entre otros, la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” - Belem Do Pará -, garantiza que toda mujer tiene “el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley” (art. 4, inc. “f”)».

Consideré también en esa ocasión que «[...] en nuestro ordenamiento interno, la ley nacional 26.485 es una norma orientada pura y exclusivamente a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las “mujeres”.

En tal sentido, entre sus objetivos primordiales, el propio texto promueve y garantiza “la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida”, “el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia”, “las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos”, como también, “la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres”(art 2, inc. a, b, c y e respectivamente)».

Así, «[...] ese texto normativo vino a imponer un verdadero “deber jurídico” para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas.

Sus destinatarios directos son aquellos sujetos que integran los órganos decisores en el marco de los procesos judiciales penales, ya sea por el lado de quienes resultan facultados para disponer sobre el curso de investigación, como también, respecto de quienes son los encargados de su juzgamiento».

Ese deber jurídico no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley. Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que «[l]os organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativos, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional [...] los siguientes derechos y garantías: i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son su naturales testigos [...] (art. 16)». Ahora bien, «[...] además de ese deber genérico, ya en el terreno que resulta propio a la actuación de los órganos de justicia dentro de los procedimientos jurisdiccionales penales, el texto legal contiene dos normas que consagran lineamientos funcionales para los operadores del sistema de administración de justicia en el abordaje de la problemática de género.

En consonancia con el sistema de protección integral, se consagra el principio de «amplia libertad probatoria» para tener por acreditados “los hechos denunciados, evaluándose las pruebas ofrecidas de acuerdo con el principio de la sana crítica. Se considerarán las presunciones que contribuyan a la demostración de los hechos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes” (art 31)». De tal manera «[...] el texto legal vigente [ley 26.485] no introduce un nuevo método de valoración probatoria para los casos de violencia de género, puesto que siempre la prueba debe valorarse conforme al sistema de la sana crítica racional (art. 206 y 409 del CPP).

Considero que, la imposición de un método de valoración de la prueba como herramienta obligatoria para el abordaje de esta problemática, se justifica ante la necesidad de evitar que los órganos jurisdiccionales decisores puedan apartarse en la adopción de decisiones, del contexto fáctico que es propio a este género de conductas delictivas». Así, «[...] el acierto de la ley consistió en establecer, en forma igualitaria, un método de valoración que evite la discriminación que en ocasiones ocurría por prácticas derivadas de la cultura jurídica patriarcal inquisitiva, que se transformaron en consuetudinarias, y que era necesario erradicar. Repárese que es la propia **Convención Belem Do Pará** donde se fija, como un deber de los Estados el “tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer” (art. 7, inc. “e”)).

Ello no resulta novedoso para la labor jurisdiccional en razón de que «[...] siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba –objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento.

Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto.

Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas».

Conforme a lo expresado «[...] es el contexto en el que se inserta el hecho delictivo el que viene a determinar el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio.

Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres el testimonio de la víctima ostenta un valor fundamental en la comprobación de los extremos de una imputación delictiva, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la responsabilidad penal derivada del mismo».

Conforme lo expuesto, uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo.

A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables.

De tal manera «[...] uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo. A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables».

De no proceder de esta manera estaríamos recreando la sociedad estamental –con características propias– del Estado premoderno, lo que implicaría una vulneración del principio de igualdad –consagrado en el art. 16 de la CN y 7 de la CM–, el que, a su vez, constituye uno de los pilares de la República Federal. A ello debe añadirse, tal como destacó en el **precedente «Vázquez Tumbarello»**, la relevancia de la ley 27.499, denominada «**Ley Micaela**», en tanto dispuso la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra la mujer para todas las personas que desempeñen la función pública, en cumplimiento del objetivo señalado. Conjuntamente con aquella normativa la Acordada n° 29.318 de esta Suprema Corte de Justicia, y su anexo «Programa de capacitación permanente para la incorporación de la perspectiva de género en el marco de la Suprema Corte de Justicia».

Así, con fundamento en el principio de igualdad y la consecuente prohibición de discriminación, se dispusieron una serie de acciones concretas para asegurar la «igualdad real» de las mujeres en sus relaciones interpersonales.

En conclusión, entiendo que la trascendencia de la **ley 26.485** radica no en conformar un estatus jurídico distinto aplicable a la mujer, sino que mediante la capacitación dirigida a los funcionarios públicos y, en lo que aquí interesa, a funcionarios y magistrados del poder judicial, se otorgue una perspectiva para valorar los elementos probatorios bajo el prisma de la igualdad consagrada en la normativa nacional.

Ella debe estar despojada de estereotipos y prácticas relacionadas con la cultura jurídica patriarcal-inquisitiva, plasmada en usos y costumbres que importaron, e importan, prácticas que impiden poner en contexto los medios convictivos al momento de su ponderación.

Ahora bien, en relación al trámite seguido en las causas donde se investiga las conductas atribuidas al imputado debo señalar que de conformidad con lo dispuesto por el art. 351 del CPP no corresponde dictar el sobreseimiento del imputado sin imputación previa.

De manera tal que, luego de nulificar el avoque en autos N° P 161.177/17, no podía proceder a sobreseer a A. V. V. al resultar requisito previo de tal acto procesal la formulación de imputación a tenor del art. 271 del mismo código.

Por otro lado y en atención al desenvolvimiento de la audiencia de acusación advierto que el sobreseimiento fue dispuesto por la magistrada de oficio, esto sin que ninguna de las partes haya solicitado tal resolución, posibilidad que a mi criterio resulta vedada en atención al segundo párrafo del art. 351 del código de rito. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: De conformidad con lo votado en la cuestión anterior corresponde revocar lo dispuesto a fs. 33/34 y la sentencia Nº 2120 de fs. 35 y vta. ambas de fecha 14 de marzo de 2.019, dispuesta en autos P-161203/17 por la jueza del Primer Juzgado Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial y remitir las actuaciones al Primer Juzgado Penal Colegiado a fin de que la OGAP determine el juez que habrá de intervenir. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

1.- Hacer lugar al recurso de casación promovido por la representante del Ministerio Público Fiscal y en consecuencia revocar la resolución de fs. 33/34 de fecha 14 de marzo de 2.019 y la sentencia Nº 2120 de fs. 35 y vta. dispuesta en autos L 161203/17 por la jueza del Primer Juzgado Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial y remitir las actuaciones al Primer Juzgado Penal Colegiado a fin de que la OGAP determine el juez que habrá de intervenir.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro

20- VARA MOYANO. 03-11-20.

| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
|-----------|----|----|------|----------|---------|---------|----------|---------|-----------|---------|---------|-------------|---|------------|
| VG | - | - | - | P | - | - | A | - | CR | - | - | - | - | 474 |

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201103_FcJRV.pdf

Lex: Art. 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto, 55 y 183 del CP. Art. 4 de la ley 26485.

Vox: VG. Amenazas simples. Daño simple. Concurso real.

Summa:

El **JPC** condenó al nombrado a la pena de **ocho meses de prisión** por el delito de amenazas simples en concurso real con daño simple en contexto de violencia de género (arts. 149 bis primer párr. primer supuesto, 55 y 183, CP; art. 4 de la ley 26.485).

La **defensa** interpone recurso de casación.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1601, pronunciada por el JPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Morales Quiroga.
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Merlo Lassa. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=243>
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>
- Brancello Urbón. 05-03-20.: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=392>
- Galdeano Reyes. 31-07-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=242>
- Concha, Jesús. 20-09-18. https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- Alaniz Pineira. 23-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=37>
- Di Cesare Morales. 26-06-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=156>
- Mejía Salvador. 10-09-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=197>

SCJM. Dres.: **Palermo.** Adaro. Valerio.

Fallo:

CUIJ: 13-04737382-9/1((018602-49469)) F. C/ V. M. J. R. P/ DESOBEDIENCIA A UNA ORDEN JUDICIAL (49469) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104814563*

En Mendoza, a los tres días del mes de noviembre del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04737382-9/1, caratulada "F. C/ J. R. V. M. P/ AMENAZAS SIMPLES EN CONCURSO REAL CON DAÑO SIMPLE EN CONTEXTO DE VIOLENCIA DE GENERO S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. JOSÉ V. VALERIO, y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

La defensa del imputado J. R. V. M. interpone recurso de casación contra la sentencia N° 1601 (fs. 115) y sus fundamentos, en cuanto condena al imputado a la pena de ocho meses de prisión por el delito de amenazas simples en concurso real con daño simple en contexto de violencia de género (arts. 149 bis primer párr. primer supuesto, 55 y 183, CP; art. 4 de la ley 26.485), pronunciamiento dictado en la causa N° P- 54.562/16 por el Segundo Juzgado Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

I.- Sentencia recurrida

La resolución establece, en lo que aquí respecta, que ha quedado acreditado en el debate que «[e]n fecha 25 de mayo de 2016, en horas del mediodía, en el domicilio ubicado en... de Las Heras, J. R. V. M. mantuvo una discusión con su pareja F. S. D. N., durante la cual él le quitó el teléfono celular marca Samsung [...] y lo arrojó contra el piso, produciéndole un doblado y varias trizaduras en formas lineales sobre la pantalla que quedó inutilizada. Posteriormente, siendo ya las 23:30 hs. aproximadamente, J. R. V. M., intentó ingresar a la vivienda ya mencionada y al impedirsele F. S. D. N. trabándole desde adentro el portón, el sindicado se condujo hacia la ventana de la cocina, dañando así el sector inferior del vidrio de una de las cuatro hojas que componen la ventana, advirtiéndole además en este contexto a F. S. D. N. «voy a ir a la casa de tu mamá y los voy a hacer mierda a todos, te voy a sacar de la casa y no te voy a dar más plata, si quieres plata andá a chupar pijas por ahí, si me denuncias en donde te enganche te voy a matar». Para así decidir, la sentenciante valoró, entre los elementos de juicio más relevantes, la declaración testimonial de la víctima F. D. N., el informe psicológico practicado a F. D. N. por el Cuerpo Auxiliar Interdisciplinario (CAI) de fs. 38, el informe del Equipo Profesional Interdisciplinario (EPI) de fs. 32 y demás elementos de juicio incorporados al debate.

II.- Recurso de casación

La defensa plantea recurso de casación contra la resolución antes individualizada en razón de lo dispuesto por el art. 474 incs.1° y 2° del CPP, es decir, por adolecer el pronunciamiento cuestionado de vicios in iudicando y vicios in procedendo. En el aspecto formal, sustenta su queja en la inobservancia del art. 416 inc. 4° del CPP por adolecer la sentencia cuestionada de fundamentación suficiente y transgresión de las reglas de la sana crítica racional.

Alega en tal sentido, que la a quo sostuvo la responsabilidad penal de su asistido en la sola declaración testimonial de la supuesta víctima, la que no encuentra sustento en otro elemento probatorio con entidad suficiente para poder acreditar la existencia de los hechos por los cuales V. M. fue condenado, menos aún que estos hechos hayan ocurrido en un contexto de violencia de género. Señala que si bien es cierto que la versión de los hechos brindada por V. M. tampoco puede sustentarse en alguno de los elementos de juicio agregados al debate, éste brindo fundadas razones de los motivos por los cuales la supuesta víctima formuló las denuncias en su contra. Al respecto, indicó la existencia de intereses económicos por parte de F. S. D. N. quien, el mismo día que detuvieron al imputado V. M., se hizo cargo de la panadería de propiedad de éste y la explotó a su exclusivo beneficio.

En relación al delito de daño atribuido a su asistido, sostiene que si bien se pudo acreditar el daño ocasionado al celular de S. D. N., no se alcanzó —a su criterio— el mismo grado de conocimiento en relación a la autoría, en tanto la jueza de sentencia se basó sólo en los dichos de la denunciante para acreditar este extremo. Por último, y en cuanto al contexto de violencia de género en que habrían acaecido los hechos, refiere que no se ha probado ningún hecho anterior a la denuncia del cual se pueda inferir que la supuesta víctima haya sufrido algún tipo de violencia por parte del imputado V. M..

En forma subsidiaria y como vicio iuris, entiende que de acuerdo a la plataforma fáctica elaborada por el tribunal sentenciante, la calificación legal que debió aplicarse es la de amenazas simples y daño simple en concurso real sin la agravante de violencia de género, conforme las razones expuestas precedentemente. Con base a lo expuesto, solicita se declare la nulidad del fallo impugnado y su reenvío para la realización de un nuevo juicio o la absolución de su defendido.

En su defecto, se cambie la calificación legal conforme a lo solicitado y se imponga el mínimo de la pena posible. Formula reserva del caso federal.

III.- Dictamen del Procurador General

El señor Procurador General estima que el recurso de casación interpuesto por la defensa del imputado no puede prosperar, en tanto no se advierte en la sentencia cuestionada una inobservancia de las normas que pudiera acarrear la nulidad, debiendo confirmarse la validez de la sentencia.

Señala que de la lectura de los fundamentos de la resolución cuestionada se advierte que para arribar a la certeza acerca de la existencia material de los hechos y la autoría del imputado, el plexo probatorio fue analizado y cotejado en su totalidad por la juzgadora.

Concluye que la sentencia atacada se encuentra debidamente motivada, por lo que el planteo de la defensa es infundado y no debe prosperar.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

En adelanto de las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso de casación articulado debe ser rechazado en tanto no logra desvirtuar la validez de la sentencia condenatoria impugnada.

a.-Vicios in procedendo

Ante todo debo señalar que los distintos agravios expresados por el censurante se dirigen, en definitiva, a cuestionar la credibilidad del testimonio brindado por la víctima F. D. N.

Por tal motivo, para comenzar con el análisis de los fundamentos de la resolución cuestionada, entiendo oportuno destacar que el tribunal de sentencia consideró que el hecho que se le atribuía al imputado, y

por el que fue condenado, aconteció en un contexto de violencia de género, aspecto que el censurante intenta desvirtuar en la construcción de sus argumentos defensoristas.

En este entendimiento, la juzgadora al momento de valorar los distintos elementos de juicio siguió los estándares internacionales en materia probatoria en casos de violencia contra la mujer por razones de género. De este modo, el testimonio brindado por la víctima ocupó un lugar privilegiado en la construcción de su razonamiento.

En este sentido, me interesa destacar –tal como he señalado en pronunciamientos anteriores (**ver «Galdeano Reyes», «Merlo Lassa»,** entre otros)–, que la jurisprudencia en el sistema interamericano de protección de derechos humanos, como así también a nivel nacional, ha construido paulatinamente los lineamientos o estándares en la interpretación de la prueba en materia de género, reflejando en su análisis una visión integral de la temática, especialmente relacionada a la ponderación del testimonio de la víctima (cfr. Corte IDH, Caso del penal «Castro Castro vs. Perú». Fondo, Reparación y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C N° 160; Corte IDH, Caso Rosendo Cantú vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C N° 216; Caso «Fernández Ortega y otro vs. México». Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C N° 215; y C.S.J.N. in re «Leiva, María Cecilia», entre otros).

A nivel nacional la Ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, establece criterios en la interpretación de la prueba, que si bien constituyen pautas generales, importan un compromiso para el juzgador de valorar la prueba con perspectiva de género, es decir, con una mirada integral de la problemática, analizando las particularidades que presenta cada contexto en que se desarrolla el hecho. De esta manera el art. 16 de la referida normativa establece la garantía que la investigación se realice bajo un estándar de amplitud probatoria para acreditar los hechos «teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos», en tanto el art. 31 conmina a los operadores judiciales a que ponderen, en orden a acreditar que el hecho tuvo lugar en un contexto de violencia de género, todas las presunciones que se construyan a través de indicios graves, precisos y concordantes.

Expresamente referí en el **precedente «Galdeano Reyes»** que «[...] no puedo dejar de soslayar que analizamos una problemática compleja que afecta un colectivo de personas en situación de vulnerabilidad que, por distintas circunstancias o factores, se ven privadas del pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales. Los problemas derivados de esta especial situación de vulnerabilidad, así, exceden un abordaje meramente jurídico en tanto se trata de una problemática compleja que atraviesa y debe ser atendida, comprendida y abordada desde conocimientos interdisciplinarios. Por ello, el administrador de justicia al valorar elementos probatorios – particularmente pero no exclusivamente en la esfera penal– debe ponderar los patrones socioculturales y estereotipos sobre los que se construye esta problemática, a fin de tener una verdadera comprensión del fenómeno de violencia de género y, de esta manera, poder lograr desde el Derecho aportar soluciones que contribuyan a atacar el flagelo de la violencia y trabajar en pos de la igualdad de género».

De este modo, y como adelantara, la juzgadora con base a esta perspectiva construyó su razonamiento en donde le otorgó un valor preponderante al relato brindado por F. D. N., el que, además, consideró corroborado a partir de un análisis crítico de los distintos elementos periféricos del relato de la víctima, los que –cabe aclarar– no han sido objeto de censura en esta instancia recursiva. Así, la jueza a quo meritó el examen psicológico practicado a la víctima por el Equipo Profesional Interdisciplinario (EPI) de donde

se desprende la existencia de un contexto de violencia de género, como así también, los distintos tipos de violencia de la que era víctima F. D. N. por parte del imputado, entre ellas, la violencia psíquica, física y económica, Agregó la sentenciante que los profesionales del CAI concluyeron que «[...] la examinada se encuentra inmersa en una vinculación disfuncional y violenta, con posibilidad de continuidad en el conflicto y aumento en los mismos».

La jueza de sentencia también ponderó el estado emocional de la víctima al declarar en audiencia de debate, en donde «[...]se percibió un correlato emocional con su versión, notándose severamente angustiada al relatar cada uno de los hechos que motivaron la intervención del Estado, siendo que por el contrario V. M. tuvo siempre una actitud distante, minimizando cada uno de los conflictos o discusiones como él los nominó pero sin poder dar una versión creíble en torno a los hechos que se le atribuyen» (fundamentos de fs. 149 vta.).

La sentenciante consideró, además, como elementos que corroboran los extremos de la imputación y, en especial, el delito de daño, el acta de procedimiento de fs. 7, la que fue debidamente ratificada en debate, de donde se desprende la presencia del imputado en la vereda de la vivienda. Del mismo modo, merituó el acta de inspección ocular de fs. 22, la que da cuenta de los daños que presentaba el teléfono celular de propiedad de la víctima. No encuentro vicio alguno en la valoración probatoria antes referida. Por ello entiendo que el agravio en torno al cual el censurante centra sus argumentos no puede prosperar.

Ello por cuanto el quejoso no aborda los fundamentos del sentenciante a partir de un análisis crítico de todos los elementos de juicio periféricos a la declaración de la víctima, los que permitieron a la juzgadora, en definitiva, analizar las distintas probanzas con la necesaria perspectiva de género que la temática en estudio demanda. Por otro lado, el recurrente pretende también desvirtuar el testimonio brindado por F. D. N., al sostener que el imputado V. M. al ejercer su defensa material dio suficientes razones que explican la actitud de la víctima de formular denuncias en su contra.

Entiendo que el agravio esgrimido en este sentido no puede tener acogida favorable, toda vez que el sentenciante analizó adecuadamente la versión de los hechos brindada por el imputado. Al respecto, el a quo señaló que «[...]si bien es cierto que fue percibido por quien suscribe la existencia de diferencias económicas, habitacionales y laborales, ello no me permite descreer de los dichos de De Nadia, que como he afirmado a lo largo de la presente se encuentra ampliamente confirmados por un férreo cuadro probatorio, por lo que dichas diferencias –que no las desconozco– no le restan credibilidad a los dichos de la víctima[...]» (fundamentos de fs. 150 vta.).

En definitiva, de lo expuesto surge que el tribunal de juicio en base a los elementos de prueba antes detallados, llegó a la certeza necesaria en esta etapa procesal –sin que pueda predicarse la existencia de una duda razonable que habilitara la aplicación del principio in dubio pro reo– para adoptar la decisión que aquí se cuestiona, plasmando su análisis en una resolución sin arbitrariedades y motivada de una manera lógica y convincente en cuanto a la acreditación de los hechos y la intervención de V. M. en los hechos objeto del proceso.

b.- Errónea aplicación de la ley sustantiva

Habiéndose rechazado los vicios formales en torno a la valoración probatoria de los extremos de la imputación que conforman los fundamentos de la resolución atacada, corresponde analizar los vicios iuris expuestos por el censurante.

Tal como se adelantara ut supra, la defensa del encausado reprocha que la sentencia condenatoria aplica erróneamente el derecho, al encuadrar la conducta desplegada por su representado como acontecida en un contexto de violencia de género.

Sin embargo, atento a la vinculación entre los agravios formales y sustanciales expuestas en el inicio del presente análisis, el rechazo a los primeros conduce necesariamente a la negación de los segundos.

Es que al haberse confirmado la plataforma fáctica que la jueza a quo tuvo por acreditada en oportunidad de dictar sentencia condenatoria, la pretensión de la defensa acerca de la modificación del encuadre jurídico de la conducta endilgada a su defendido, debe ser rechazada.

Al respecto, cabe señalar la posición asumida por este tribunal, con distinta integración, al sostener que «[e]l recurrente debe ceñir su pretensión impugnativa a los hechos acreditados, toda vez que quien invoca un vicio sustantivo no puede desconocerlos ni modificarlos.

Esta exigencia formal deriva de la esencia misma del control que permite este motivo casatorio, ya que con él se procura analizar el vicio "iuris" atribuido a la resolución objetada, el que siempre versa sobre una interpretación propiamente jurídica, sin que se puede evaluar ni alterar el material fáctico alcanzado por esa interpretación, el que queda fijado por el Tribunal inferior» (LS 473-163) y que «[l]a invocación de un vicio sustantivo supone el respeto inexorable de los hechos fijados en la sentencia, por ende no puede esgrimirse un error en la aplicación de la norma sobre la base de un error en la motivación del fallo. Quien invoca un vicio in iudicando debe atenerse a los hechos fijados por el a - quo, sin discutirlos ni modificarlos» (LS 464-080).

Por todo ello, y en opinión concordante del Procurador General, corresponde contestar negativamente la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazar el recurso interpuesto. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: De lo expuesto considero oportuno destacar que al momento de resolver el sentenciante asumió una perspectiva integral en relación a los criterios de valoración señalados en la Ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollan sus relaciones interpersonales.

En este sentido debo señalar que sobre la cuestión tuve ocasión de pronunciarme en diversos precedentes (**«Cruz Caporiccio», «Merlo Lassa»; «Quiroga Morales»; «Ojeda Pérez»; «Vázquez Tumbarello»; entre otros**). **En especial en «Ojeda Pérez»** sostuve que «[...] comparto que aquella concepción según la cual la perspectiva o visión de género es una “categoría analítica que toma los estudios que surgen desde las diferentes vertientes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma, cuestionar los estereotipos y elaborar nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad al servicio de la igualdad y la equidad” (UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017). Destaco la idea de igualdad contenido en la definición en tanto se encuentra no sólo consagrada expresamente en el texto constitucional (art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza), sino, también, en el ámbito de la normativa internacional. Así, entre otros, la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” -Belem Do Pará-, garantiza que toda mujer tiene “el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley” (art. 4, inc. “f”)). Sostuve también en esa ocasión que «[...] en nuestro ordenamiento interno, la ley nacional 26.485 es una norma orientada pura y exclusivamente a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las "mujeres".

En tal sentido, entre sus objetivos primordiales, el propio texto promueve y garantiza “la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida”, “el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia”, “las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos”, como

también, “la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres”(art 2, inc. a, b, c y e respectivamente)».

Así, «[...] ese texto normativo vino a imponer un verdadero “deber jurídico” para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas. Sus destinatarios directos son aquellos sujetos que integran los órganos decisores en el marco de los procesos judiciales penales, ya sea por el lado de quienes resultan facultados para disponer sobre el curso de investigación, como también, respecto de quienes son los encargados de su juzgamiento».

Ese deber jurídico no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley. Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que «[l]os organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativos, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional [...] los siguientes derechos y garantías: i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son su naturales testigos [...]» (art. 16)».

Ahora bien, «[...] además de ese deber genérico, ya en el terreno que resulta propio a la actuación de los órganos de justicia dentro de los procedimientos jurisdiccionales penales, el texto legal contiene dos normas que consagran lineamientos funcionales para los operadores del sistema de administración de justicia en el abordaje de la problemática de género. En consonancia con el sistema de protección integral, se consagra el principio de «amplia libertad probatoria» para tener por acreditados “los hechos denunciados, evaluándose las pruebas ofrecidas de acuerdo con el principio de la sana crítica. Se considerarán las presunciones que contribuyan a la demostración de los hechos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes” (art 31)».

De tal manera «[...] el texto legal vigente [ley 26.485] no introduce un nuevo método de valoración probatoria para los casos de violencia de género, puesto que siempre la prueba debe valorarse conforme al sistema de la sana crítica racional (art. 206 y 409 del CPP).

A mi modo de ver, la imposición de un método de valoración de la prueba como herramienta obligatoria para el abordaje de esta problemática, se justifica ante la necesidad de evitar que los órganos jurisdiccionales decisores puedan apartarse en la adopción de decisiones, del contexto fáctico que es propio a este género de conductas delictivas».

Así, «[...] el acierto de la ley consistió en establecer, en forma igualitaria, un método de valoración que evite la discriminación que en ocasiones ocurría por prácticas derivadas de la cultura jurídica patriarcal inquisitiva, que se transformaron en consuetudinarias, y que era necesario erradicar.

Repárese que es la propia Convención Belem Do Pará donde se fija, como un deber de los Estados el “tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer” (art. 7, inc. “e”)».

Ello no resulta novedoso para la labor jurisdiccional en razón de que «[...] siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba –objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento.

Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto. Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por

las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas».

Conforme a lo expresado «[...] es el contexto en el que se inserta el hecho delictivo el que viene a determinar el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio. Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres el testimonio de la víctima ostenta un valor fundamental en la comprobación de los extremos de una imputación delictiva, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la responsabilidad penal derivada del mismo».

Por todo ello, uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo. A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables.

De tal manera «[...] uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo.

A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables». De no proceder de esta manera estaríamos recreando la sociedad estamental –con características propias– del Estado premoderno, lo que implicaría una vulneración del principio de igualdad –consagrado en el art. 16 de la CN y 7 de la CM–, el que, a su vez, constituye uno de los pilares de la República Federal.

A lo señalado debe sumarse, tal como destaqué en el precedente «Vázquez Tumbarello», la relevancia de la ley 27.499, denominada «Ley Micaela», en tanto dispuso la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra la mujer para todas las personas que desempeñen la función pública, en cumplimiento del objetivo señalado.

En coincidencia con aquella normativa la Acordada n° 29.318 de esta Suprema Corte de Justicia, y su anexo «Programa de capacitación permanente para la incorporación de la perspectiva de género en el marco de la Suprema Corte de Justicia».

Así, con fundamento en el principio de igualdad y la consecuente prohibición de discriminación, se dispusieron una serie de acciones concretas para asegurar la «igualdad real» de las mujeres en sus relaciones interpersonales.

En conclusión, entiendo que la trascendencia de la ley 26.485 radica no en conformar un estatus jurídico distinto aplicable a la mujer, sino que mediante la capacitación dirigida a los funcionarios públicos y, en lo que aquí interesa, a funcionarios y magistrados del poder judicial, se otorgue una perspectiva para valorar los elementos probatorios bajo el prisma de la igualdad consagrada en la normativa nacional.

Ella debe estar despojada de estereotipos y prácticas relacionadas con la cultura jurídica patriarcal-inquisitiva, plasmada en usos y costumbres que importaron, e importan, prácticas que impiden poner en contexto los medios convictivos al momento de su ponderación.

Estas consideraciones, como adelanté, las entiendo plenamente aplicables al caso por cuanto nos encontramos frente a un supuesto de violencia de género en donde el tribunal de instancia anterior ha tenido en cuenta los parámetros antes referidos al momento de la ponderación de los elementos de prueba obrantes en la causa. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Puesto a resolver el recurso casatorio promovido coincido con la solución a la que llegan mis colegas preopinantes y, en cuanto a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género, me remito a lo oportunamente señalado en «**Di Cesare Morales**» y «**Mejía Salvador**» por resultar aplicable en ese aspecto el presente caso. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO. Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir para su oportunidad la regulación de los honorarios profesionales. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación deducido a fs. 116/124 por la defensa técnica de J. R. V. M. y, en consecuencia, confirmar la sentencia Nº 1.601 dictada por el Segundo Juzgado Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuado.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos. Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro.

Capítulo VII.

Delitos contra la administración pública. Desobediencia.

21- PAVEZ RODRIGUEZ. 20-11-20.

| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
|-----------|----|----|------|--------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|-------------|----------|------------|
| VG | - | - | - | - | - | - | - | - | - | - | - | - | N | 474 |

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201120_FcPRG.pdf

Lex: Art. 149 bis, 2° párrafo del CP. Leyes 8869, 8896, 8911, 8928, 9040 y 9106.

Vox: VG. Amenazas coactivas. In dubio pro reo. Perspectiva de género. Nulidad. Imparcialidad. Imparcialidad.

Summa:

La **Excma. Séptima Cámara del Crimen** absolvió a G. E. P. R. del delito de amenazas coactivas (art. 149 bis, segundo párrafo del CP).

La **Fiscalía** interpone recurso de casación.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** resolvió hacer lugar al recurso de casación interpuesto, y, en consecuencia, anular la sentencia y sus fundamentos, disponiendo el apartamiento de la sentenciante (art. 204 del CPP) y la remisión de las actuaciones al TPC, a fin de que la OGAP siga el trámite de ley, conforme al resultado aquí arribado, a efectos de que se dicte un nuevo pronunciamiento (art. 486 CPP).

Resolución cuestionada: Sentencia N° 5389, pronunciada por la Excma. Séptima Cámara del Crimen (Hoy TPC N° 1) - 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Ruiz Gutiérrez.18-02-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=8>
- Flores González. 10-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=30>
- Mopardo Dupoux.
- Murua Sosa.
- Lima.
- Galdeano Reyes. 31-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180731_FcGRJ.pdf
- Merlo Lassa. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=243>
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Ojeda Pérez: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>
- Brancelo Urbon. 05-03-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200305_FcBUD.pdf
- Zurita. 11-09-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200911_FcZAJ.pdf

SCJM. Dres.: **Valerio.** Adaro. Llorente.

Fallo:

CUIJ: 13-04215457-6/1((010507-112023)) F. C/ P. R. G. E. P/ AMENAZAS COACTIVAS (112023/15) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104283622*

En Mendoza, a los veinte días del mes de noviembre del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04215457-6, caratulada “F. C/ P. R., G. E. P/ COACCIONES S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. MARIO D. ADARO y tercero DR. PEDRO J. LLORENTE.

La fiscal subrogante de la entonces Séptima Cámara en lo Criminal interpone recurso de casación contra la sentencia N° 5.389 y sus fundamentos obrantes a fs. 242/245 vta., en cuanto absolvió a G. E. P. R. del delito de amenazas coactivas (art. 149 bis, segundo párrafo del CP), pronunciamiento dictado por la ex Séptima Cámara del Crimen en autos N° P-112.023/15.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

I.- Resolución recurrida

El tribunal sentenciante absolvió a G. E. P. R. del delito de amenazas coactivas que se le atribuía en la causa N° P-112.023/15, conforme requisitoria fiscal de citación a juicio obrante a fs. 179/180 vta. de los autos mencionados. Los hechos oportunamente intimados consistieron en que «el día 12 de octubre de 2015, siendo las 00:30 horas, en el domicilio de ... de Las Heras, G. E. P. R. le dijo a su novia B. G. V. N. de 15 años de edad, que la iba a cagar a tiros si la veía con otro hombre» (fundamento, fs. 242 vta.).

Para llegar a la conclusión absolutoria el tribunal consideró que «[I]uego de analizar en detalle los distintos elementos de convencimiento [...] ofrecidos por las partes como sostén de su acuerdo de condena, resulta evidente [...] la ineptitud de los mismos para generar convicción legítima. [S]e trata de una causa en donde la postrera confesión –modificatoria de un descargo anterior– se erige como único sustento de la acusación» (fundamentos, fs. 242 vta.).

II.- Recurso de casación

La impugnación deducida se basa en el art. **474, inc. 2° del CPP**, es decir, por considerar que existen vicios in procedendo en el pronunciamiento cuestionado.

Se agravia la recurrente por entender que no se habrían respetado las disposiciones contenidas en los arts. **206; 198, inc. 2°; 199; 420**, concordantes y correlativos del CPP.

Ello en tanto la jueza a quo absolvió al acusado en el marco de una audiencia de juicio abreviado que habían petitionado esa parte conjuntamente con la defensa, realizando una valoración arbitraria de la prueba existente en autos.

Señala que ante la solicitud de juicio abreviado y conforme lo dispone el art. 420 del CPP, el juez tiene dos opciones: aceptar el juicio abreviado, dictando sentencia condenatoria, o bien rechazarlo; pero, entiende, la norma no prevé que se pueda dictar sentencia absolutoria.

La impugnante agrega que podría admitirse el dictado de una sentencia absolutoria sólo en aquellos supuestos evidencia de una causal que lo amerite, tal como la extinción de la acción penal, pero no por considerar que existe insuficiencia probatoria.

Asimismo, la representante del Ministerio Público Fiscal sostiene que en la decisión cuestionada no se han respetado los principios procesales que rigen nuestro sistema de enjuiciamiento.

Así, entiende que la resolución impugnada ha privado el ejercicio de la acción penal a su titular y le ha impedido la posibilidad de ofrecer la prueba pertinente y producirla en el juicio con todas las garantías de inmediación y contradicción.

Finalmente, considera que la decisión resulta arbitraria toda vez que, ante la discrepancia sobre el valor convictivo de la prueba que sustentaba el pedido de juicio abreviado, dispuso la absolución del imputado, impidiendo al órgano acusador ofrecer la prueba pertinente para ejercer la acción penal en un juicio oral y público.

En función de lo expuesto, solicita se revoque la sentencia atacada y se disponga la remisión de estos obrados al subrogante legal para la realización del debate oral y público.

III.- Dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador General mantiene el recurso interpuesto por la fiscal subrogante de la entonces Séptima Cámara del Crimen y se remite a los argumentos expresados por aquélla en esa oportunidad.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Analizadas las constancias incorporadas a la presente causa, entiendo que corresponde hacer lugar al remedio casatorio oportunamente interpuesto y, en consecuencia, anular la sentencia emitida y reenviar la causa al subrogante legal a fin de que emita un nuevo pronunciamiento.

Ello, en virtud de los argumentos que a continuación se exponen. Tal como surge del planteo recursivo, el cuestionamiento formulado por la representante del Ministerio Público Fiscal gira en torno a las facultades que posee el órgano jurisdiccional ante la presentación de un acuerdo de juicio abreviado.

En ese orden, la recurrente entiende que la jueza a quo habría aplicado erróneamente las disposiciones legales que regulan el procedimiento aludido, en tanto la solución adoptada en las presentes actuaciones no constituye una de las opciones previstas en el art. 420 del CPP, razonamiento que –según entiendo– es acertado.

En efecto, el análisis de la causa sometida a consideración de esta instancia me persuade de que la sentencia absolutoria dictada en autos no se ajusta a la normativa procesal aplicable y tampoco a las particulares circunstancias del caso.

Al respecto, cabe recordar las consideraciones que realizara en el precedente «Lima» donde destacué que «el juicio abreviado, no es, ni debe ser confundido con el viejo juicio escrito propio del sistema inquisitivo de investigación y juzgamiento que estaba vigente antes del código de la ley 1.908 (de Vélez Mariconde). Por el contrario, es una institución propia del sistema acusatorio adversarial y aunque fue incorporado con el sistema acusatorio débil, a partir de 1999 con la sanción de la ley 6.730 que estableció el nuevo CPP, las diversas reformas de los últimos años en especial la ley 9.040, como la ley 9.106 (que cumplió con la deuda constitucional) de enjuiciamiento por juicio por jurados, se afianzó el modelo acusatorio fuerte, es decir, adversarial.

En éste se impone junto con la independencia e **imparcialidad del juez, la imparcialidad, como lo ha remarcado reiteradamente este Tribunal («Mopardo Dupox», «Murua Sosa», entre otros)** y, en consecuencia, el acuerdo de las partes es fundamental: cuando las partes hubieran arribado a Juicio Abreviado, el Juez podrá interrogar a las partes sobre si han llegado a algún acuerdo o invitarlas a que lo hagan tramitando inmediatamente la petición y resolver fundada y oralmente en el mismo acto (art. 364);

las partes podrán acordar o ser invitados por el juez a tener por acreditados ciertos hechos, sobre los que no cabrá discusión alguna en el juicio oral (art. 368) y en la audiencia de acusación (art. 417 quinquies), en la audiencia de detención y acuerdos del procedimiento en flagrancia (art. 439 bis)».

En esa oportunidad también destacué que «el juicio abreviado es el producto del acuerdo de las partes, es decir de una estipulación probatoria sobre la totalidad del hecho acusado y la pena convenida; donde si bien existe litigio, no hay controversia de las partes.

En consecuencia, además de asegurar al acusado su plena autonomía en la toma de la decisión, la comprensión del hecho atribuido, como del procedimiento, los alcances y efectos, el juez de garantías, debe ejercer el control de legalidad de la relación que existe entre la información aportada como los argumentos valorativos de la determinación de la pena y el juicio abreviado acordado que se solicita». Sentado ello y en lo que aquí interesa, corresponde destacar que las disposiciones legales que regulan la tramitación del procedimiento abreviado en la etapa del plenario –es decir, cerrada la investigación penal preparatoria–, resultan de suma claridad.

Así, nuestra ley adjetiva dispone qué recaudos deben cumplirse para que resulte procedente el instituto aludido (art. 418 del CPP), el trámite a seguir (art. 419 del CPP) y las facultades que tiene el tribunal al momento de emitir su resolución (art. 420 del CPP).

En relación a esa última disposición, el texto legal resulta elocuente y no requiere de ningún esfuerzo interpretativo, en tanto establece que el tribunal tan sólo cuenta con dos alternativas: si está de acuerdo con la solicitud de procedimiento abreviado «dictará sentencia» y ésta «se fundará en las pruebas recogidas en la investigación penal preparatoria»; y de lo contrario, si no comparte el acuerdo al que arribaron las partes, «puede rechazar el procedimiento abreviado y, en este caso, deberá remitir la causa al Tribunal (subrogante)».

Es decir que, si el órgano jurisdiccional considera que los elementos de prueba incorporados durante la etapa de investigación no generan la convicción necesaria para la condena –que se ha pactado en el acuerdo de juicio abreviado mediante el reconocimiento de circunstancias de hecho y autoría–, la única posibilidad que tiene es rechazarlo y apartarse de su conocimiento.

Ello obedece a que sólo la absolución pronunciada tras un juicio de conocimiento pleno ofrece un mejor conocimiento de los hechos y a las partes les garantiza la igualdad y el contradictorio necesarios para concretar sus afirmaciones e intentar probarlas, lo que no se advierte en el caso bajo estudio.

La afirmación precedente no constituye ningún obstáculo para el dictado de sobreseimientos en aquellos casos en que se verifique alguna de las causales de extinción de la acción penal, donde no resulta necesario la realización del debate –como por ejemplo cuando se ha operado la prescripción de la acción penal–, pero no aparece conveniente en casos de valoración probatoria en los que debe garantizarse a las partes el ejercicio de sus facultades procesales.

En síntesis, considero que en nuestro sistema procesal vigente de tipo acusatorio adversarial –a partir del proceso de reformas de las **leyes 8.869, 8.896, 8.911, 8.928, 9.040 y 9.106**, tal como señalé en el **precedente “Lima”**– no se genera ningún tipo de dudas respecto al significado de la regulación del instituto de juicio abreviado.

Conforme al mismo, ante un eventual desacuerdo con la solicitud de juicio abreviado acordado por las partes que se presentó a la jueza interviniente, ella sólo podía rechazarlo y apartarse de seguir entendiendo en los obrados.

Así, le estaba prohibido que al margen del acuerdo presentado por las partes actuara como en el viejo juicio escrito pleno del sistema inquisitivo, sin la producción de la prueba con intermediación y garantizando

el contradictorio e igualdad de armas de las partes. Esta actuación violó la intervención de las partes, en el sub lite del quejoso – Ministerio Público Fiscal– lo que se encuentra sancionado con la nulidad, incluso de oficio y en cualquier estado y grado del proceso (**arts. 198 inc. 3 y 199 del CPP**).

Al respecto, deben tenerse en cuenta las disposiciones de nuestra Constitución provincial, en tanto establecen que «[l]as sentencias que pronuncien los tribunales y jueces letrados se fundarán en el texto expreso de la ley, y a falta de ésta, en los principios jurídicos de la legislación vigente en la materia respectiva, y en defecto de éstos, en los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso» (art. 149 C. Mza.).

De modo tal que, en tanto resulte claro el texto expreso de la ley, los jueces no pueden ir más allá de la única solución prevista por la norma aplicable al caso, y cuyos motivos han sido expresados oportunamente por el legislador. Desde otro aspecto, cabe referir que el caso sometido a estudio aparece como uno de aquéllos que podrían subsumirse en contexto de violencia de género. Por ello, la absolución cuestionada también resulta, a mi entender, un tanto apresurada.

En efecto, si el hecho investigado prima facie encuadra en uno de aquellos supuestos de violencia y el órgano jurisdiccional no comparte los términos del juicio abreviado sometido a su consideración, lo pertinente sería la realización del debate oral y público, en cumplimiento de las obligaciones internacionales que el Estado Argentino ha asumido en la materia.

Además, y tal como he sostenido en numerosos precedentes, en el orden interno «[...] la ley nacional 26.485 es una norma orientada pura y exclusivamente a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las "mujeres".

En tal sentido, entre sus objetivos primordiales, el propio texto promueve y garantiza “la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida”, “el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia”, “las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos”, como también, “la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres”(art 2, inc. a, b, c y e respectivamente)».

Así, «[...] ese texto normativo vino a imponer un verdadero “deber jurídico” para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas. Sus destinatarios directos son aquellos sujetos que integran los órganos decisores en el marco de los procesos judiciales penales, ya sea por el lado de quienes resultan facultados para disponer sobre el curso de investigación, como también, respecto de quienes son los encargados de su juzgamiento».

Ese deber jurídico no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley (al respecto ver «**Morales Quiroga**», «**Cruz Caporiccio**», «**Merlo Lassa**», «**Narvárez Videla**», «**Ojeda Pérez**» y «**Brancello Urbón**»).

Es por ello que, sin perjuicio de la solución definitiva que se adopte en el presente caso, la sola posibilidad de que el hecho investigado constituya un caso de violencia de género impone a los operadores del derecho la obligación de garantizar a las partes, especialmente a la eventual víctima – cuyos intereses se encuentran tutelados en este caso por el Ministerio Público Fiscal– el pleno ejercicio de sus facultades y derechos, por lo que la absolución cuestionada aparece, al menos, precipitada.

Finalmente, y como consecuencia de lo expuesto precedentemente, no puede soslayarse que la jueza a quo basó su decisión en una arbitraria valoración probatoria, carente de perspectiva de género. En ese orden, advierto que la sentenciante, excediéndose de las facultades que el procedimiento de juicio

abreviado le otorgaba, entendió que los elementos de prueba incorporados a la causa no poseían la aptitud para formar la convicción necesaria para una solución condenatoria.

Para llegar a esa conclusión, la a quo otorgó primordial relevancia a la falta de ratificación por parte de la supuesta víctima de «las expresiones coactivas [que habría proferido el imputado] consignadas de modo potencial en el acta de procedimiento», lo que le generó «la duda sobre el efectivo acaecimiento del hecho» (fundamentos, fs. 243).

Según se lee en los fundamentos impugnados, entendió que su duda se vio reforzada en virtud de que el objeto de acusación no surge de la declaración de S. G. –vecina que llamó a la policía– ni del acta de ratificación de fs. 4, «al menos no puntualmente», conforme expresó la jueza.

Asimismo, refiere que el testimonio de R. V. –padre de la víctima– «tampoco suministra razones para convencerse de la efectiva emisión de las frases intimidatorias», ya que «si bien surgen algunas conductas intrusivas y/o agresivas por parte de P. hacia B. V., no sólo ninguna de las que se describen constituyen una coacción (o la coacción objeto de la acusación), sino que además tampoco surgen confirmadas por algún elementos de prueba» (fundamentos, fs. 243 vta./244).

De igual modo ponderó la pericia psicológica agregada a fs. 56 y vta. de autos, expresando que «[d]e acuerdo a esta pericia [...] podemos tener como cierto o como muy probable que P. ejerció actos de violencia sobre B. V.; pero siendo el derecho penal de nuestro Estado, un derecho penal de acto, no de autor, ese elemento sin la prueba puntual del hecho que aquí nos ocupa, nos impide adoptarlo como confirmatorio del suceso afirmado por la parte acusadora» (fundamentos, fs. 244 y vta.).

Como se advierte de las consideraciones transcriptas y de la solución adoptada, la tarea de valoración probatoria llevada a cabo por la jueza interviniente claramente omite la referida perspectiva de género. Ello, toda vez que no tuvo en cuenta que la víctima, en tanto mujer y niña de quince años al momento de los hechos, se encontraba inmersa en una doble condición de vulnerabilidad que obligaba a la sentenciante a ponderar los elementos de prueba incorporados a la causa de forma integrada y contextualizada, en función de la edad de aquélla, de su situación familiar, psicoafectiva y demás circunstancias que pudieron contribuir a la dilucidación del hecho sometido a juzgamiento.

Contrariamente a esas pautas, en la sentencia recurrida se ha dado especial relevancia a la ausencia de declaración de la víctima, asignándole a tal carencia sentido desincriminatorio y sin dar la oportunidad a aquélla de brindar su propia versión de los hechos, más allá de lo expresado por su padre o su vecina. En la misma línea de argumentación, la jueza ha ponderado la pericia psicológica de la niña restándole mérito para acreditar el hecho, por entender que basarse en ella para tenerlo por probado implicaría hacer «derecho penal de autor».

Sin embargo, en tal razonamiento se omite considerar que, aun cuando tal pericia no sea idónea para tener por cierta la plataforma fáctica intimada, al sostener que B. V. «posee una acomodación psíquica a situaciones de violencia e inmersión frecuente en situaciones de riesgo y vulnerabilidad en su integridad psicofísica» –como la propia sentenciante consignó– evidencia una efectiva situación de vulnerabilidad que amerita el esclarecimiento de los hechos en un debate oral y público.

Es que las condiciones descritas «demandan una especial protección por parte de todos los agentes de la organización estatal, para prevenir la violencia de la que históricamente han sido objeto las niñas; y de los operadores del derecho, quienes tienen la obligación de ser diligentes en la investigación, imprimiendo en el análisis de estos casos una lectura desde el enfoque de género, con el objeto de brindar una solución legal y justa en cada caso», conforme sostuve en el **precedente “Zurita”**.

Si bien es cierto que nuestro sistema penal impide que se condene a una persona por su modo de vida o personalidad, la sentenciante no debió prescindir del cumplimiento de las obligaciones asumidas por el Estado en materia de género, poniendo fin al proceso de una manera prematura y cercenando las posibilidades del Ministerio Público Fiscal de ofrecer la prueba pertinente a los efectos de acreditar su hipótesis y a producirla en la etapa procesal oportuna, esto es el debate oral y público, con todas las garantías de la inmediación y el contradictorio, tal como reclama la recurrente.

En definitiva, las consideraciones precedentes ponen de manifiesto la existencia de vicios en la decisión impugnada que conlleva su declaración de nulidad (arts. 198 inc. 3 y 199 del CPP).

Por las razones precedentemente expuestas, corresponde dar respuesta afirmativa a la primera cuestión.
ASÍ VOTO.

Voto Dr. Llorente. Adhiere.

Sobre la misma cuestión el DR. PEDRO J. LLORENTE adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Comparto los fundamentos por los cuales el voto preopinante considera que corresponde hacer lugar al recurso impetrado por el Ministerio Público Fiscal.

No obstante, estimo oportuno realizar algunas consideraciones en torno a la valoración de los elementos de prueba en función de la perspectiva de género, principalmente, en lo que respecta a su vinculación con el principio in dubio pro reo.

Tal como referí en el **precedente «Ruíz Gutiérrez»**, desde una perspectiva procesal, si bien el principio in dubio pro reo no es una regla de valoración probatoria sino una regla de decisión, no es menos cierto que su correcta aplicación presupone una actividad de valoración de la prueba que incorpore las particularidades propias de los casos de violencia de género, es decir, se deberá ponderar para determinar el valor probatorio que corresponde atribuir a cada elemento de juicio, el bien jurídico protegido y su específico modo de ataque.

Ello, si se pretende derivar –en un segundo momento– conclusiones lógicamente controlables para determinar si ha de absolverse o condenarse. Destaqué también que el referido principio como regla decisoria en el plano procesal, presenta dos caras que operan de manera articulada, una cara externa, referida al umbral de prueba que ha de alcanzarse cuantitativamente para destruir el estado de inocencia; y otra interna o cualitativa, orientada al valor que ha de otorgársele a cada uno de los elementos probatorios sobre los que se erige el silogismo condenatorio.

Expresamente referí que «[...] la categorización de un caso como de violencia de género no implica de manera alguna disminuir el estándar probatorio en tanto umbral de certeza necesario para alcanzar una sentencia condenatoria (**aspecto externo**), pero sí repercute en el peso y el lugar que se le atribuye a los elementos de prueba e indicios que integran el razonamiento judicial (**aspecto interno**), en tanto actividad hermenéutica que precede a su operación como regla decisoria».

En el caso bajo estudio, y tal como lo destaca el ministro preopinante, se advierte de la lectura de la sentencia cuestionada que la jueza de sentencia valoró los elementos de juicio con prescindencia de la necesaria perspectiva de género que la temática demanda.

En este sentido, estimo oportuno realizar algunas consideraciones en torno a los compromisos asumidos por el Estado argentino de asegurar un efectivo acceso a la justicia y una condena justa como una medida de reparación para la víctima y sus familiares, en casos como en el presente, en donde la víctima pertenece a un sector vulnerable de la población en razón de su género y edad.

Así, tal como sostuve en el **precedente «Concha, Jesús»**, conforme los estándares internacionales y regionales, la víctima en autos es titular de una doble protección jurídica: por ser mujer y niña, dos sectores vulnerables de la población que demandan una especial protección por parte de todos los agentes de la organización estatal a fin de prevenir la violencia de la que históricamente han sido objeto; y de los operadores del derecho, quienes tienen la obligación de ser diligentes en la investigación, imprimiendo en el análisis de estos casos una lectura desde el enfoque de género, con el objeto de brindar una solución justa en cada caso.

Cabe destacar que tanto la Corte como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH y CIDH, respectivamente), han sostenido que el derecho a la verdad se vincula de manera directa con los derechos a las garantías judiciales y de protección judicial, los cuales se encuentran establecidos en los artículos XVIII y XXIV de la Declaración Americana, así como en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana (Cfr. Informe CIDH, Derecho a la verdad en las Américas, 13 de agosto de 2014, párr. 66).

Este compromiso implica que el Estado tiene la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para investigar y esclarecer lo sucedido y, en su caso, sancionar a los responsables de los hechos. Este derecho no sólo pertenece a la víctima y sus familiares, sino también a la sociedad en su conjunto, cuando se han vulnerado derechos humanos.

En pos de lograr tal objetivo, la Corte IDH ha determinado que las autoridades encargadas de las investigaciones tienen el deber de asegurar que en el curso de las mismas se valoren los patrones sistemáticos que permitieron la vulneración a los derechos y garantías reconocidos en las convenciones. Sostuve también, que para garantizar su efectividad, las investigaciones deben ser conducidas tomando en cuenta la complejidad de este tipo de hechos y de la estructura en la cual se ubican las personas probablemente involucradas en este tipo violaciones, de acuerdo al contexto en que ocurrieron, evitando así omisiones en la recaudación de prueba y en el seguimiento de líneas lógicas de investigación (Cf. Informe CIDH, Derecho a la verdad en las Américas, 13 de agosto de 2014, párr.78).

Como corolario de lo expuesto, pretendo destacar la importancia de que los operadores del derecho lleven adelante una investigación diligente y guiados por los particulares contextos en que se desarrollan los hechos violatorios de derechos humanos, y la aplicación de los estándares probatorias que se ajusten a los particulares contextos en que se desarrollan los hechos, a fin de obtener una decisión justa que determine la verdad de los hechos y, en su caso, el castigo de sus responsables.

Todo ello implica, en definitiva, y como medida de reparación, poner en valor a las personas como víctimas y titulares de los derechos reconocidos en las convenciones de derechos humanos. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: De conformidad con el resultado de la cuestión anterior, corresponde anular la sentencia de Nº 5.389 y sus fundamentos (fs. 242/245 vta.). Por las razones que motivan la nulidad, corresponde que la sentenciante no siga interviniendo en el trámite del juicio abreviado y se impone su apartamiento (art. 204 del CPP).

En consecuencia, deberán remitirse los presentes al Tribunal Penal Colegiado Nº 1 de esta Primera Circunscripción Judicial, a fin de que la OGAP siga el trámite de ley, conforme al resultado aquí arribado, a efectos de que se dicte un nuevo pronunciamiento (art. 486 C.P.P.). ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y PEDRO J. LLORENTE adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, RESUELVE:

- 1.- Hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 249/251 y, en consecuencia, anular la sentencia N° 5389 sus fundamentos, dictados por la entonces Séptima Cámara del Crimen de esta Primera Circunscripción Judicial.
- 2.- Disponer el apartamiento de la sentenciante (art. 204 del CPP).
- 3.- Remitir las presentes actuaciones al Tribunal Penal Colegiado N° 1, a fin de que la OGAP siga el trámite de ley, conforme al resultado aquí arribado, a efectos de que se dicte un nuevo pronunciamiento (art. 486 CPP).

Regístrese. Notifíquese. Cúmplase. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. PEDRO J. LLORENTE Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

22- PRIETO MARIN. 26-11-20.

| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
|----|----|----|------|--------|---------|---------|----------|---------|---------|---------|---------|-------------|---|------------|
| - | - | - | | - | - | - | A | - | - | - | - | - | - | 474 |

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201126_FcPMF.pdf

Lex: Art. 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto, 67, 6° párrafo, inc. b y c del CP. Art. 417 quáter del CPP. leyes 8929 y 9040.

Vox: Amenazas. Prescripción. Actos interruptivos. Capacidad interruptiva.

Summa:

El **JPC** denegó la solicitud de extinción de la acción penal por prescripción.

La **defensa** interpone recurso de casación.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Auto pronunciado por el JPC N° 1-2° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Asat Haltky. 23-08-18. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=393>
- Ruiz Casas
- Galfo Ramírez. 16-10-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=405>

Precedentes relacionados.

- Prieto, Marin. 26-11-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=452>
- Patti Gobbi. 07-04-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=801>
- Castillo Ordoñez. 11-05-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=835>
- Pandolfino. 12-05-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=824>

SCJM. Dres.: **Adaro.** Valerio. Palermo (Disidencia).

Fallo:

CUIJ: 13-05062640-1/1((028501-100550)) SOLICITA AUDIENCIA DE ACUSACION EN AUTOS P-154512/17 FC/ P. M. F. P/ AMENAZAS (100550) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105228926*

En Mendoza, a los veintiséis días del mes de noviembre del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05062640-1/1 caratulada "SOLICITA AUDIENCIA DE ACUSACIÓN EN AUTOS N° 154.512 F. C/ P. M., F."

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. OMAR A. PALERMO, y tercero DR. JOSÉ V. VALERIO.

La defensa particular de F.P.M. interpone recurso de casación (fs. 49/59) contra la resolución que obra en soporte audiovisual, cuya constancia de realización luce agregada a fs. 41/42, dictada por el Juzgado Penal Colegiado N° 1, de la Segunda Circunscripción Judicial, que denegó la solicitud de extinción de la acción penal por prescripción.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

1.- Resolución recurrida

La jueza del Primer Juzgado Penal Colegiado de la Segunda Circunscripción Judicial, rechazó el pedido de extinción de la acción penal por prescripción, en la audiencia celebrada el 13 de noviembre de 2019 (fs. 41).

Para así decidir, consideró que conforme a las modificaciones del CPP, a partir de la vigencia de la ley 9.040, la acusación y el pedido de audiencia formal de imputación –que se gestiona administrativamente a través de la OGAP– poseían el carácter de acto interruptivo, de conformidad al **art. 62, inc. 3 del CP**; también, conforme jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza en tal sentido.

2.- Recurso de casación

La recurrente funda el recurso de casación en el art. 474 inc. 1° del CPP por considerar que la resolución puesta en crisis, se encuentran inobservados los artículos 59, 62 inc. 2° del CP, el art 7.5 y 8.1 del Pacto de San José de Costa Rica y art.75 inc. 2°2 de la CN.

La defensa considera que en el legajo existe una orfandad probatoria que impiden considerar que existan elementos de convicción suficiente como para mantener la acusación.

Además, estima que la denegatoria de la jueza de anterior instancia importa una afectación concreta del derecho de F.P.M, a ser juzgado en un plazo razonable.

Formula reserva de caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

A fs. 74/75 vta. el Procurador contesta la vista de ley conferida y aconseja el rechazo del recurso de casación articulado. En ese sentido, considera que existen dos actos interruptivos del curso de la prescripción.

Por un lado, el decreto de avoque de fs. 4 (2/11/2017) y, por el otro, la solicitud de audiencia de acusación realizado por la fiscal que luce agregado a fs. 79 (27/11/2018).

Siendo ello así el pedido de audiencia de acusación formulado por la fiscal equivale al requerimiento acusatorio de apertura o elevación a juicio en los términos de **67 inc. c del CP** y, por tanto, la acción penal emergente del delito de amenazas no se encuentra prescripta.

Por otro lado, considera que la resolución de la jueza de anterior instancia, resulta debidamente fundada.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Por diversos motivos considero que el recurso de casación formulado por la defensa del acusado no puede prosperar. Paso a explicarlo.

De manera inicial entiendo que la motivación de la resolución cuestionada es suficiente para su mantenimiento como **acto jurisdiccional válido**, no adoleciendo de falencias que impliquen su anulación.

Ello a la luz de la reiterada jurisprudencia de esta Sala, en el sentido que tales defectos, para conllevar tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros), lo que en la especie no ocurre.

Atento a la naturaleza del planteo formulado, corresponde realizar un relevamiento de las constancias del legajo a fin de fundamentar adecuadamente la solución anticipada y que propicio para estos obrados.

a.- Constancias de la causa

De las presentes actuaciones surge que J. M. M. formuló denuncia el 2 de noviembre de 2017, y manifestó que el día 1 de noviembre de 2017, F.P.M le envió un mensaje que decía «si no sos mía no vas a ser de nadie, te voy a joder la vida por hacerme ilusionar y perder el tiempo».

El 2 de noviembre de 2017, la fiscal de la Unidad Fiscal de Violencia de Género, por entender que existían motivos bastantes de sospecha, citó a F.P.M, a fin de hacerle conocer la imputación delictiva formulada en su contra, como así también la prueba de cargo obrante en la causa (fs. 4).

El 7 de noviembre de 2017 se realizó la imputación formal de F.P.M, respecto del hecho, calificado por el Ministerio Público Fiscal como amenazas simples (fs. 15, 16 y 17) precisado posteriormente conforme la figura prevista por el art. 149 bis párrafo primero, primer supuesto del CP (fs. 70).

El hecho atribuido fue que el día 6 de octubre de 2017, aproximadamente a las 20:40 horas, en el domicilio sito en calle ..., F.P.M se apersonó en el lugar y previo discutir con J.M.M., con quien mantuvo una relación de pareja durante tres años aproximadamente, que mientras duró la misma el encartado ejerció violencia psicológica y económica sobre la denunciante le manifestó «sos una hija de puta, te voy a joder a vida, no sabés con quién te metes».

Con la imputación formalizada, la titular de la Fiscalía solicitó audiencia a tenor del art. 417 quáter del CPP (27 de noviembre de 2018).

La defensa particular del acusado solicitó en dos oportunidades la suspensión de las audiencias dado que F.P.M no se encontraba en el país (fs. 8/9). Luego de ambas suspensiones (fs. 11; 15), se reprogramó la audiencia para el día 13 de noviembre de 2019, a las 16 horas (fs. 19), cuya constancia de realización luce agregada a fs. 41/42.

Ahora bien, conforme surge de fs. 41 y vta., la defensa solicitó la extinción de la acción penal por prescripción. Corrida la vista pertinente, la fiscal se expidió por el rechazo de la petición formulada, por considerar que la acción no se encontraba extinguida por prescripción.

Así, destacó los actos procesales del legajo que ostentaban virtualidad interruptiva: el primer llamado a indagatoria (2/11/2017) y el pedido de audiencia (27/11/18) y destacó además, que la defensa solicitó en dos oportunidades la suspensión de la audiencia de acusación.

El planteo de la defensa fue rechazado por la jueza del Primer Juzgado Penal Colegiado, en tanto interpretó que el pedido realizado por la agente fiscal para la realización de la audiencia de acusación interrumpía el curso de la prescripción de la acción penal y debía ser entendido como acto equivalente, al requerimiento de elevación a juicio.

Esto por cuanto es un acto válido que manifiesta la voluntad de la Fiscalía de continuar la acusación contra el encartado, pues concreta objetiva y subjetivamente la pretensión punitiva del órgano acusador.

b.- Sobre la vigencia de la acción penal en las presentes actuaciones

Relevadas las constancias de la causa, entiendo que corresponde rechazar el recurso de casación articulado toda vez que la acción emergente del delito de amenazas no se encuentra prescripta. Ello es así, en función de las consideraciones formuladas en el precedente recaído en «**Asatt Halky**», «**Galfo Ramírez**», las que resultan aplicables al caso bajo examen.

En efecto, conforme lo dispone la norma de fondo que regula la materia objeto de la presente impugnación, el primer acto interruptivo del curso de la prescripción que ha tenido lugar en autos lo constituye el decreto de fs. 4, en tanto configura el primer llamado efectuado a F.P.M a prestar declaración, el que fue formulado en fecha 2/11/2017 (**art. 67, sexto párrafo, inc. b del CP**).

El próximo acto contemplado por la ley de fondo con los efectos señalados es «el requerimiento acusatorio de apertura o elevación a juicio, efectuado en la forma que lo establezca la legislación procesal correspondiente», conforme lo prevé el **art. 67, sexto párrafo, inc. c) del CP**.

En las presentes actuaciones, ese acto interruptivo ha sido identificado por la jueza de instancia anterior con «el pedido realizado por la Sra. Agente Fiscal de fs. 79/80, en el que solicita se fije fecha para llevar a cabo la correspondiente audiencia de acusación». Coincidió con la magistrada de la instancia anterior. La ley 8929 (B.O. 23/11/2016) introdujo modificaciones al proceso correccional y a su vez, la ley 9040 (B.O. 9/2/2018) introdujo modificaciones al **art. 417 quáter del CPP**, sin alterar la finalidad del acto ni de sus efectos, a la vez que precisó concretamente los recaudos formales para su procedencia.

Así, a partir de su vigencia, el representante del Ministerio Público Fiscal «requerirá audiencia vía electrónica al Juez Correccional o a la OGAP, clausurando la información para sostener oralmente la acusación fiscal siempre que se haya concluido la información sumaria y existieren «elementos de convicción suficientes para sostener como probables la participación punible del imputado en el hecho intimado», debiendo contener los siguientes requisitos: 1) individualización de la causa; 2) condiciones personales del imputado u otros datos que sirvan para identificarlo; 3) condiciones personales de las partes; 4) enunciación del hecho y su calificación legal; 5) el pedido de citación a las partes. El ministerio público deberá notificar vía electrónica a la defensa el pedido de audiencia de acusación» (art. 417 quáter, modificado por Ley 9040). (art. 417 quáter).

Por ello, y como se afirmó en el **precedente «Assat Halky»**, considero que **ambos actos son equivalentes y, en consecuencia, poseen la misma virtualidad interruptiva del curso de la prescripción, de conformidad a lo establecido por el art. 67, sexto párrafo, inc. c) del CP**.

En el caso sometido a estudio, la representante del órgano acusador solicitó a la OGAP que fijara audiencia a fin de presentar acusación, con plena observancia de los recaudos legales exigido por la normativa vigente, en fecha 27/11/ 2018 (fs.79/80), acto que claramente constituye el acto procesal previsto por la norma de fondo como uno de aquellos con capacidad para interrumpir la prescripción de la acción penal. Luego de ello se llevó adelante la audiencia de acusación donde se rechazó el pedido de extinción de la acción penal por parte de la defensa.

Seguidamente, se recibieron y controlaron las pruebas y se tuvieron por aceptadas, disponiendo la juzgadora que se fijara fecha oportunamente a los efectos de la realización de la audiencia de debate.

Es decir que, resuelta la incidencia de prescripción planteada, el órgano jurisdiccional citó a las partes a juicio (por aplicación de lo dispuesto en los arts. 417 quinquies y art. 364 del CPP), produciéndose a continuación los actos propios de la etapa procesal transitada (367 y 371 del CPP).

De estas circunstancias surge con claridad que ha tenido lugar un nuevo acto interruptivo de la prescripción, esto es, el contemplado en el art. 67 sexto párrafo inc. d) del C.P .

En virtud de ello y considerando que a partir del primer llamado efectuado al imputado a fin de que preste declaración se han producido dos actos con **capacidad interruptiva** antes de que transcurriera el plazo máximo previsto por la ley para que operara la prescripción del delito de amenazas atribuido al acusado –es decir, el plazo de dos años, de acuerdo a la escala penal prevista por el art. 149 bis del C.P.–, resulta claro que en las presentes actuaciones la acción penal seguida contra F.P.M continúa vigente.

En este sentido, debe tenerse en cuenta que las disposiciones contenidas en el Código Penal referidas al instituto de la prescripción han sido establecidas en forma genérica –sin hacerse ninguna distinción relativa a determinados procesos- y, como el propio texto legal indica, supeditadas a las formas que establezca «la legislación procesal correspondiente», teniendo en cuenta la coexistencia en el país de diversos sistemas procesales: mixtos y acusatorios, de primera y segunda generación.

En consecuencia, lo esencial de la disposición analizada es la finalidad del acto que se considera interruptivo del curso de la prescripción, es decir, la voluntad del Estado de ejercer o continuar ejerciendo la acción penal, que puede ser instrumentada del modo que establezca la ley de forma de cada provincia, ya sea de un modo genérico para todos los procesos o bien de un modo específico para los procedimientos especiales que regule, tal como ocurre en el caso de la provincia de Mendoza con la solicitud de audiencia de acusación contemplada en el art. 417 quater del CPP. Por tales razones, y opinión concordante del señor Procurador General, doy respuesta negativa a la primera cuestión propuesta en el acuerdo que lidero. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

Voto Dr. Palermo. Disidencia.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, EN DISIDENCIA, DIJO: No comparto la solución que propician mis colegas de Sala, en tanto considero que la acción penal emergente del delito de amenazas se encuentra prescripta.

Debo destacar que señalé mi postura en el precedente «**Golfo Ramirez**» en referencia a la temática analizada en este legajo y a cuyas consideraciones, me remito por resultar enteramente aplicables.

A continuación expongo lo que en aquella oportunidad señalé sobre la cuestión. En este sentido, sostuve que se puede atribuir **capacidad interruptiva «al requerimiento de citación a juicio** emitido por el fiscal de la causa –en virtud de lo dispuesto por el **art. 67, quinto párrafo, inc. c) del CP–**, pero no a la solicitud

de audiencia de acusación, prevista en el **art. 417 quater del CPP** vigente en nuestra provincia de Mendoza.

Ello, en tanto tal petición no reúne las condiciones para ser equiparada al «requerimiento acusatorio de apertura o elevación a juicio» como se considera en el fallo cuestionado y en el voto que antecede».

«Resulta claro que el requerimiento de audiencia de acusación que debe efectuar el representante del Ministerio Público Fiscal –una vez que se haya cumplido el plazo de la información sumaria o información sumaria como investigación fiscal y siempre que se estimare que existen elementos de convicción suficiente para sostener como probable la participación punible del imputado en el hecho intimado– tiene algunos rasgos comunes con el requerimiento de citación a juicio que correspondía efectuarse en los procedimientos correccionales antes de las reformas introducidas por las **leyes 8929 y 9040**.

Sobre todo si se tiene que cuenta que la petición debe contener idénticos recaudos que los contenidos en el requerimiento fiscal previsto por el Código de Procedimientos vigente con anterioridad a las reformas aludidas». «Sin embargo, advierto que lo dispuesto por los arts. 417 quater y quinquies del CPP desvirtúa tal equiparación».

«Efectivamente, el primero de artículos citados precedentemente dispone que el representante del Ministerio Público Fiscal requerirá audiencia, al juez correccional o a la OGAP, para sostener oralmente la acusación, clausurando así la investigación.

Asimismo, deberá notificar vía electrónica a la defensa el pedido de audiencia de acusación y luego remitir el legajo o las actuaciones al juzgado o a la OGAP».

«Ello revela que el pedido de audiencia referido no constituye un acto que pueda ser asimilado al requerimiento de citación a juicio, puesto que no tiene más efecto que clausurar la información sumaria o investigación sumaria como investigación fiscal y procurar que la OGAP o el juez correccional fijen fecha de audiencia para «sostener oralmente la acusación fiscal», como expresa la propia ley (art. 417 quater del CPP).

«En consecuencia, no es el pedido de audiencia de acusación el acto equiparable al requerimiento de citación a juicio, sino la «formulación de la acusación» que el representante del Ministerio Público Fiscal efectúe luego de abierta la audiencia aludida (art. 417 quinquies del CPP)».

Por ello sostuve que «la audiencia de acusación ya referida consta de dos etapas claramente diferenciadas en la norma que la regula. La primera destinada a la formalización de la acusación, planteo de defensas – puesto que no existe otra oportunidad para hacerlo–, o de solicitudes de aplicación de algún criterio de oportunidad o juicio abreviado; y la segunda, prevista ante el fracaso de la primera etapa, comprensiva de los actos propios de la audiencia preliminar como consecuencia del requerimiento acusatorio de citación de las partes a juicio (arts. 364, último párrafo; 366; 367; 368; 369 y 370 del CPP)».

Y concluí afirmando que «En definitiva, el acto equiparable al requerimiento de citación a juicio como acto interruptivo de la prescripción de la acción penal (art. 67, quinto párrafo, inc. c) del CP) no resulta ser la solicitud de audiencia de acusación prevista en el art. 417 quater del CPP, sino, y como se señaló, la «formulación de la acusación» efectuada por el representante del Ministerio Público Fiscal durante el desarrollo de esa audiencia, conforme prevé el art. 417 quinquies del CPP».

Ahora bien, establecida mi postura, corresponde determinar si en la presente la acción penal ejercida continúa vigente. En ese orden, teniendo en cuenta que entre los actos procesales a los que, según entiendo, cabe atribuirles **capacidad interruptiva** ha transcurrido el plazo máximo de tiempo para que se produzca la prescripción de la acción penal. En efecto, de la compulsas de estos obrados surge la existencia de tres actos con virtualidad interruptiva de la prescripción.

El primero de ellos lo constituye el primer llamado a recibir declaración indagatoria de fecha 2/11/2017 (fs. 4); el segundo, la formulación de la acusación fiscal durante la celebración de la audiencia de acusación en la que la defensa planteó la extinción de la acción penal por prescripción; último planteo que al ser rechazado, motivó que se produjera el tercer acto interruptivo consistente en la citación a juicio pertinente. Es que la continuación del proceso, luego del rechazo de la incidencia de prescripción implica ese último acto con virtualidad interruptiva, conforme prevé el art. 417 quinquies en función del 364 del CPP (fs. 41/42).

No obstante, advierto que entre el primero y segundo de los actos procesales mencionados, ha transcurrido un periodo superior a dos años –plazo máximo de prescripción para el delito de amenazas (art. 149 bis, primer párrafo, primer supuesto del CP)– que le fuera intimado a F.P.M, por lo que considero que la acción penal emergente del delito imputado, se encuentra extinguida.

Sin perjuicio de las consideraciones hasta aquí vertidas y en atención a la naturaleza de los hechos denunciados en la causa, encuentro necesario referirme nuevamente a los deberes indelegables que este Poder Judicial –en tanto poder estatal– posee respecto de la protección de los derechos de las mujeres. Importa destacar aquí la obligación de investigar con debida diligencia la violencia de género en tanto las mujeres en situación de violencia requieren de acceso, celeridad y medidas urgentes, que hacen a la prevención, sanción y erradicación de la violencia (**art. 7 Convención Interamericana de Belém do Pará**); obligación a la que, por lo demás, ya me referí en anteriores pronunciamientos (en tal sentido, ver mi voto en el **antecedente «Ruiz Casas»**).

Al respecto no puedo soslayar que siendo el motivo casatorio la prescripción de la acción penal parece verse comprometido el deber de la debida diligencia en la investigación de los hechos denunciados.

Es precisamente en razón de ese mandato que en casos como el presente resulta indispensable la adopción de medidas, tanto en la etapa investigativa como jurisdiccional, para que las causas que encuadran en contextos de violencia de género sean tratadas con celeridad y prioridad.

Ello, considerando fundamentalmente que puede encontrarse en peligro la salud, integridad, seguridad o vida de personas que integran un colectivo en situación de histórica desigualdad como lo son las mujeres (**Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de personas en situación de vulnerabilidad, regla 20, segundo párrafo**).

En virtud de ello, corresponde hacer lugar al recurso de casación deducido por la defensa del imputado y dar respuesta afirmativa a la primera cuestión propuesta. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, LOS DRES. OMAR A. PALERMO Y JOSÉ V. VALERIO, adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y JOSÉ V. VALERIO, adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs 49/59, por la defensa particular de F.P.M.
- 2.- Tener presente la reserva federal formulada.
- 3.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios para su oportunidad.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro

23- MOLINA CACERES. 01-12-20.

| | | | | | | | | | | | | | | |
|-----------|------------|----|------|------------|---------|---------|----------|---------|---------|---------|---------|-------------|---|------------|
| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
| VG | Par | - | - | PCC | - | - | A | - | - | - | - | - | - | 474 |

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201201_FcMCH.pdf

Lex: Art. 149 bis, 2° párrafo, 55 y 89 en función con los arts. 92 y 80 incs. 1° y 11° del CP. Art. 4 de la ley 26485.

Vox: VG. Amenazas coactivas. Concurso real. Lesiones leves dolosas calificadas. Relación de pareja. Violencia de género. Perspectiva de género. Amplitud probatoria.

Summa:

El TPC condenó al señalado a la pena de **dos años y cuatro meses de prisión** en la modalidad de ejecución condicional por el delito de amenazas coactivas cometidas en contexto de violencia de género en concurso real con lesiones leves dolosas calificadas por la relación de pareja y por mediar violencia de género (arts. 149 bis segundo párrafo, 55 y 89 en función con los arts. 92 y 80 incs. 1 y 11 del CP; art. 4 de la ley 26.485). La **defensa** interpone recurso de casación.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 353, pronunciada por el TPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Morales Quiroga.
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Merlo Lassa. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=243>
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>
- Brancello Urbón. 05-03-20.: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=392>
- Galdeano Reyes. 31-07-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=242>
- Concha, Jesús. 20-09-18. https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- Alaniz Pineira. 23-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=37>
- Di Cesare Morales. 26-06-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=156>
- Mejía Salvador. 10-09-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=197>

b-CIDH

- Castro Castro vs. Perú. Fondo, 25-11-06:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf
- Rosendo Cantú vs. México. 31-08-10:
https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=339
- Fernández Ortega y otro vs. México. 30-08-10:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/fernandez_ortega/esap.pdf

SCJM. Dres.: **Adaro.** Valerio. Palermo

Fallo:

CUIJ: 13-04744145-9/1((018602-12127)) FC/ M. C. H. P/ AMENAZAS COACTIVAS (12127) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104821657*

En Mendoza, el primero de diciembre del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04744145-9/1, caratulada “F. C/ M. C., H. P/ AMENAZAS COACTIVAS COMETIDAS EN CONTEXTO DE VIOLENCIA DE GENERO EN CONCURSO REAL CON LESIONES LEVES DOLOSAS CALIFICADAS POR LA RELACIÓN DE PAREJA Y POR MEDIAR VIOLENCIA DE GENERO S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. JOSÉ V. VALERIO, y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

La defensa del imputado H. A. M. C. interpone recurso de casación contra la sentencia N° 353 (fs. 397 y vta.) y sus fundamentos, en cuanto condena al imputado a la pena de dos años y cuatro meses de prisión en la modalidad de ejecución condicional por el delito de amenazas coactivas cometidas en contexto de violencia de género en concurso real con lesiones leves dolosas calificadas por la relación de pareja y por mediar violencia de género (arts. 149 bis segundo párrafo, 55 y 89 en función con los arts. 92 y 80 incs. 1 y 11 del CP; art. 4 de la ley 26.485), pronunciamiento dictado en la causa N° P- 12.127/18 por el Segundo Tribunal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

I.- Sentencia recurrida

La resolución establece, en lo que aquí respecta, que ha quedado acreditado en el debate que «[e]l día 25 de noviembre de 2017, siendo las 8:00 hs. aproximadamente, en el interior del domicilio sito en... de Guaymallén, H. A. M. C., luego de mantener una discusión con su pareja E. M. G., donde le exigía que limpiara la vivienda, diciéndole mirá hija de mil putas, vas a hacer todo lo que yo te diga siempre, le propinó un golpe con la mano en el rostro, ocasionándole una herida lineal de 1,5 centímetros de longitud en región malar izquierda, con tiempo de incapacidad laboral inferior a un mes. Asimismo, en idénticas circunstancias de tiempo y lugar, M. C. le manifestó a su pareja: «te voy a hacer bosta si no limpias», provocando temor en aquélla».

Para así decidir, el sentenciante valoró, entre los elementos de juicio más relevantes, las declaraciones testimoniales de la víctima, E. M. G., I. S., la Lic. P. M. y la Dra. L. B., el informe del Equipo Profesional Interdisciplinario (EPI) de fs.106/108, el examen físico del Cuerpo Médico Forense (CMF) de fs. 39.

II.- Recurso de casación

La defensa plantea recurso de casación contra la resolución antes individualizada en razón de lo dispuesto por el **art. 474 incs.1° y 2° del CPP**, es decir, por adolecer el pronunciamiento cuestionado de vicios in iudicando y vicios in procedendo.

En el aspecto formal, sustenta su queja en la inobservancia del **art. 416 inc. 4° del CPP** por considerar que la sentencia tiene una fundamentación aparente y, por ello, entiende que resulta arbitraria, absurda y errónea.

En primer lugar, refiere la prueba rendida durante el debate, como así también, realiza una breve reseña de los fundamentos brindados por el juez de sentencia.

A modo de introducción de los agravios, destaca que el juez a quo ha contrariado los principios de la sana crítica racional.

En tal sentido, considera que el sentenciante omitió considerar aspectos relevantes y conducentes para la determinación de la verdad forense. Ello por cuanto no tuvo en cuenta el análisis conclusivo de los extremos absolutorios efectuados por su parte.

De este modo, analiza en primer lugar el delito de lesiones leves dolosas agravadas que se le atribuye a su asistido. Al respecto, cuestiona que no se pudo determinar el tiempo de ocurrencia de las cicatrices que fueron constatadas a E. G., como así tampoco, el modo en que se causaron.

Por estas razones, entiende que el juzgador no tuvo los elementos suficientes para fundar la condena de M. C., ya que el hecho no pudo ser acreditado.

Agrega que la supuesta víctima no manifestó haber recibido un golpe de puño por parte del imputado, sino que refirió que éste le proporcionó un «manotazo» en el fragor de una discusión, es decir, la víctima nunca refirió haber recibido por parte del imputado un golpe de puño que tuviera las características del tipo bajo estudio.

A su vez aclara que E. G. no pudo especificar de qué lado de su cara fue el golpe que le habría propinado el imputado. Explica que el juez de sentencia se basa, en primer lugar, en la declaración de la víctima y de su amiga, I. S.

Sin embargo, entiende que el a quo debió utilizar el mismo criterio al momento de valorar las declaraciones de los testigos traídos por la misma fiscalía, a quienes desestimó con el argumento de que eran amigos de la pareja o por sus vínculos con la policía, donde trabaja el imputado M. C.

Concluye que las circunstancias de tiempo, modo y lugar no están acreditadas con el peso necesario que se requiere para dictar una sentencia condenatoria. Por tal motivo, solicita la absolución lisa y llana del imputado en orden al delito de lesiones leves dolosas agravadas.

En relación al delito de amenazas, entiende que la resolución que cuestiona carece de fundamentos. En este sentido, sostiene que el hecho objeto del proceso consiste en que el día 25 de noviembre de 2017, siendo aproximadamente las 8:00 hs., M. C. le habría manifestado a la víctima «te voy a hacer bosta si no limpias», sintiendo ésta temor.

Explica que el descargo lo realiza en base a ese hecho.

Sin embargo, el juez toma en consideración otros episodios denunciados por la víctima, tales como insultos o malos tratos, los que no son objeto de análisis en los presentes autos.

Entiende que éstos debieron ser objeto de investigación en las presentes actuaciones, a fin de determinar si encuadraban en un ilícito penal, o bien debieron ser investigados en otra causa.

Afirma que esta situación le causa un gravamen irreparable a su defendido y vulnera un precepto fundamental que consiste en que el hecho debe estar claramente determinado, y los fundamentos por los cuales el juez decide condenar, deben estar probados respecto a ese hecho puntual.

Concluye que se ha vulnerado los **arts. 2 y 358 del CPP**, y que si bien el Ministerio Fiscal cumple con ese precepto, no acontece lo mismo con el juez a quo, quien funda su sentencia más allá de aquella acusación clara y concreta.

Por otra parte, señala que en el caso de autos, no se acreditan los elementos del tipo penal, por cuanto las amenazas se habrían proferido en un contexto de discusión de pareja y, por tal motivo, no habrían sido idóneas en los términos del art. 149 bis segundo párrafo del CP.

Cita jurisprudencia al respecto.

En sustento de esta postura, entiende que los testimonios de D. S., C. A., S. G. y J. S., dan cuenta del vínculo que existía entre la pareja, donde eran normales las discusiones. Destaca que, incluso, I. S. –amiga de la víctima– avala la postura defensiva, ya que aseguró que la pareja vivía discutiendo.

Agrega que la propia víctima expuso en audiencia de debate que nunca fue amenazada por el imputado. Por tal motivo, entiende que la resolución está viciada ya que ha realizado una errónea interpretación de la ley penal, en especial del art. 149 bis, segundo párrafo, ya que el hecho no encuadra bajo ningún concepto en el delito de amenazas, ni mucho menos en el delito de amenazas coactivas.

Concluye que conforme al tejido probatorio introducido al debate, se ha podido determinar fehacientemente la inocencia de su asistido, y que así debió valorarlo el tribunal si hubiera aplicado correctamente el método de la sana crítica racional al mérito de la prueba, ordenando en su consecuencia su absolución lisa y llana o, en su defecto, la absolución por el beneficio de la duda (art. 2 del CPP).

Formula reserva del caso federal.

III.- Dictamen del Procurador General

El señor Procurador General estima que el recurso de casación interpuesto por la defensa del imputado no puede prosperar, en tanto no se advierte en la sentencia cuestionada una inobservancia de las normas que pudiera acarrear la nulidad, debiendo confirmarse la validez de la sentencia.

Señala que la queja se estructura en torno a cuestionar la valoración del plexo probatorio, principalmente la prueba testimonial, descalificando el razonamiento del a quo en relación a los delitos endilgados.

Destaca que en relación a la credibilidad de las testimoniales, el tribunal contó con los beneficios que le otorga la inmediación en su valoración y apreciación.

Agrega que, en especial, se advierte una minuciosa valoración del testimonio de la víctima, cotejado en el marco de todo el plexo probatorio.

Concluye que la sentencia atacada se encuentra debidamente motivada, por lo que el planteo de la defensa es infundado y no debe prosperar.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

En adelanto de las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso de casación articulado debe ser rechazado en tanto no logra desvirtuar la validez de la sentencia condenatoria impugnada.

a- Cuestionamientos sobre la valoración de la prueba

De manera preliminar debo señalar que los distintos agravios expresados por el censurante se dirigen, en definitiva, a cuestionar la credibilidad del testimonio brindado por la víctima E. G.

Por tal motivo, para comenzar con el análisis de los fundamentos de la resolución cuestionada, entiendo oportuno destacar que el juez de sentencia consideró que los hechos que se le atribuían al imputado M. C., y por los que fue condenado, acontecieron en un contexto de violencia de género, aspecto que el censurante intenta desvirtuar en la construcción de sus argumentos defensistas.

En este sentido, entiendo que el juzgador, al momento de valorar los distintos elementos de juicio, siguió los estándares internacionales en materia probatoria en casos de violencia contra la mujer por razones de género. Sobre el tema, me interesa destacar –tal como he señalado en pronunciamientos anteriores (ver «Galdeano Reyes», «Merlo Lassa», entre otros)–, que la jurisprudencia en el sistema interamericano de protección de derechos humanos, como así también a nivel nacional, ha construido paulatinamente los

lineamientos o estándares en la interpretación de la prueba en materia de género, reflejando en su análisis una visión integral de la temática, especialmente relacionada a la ponderación del testimonio de la víctima (Cf. Corte IDH, Caso del penal «**Castro Castro vs. Perú**». Fondo, Reparación y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C N° 160; Corte IDH, **Caso Rosendo Cantú vs. México**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C N° 216; Caso «**Fernández Ortega y otro vs. México**». Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C N° 215; y C.S.J.N. in re «**Leiva, María Cecilia**», entre otros).

A nivel nacional la **Ley 26.485**, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, establece criterios en la interpretación de la prueba, que si bien constituyen pautas generales, importan un compromiso para el juzgador de valorar la prueba con perspectiva de género, es decir, con una mirada integral de la problemática, analizando las particularidades que presenta cada contexto en que se desarrolla el hecho. De esta manera el art. 16 de la referida normativa establece la garantía que la investigación se realice bajo un estándar de amplitud probatoria para acreditar los hechos «teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos», en tanto el **art. 31** conmina a los operadores judiciales a que ponderen, en orden a acreditar que el hecho tuvo lugar en un contexto de violencia de género, todas las presunciones que se construyan a través de indicios graves, precisos y concordantes.

Expresamente referí en el **precedente «Galdeano Reyes»** que «[...] no puedo dejar de soslayar que analizamos una problemática compleja que afecta un colectivo de personas en situación de vulnerabilidad que, por distintas circunstancias o factores, se ven privadas del pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales.

Los problemas derivados de esta especial situación de vulnerabilidad, así, exceden un abordaje meramente jurídico en tanto se trata de una problemática compleja que atraviesa y debe ser atendida, comprendida y abordada desde conocimientos interdisciplinarios.

Por ello, el administrador de justicia al valorar elementos probatorios – particularmente pero no excluyentemente en la esfera penal– debe ponderar los patrones socioculturales y estereotipos sobre los que se construye esta problemática, a fin de tener una verdadera comprensión del fenómeno de violencia de género y, de esta manera, poder lograr desde el Derecho aportar soluciones que contribuyan a atacar el flagelo de la violencia y trabajar en pos de la igualdad de género».

Sentado cuanto precede, y como adelantara, el juzgador con base a esta perspectiva construyó su razonamiento en donde le otorgó un valor preponderante al relato brindado por E. G., el que, además, consideró corroborado a partir de un análisis crítico de los distintos elementos periféricos del relato de la víctima. En especial, el informe del EPI y la declaración testimonial de la Lic. M., los que –cabe aclarar– no han sido objeto de censura en esta instancia recursiva.

De este modo, el juez de instancia anterior meritó el examen psicológico practicado a la víctima por el EPI, de donde se desprende la existencia de un contexto de violencia de género.

Concluyó el referido informe que, conforme las características de la relación que mantenían víctima e imputado, pudieron determinar que era asimétrica, disfuncional, donde el varón tenía el control, el dominio y el poder sobre la examinada. En cuanto a la valoración del riesgo, se determinó la existencia de violencia física grave (fundamentos de fs. 403 vta.).

Ahora bien, como anticipé, el censurante construye sus agravios omitiendo toda consideración del informe reseñado y de lo manifestado por la Lic. M. en audiencia de debate, quien tuvo a su cargo el examen psicológico de la víctima.

Así, a juicio de la defensa las lesiones atribuidas a su asistido no estarían debidamente acreditadas, por cuanto el examen del CMF no pudo determinar el tiempo y el modo de su ocurrencia.

Considero que la crítica aquí analizada carece de sustento y, por ello, no puede prosperar.

Ello por cuanto el juzgador dio suficientes razones para considerar acreditados los extremos de la imputación.

Al respecto, el juez de instancia anterior no sólo meritó la credibilidad del testimonio de la víctima tomando en consideración los parámetros antes señalados, sino también analizó en forma adecuada todos los indicios que corroboraron sus dichos.

De este modo, el juzgador ponderó el testimonio prestado por la Lic. M. en audiencia de debate quien, en relación a lo acontecido el día del hecho, recordó que «[...]G. le contó que le pegó un manotón y le dejó un ojo negro» (fundametos de fs. 404).

Destacó también la licenciada que «[...] ella [por G.] estaba acostumbrada a ese trato y le hacía caso para evitar que le pegara». Agregó también que G. «[...] tenía fundado el temor de que le pueda pegar porque hubo varios episodios».

El juez sentenciante, además, ponderó, en relación a la credibilidad del relato de E. G., que la Lic. M. «[...] aún cuando no tuvo a su cargo como específica tarea examinarla a ese respecto, sino sólo en cuanto al riesgo de violencia física, dijo que durante la entrevista, que fue muy larga, pudo advertir la coherencia, la lógica con los nexos asociativos, que no había motivación para elaborar un relato falso». También destacó como factores de confiabilidad del relato «[...] la existencia de angustia, ansiedad, llanto, y la riqueza de los detalles» (fundamentos de fs. 404 vta.).

Cuestiona también la defensa que E. G. nunca refirió haber recibido por parte del imputado un golpe de puño que tuviera las características del tipo bajo estudio y que no pudo especificar de qué lado de su cara fue el golpe que le habría propinado el imputado.

Entiendo que el planteo de la defensa no resulta de recibo, no sólo porque –según entiendo– las circunstancias apuntadas por la defensa no son relevantes a la luz de los elementos de juicio analizados, sino también porque tal extremo fue debidamente dilucidado por el juez de sentencia durante el debate.

Al respecto, el juez de instancia anterior destacó que la Dra. M. B., quien tuvo a su cargo el examen físico de la víctima, señaló -ante la pregunta de la defensa-, que la herida «[...] sí se puede producir con la mano abierta, pero depende con la intensidad con que se produzca».

Agregó la profesional que «[...] en la zona en que se produjo, región malar, la herida puede producirse con mayor facilidad» (fundamentos de fs. 404).

Por otra parte, entiendo que tampoco puede prosperar el cuestionamiento referido a que E. G. no habría indicado cuál era el ojo lesionado.

Ello por cuanto la víctima en audiencia de debate señaló que el imputado «me levantó la mano y me pegó en el ojo izquierdo y me dejó una marquita pequeña, me dejó el ojo negro».

De este modo, el juez de sentencia consideró –acertadamente a mi criterio– que «[e]s cierto que no ha surgido del debate que G. hubiera expresado que fue un golpe con puño cerrado.

Empero, lo jurídico penalmente relevante es que M., con su mano (cerrada o abierta), golpeó el rostro de G., causándole la lesión descripta [...]» (fundamentos de fs. 404 vta.).

Por otra parte, el censurante cuestiona el valor probatorio que el juez de sentencia le otorgó al testimonio brindado por I. S., en desmedro de los restantes testigos incorporados al debate, a quienes les restó valor probatorio por considerarlos parciales por sus vínculos con el imputado C. M..

En primer lugar, advierto que la defensa no concreta en forma adecuada el agravio esgrimido en el párrafo anterior, por cuanto no especifica lo manifestado por los testigos y su impacto en la parte resolutive.

No obstante ello, estimo que el a quo dio suficientes razones para considerar que estas testimoniales no tenían la virtualidad suficiente para descalificar el acervo probatorio que daba sustento a la hipótesis acusatoria.

Al respecto sentenciante señaló que los testigos S. G., J. R., V. S., C. A. y D. S. aseguraron que M. no era una persona violenta, y que nunca observaron una situación de maltrato físico o verbal por parte de M. hacia G. Por el contrario, los tres primeros testigos manifestaron que el maltrato verbal era de la víctima hacia M.

Destacó también el a quo lo manifestado por S. G. y V. S., ambas compañeras de trabajo del imputado en la Policía, quienes señalaron que G. era mentirosa y manipuladora. Al respecto, entendió el juzgador que las consideraciones de los testigos referidos sobre la personalidad o el proceder de la víctima E. G. hacia el imputado «[...] no se compadecen con las conclusiones de la Lic. M. sobre la credibilidad de su relato y la advertencia sobre los indicadores demostrativos de violencia física, verbal y psicológica, a la luz del trato que M. le dispensaba a G.».

Consideró también el sentenciante, lo manifestado por la Dra. C. G., médica psiquiátrica que tuvo a su cargo el examen del imputado M. C., quien aseveró que «[...] las conductas impulsivas en la mayoría de los casos, generalmente se demuestra en la pareja porque en el ámbito externo, es decir, públicamente, o con la presencia de otras personas, hay conductas mas reprimidas».

Concluyó el juez de instancia anterior que «[...] la circunstancia que los mencionados testigos no hayan visto la lesión en el rostro de G., o no hayan presenciado escenas de violencia por parte de M., en modo alguno permiten desvirtuar que hayan existido» (fundamentos de fs. 405).

En el mismo sentido, la defensa en abono a su postura alega que la testigo I. S., a cuya testimonial el juez de sentencia le otorgó un valor relevante, también sostuvo que las discusiones eran habituales en la pareja.

Entiendo que tal apreciación no tiene validez, por cuanto el censurante realiza una valoración parcial de lo manifestado por la testigo.

En efecto, si bien S. pudo referir tal circunstancia, omitió la defensa considerar que la testigo fue la primera en tomar conocimiento de lo acontecido y pudo observar la lesión que le había ocasionado a la víctima el imputado M.

En otro orden, entiendo que no puede prosperar el cuestionamiento de la defensa sobre el delito de amenazas coactivas atribuido al imputado, y la supuesta vulneración al derecho de defensa, por cuanto –según interpreta la defensa– el juez tomó en consideración otros episodios denunciados por la víctima, tales como insultos o malos tratos.

Ello por cuanto de la lectura de los fundamentos de la sentencia y de los hechos que el a quo consideró probados –los que se mantuvieron incólumes a lo largo de todo el proceso–, se desprende, sin hesitación alguna, que la actividad probatoria durante el debate se dirigió a acreditar los hechos contenidos en la hipótesis fiscal.

Por otro lado, las circunstancias referidas por la defensa, tales como los insultos o malos tratos, se desprenden principalmente del informe del EPI, en donde se describen las distintas formas en que se

manifestaba la violencia de la que era víctima E. G. por parte del imputado, y en donde se determinó el contexto de violencia de género en la que estaba inmersa la víctima.

Estas circunstancias debidamente acreditadas no sólo sirvieron de fundamento al sentenciante para acreditar el contexto de violencia de género, sino también para orientar la manera en que debía interpretar los distintos elementos de juicio, conforme a los parámetros que la temática en estudio requiere, según me referí precedentemente.

En otro orden de ideas, la defensa alega que las amenazas no fueron idóneas en los términos del art. 149 bis segundo párrafo del CP, por cuanto tuvieron lugar en un contexto de discusión de pareja.

Entiendo el agravio esgrimido en este sentido tampoco puede prosperar, por cuanto el sentenciante dio suficientes razones para desvirtuar la hipótesis defensiva.

Al respecto, el juez de instancia anterior valoró que el hecho atribuido al acusado, objeto del presente proceso, no se trataba de un episodio aislado «[...] sino de un contexto de pareja en que la violencia de género, a la luz de la ley 26.485 aparece evidente, a lo que debe sumarse que la misma G. afirmó que tenía miedo que se la agarrara con ella».

Agregó además que la Lic. M. refirió que «[...] el temor de [G.] que trascendiera la conducta de M., significaba que le pegara» (fundamentos de fs. 403 y vta.).

Tampoco puede tener acogida favorable el agravio referido a que la víctima expresó en audiencia de debate que nunca fue amenazada por el imputado, ya que tal aspecto fue debidamente dilucidado en audiencia de debate.

Al respecto, cabe aclarar que la defensa omite considerar que la víctima ratificó los términos amenazantes que le profirió el imputado en tal oportunidad, luego de que la fiscal solicitó que se diera lectura a lo declarado por E. G. en la etapa de la investigación, donde describió las amenazas coactivas que conforman la acusación (fundamentos de fs. 403).

En definitiva, conforme a lo señalado puede señalarse que el análisis crítico de todos los elementos de juicio periféricos a la declaración de la víctima permitió al juzgador valorar las distintas probanzas con la necesaria perspectiva de género que la temática en estudio requiere.

Por ello, entiendo que no pueden prosperar los agravios vinculados a la valoración probatoria del sentenciante en tanto el recurrente no brinda argumentos que permitan desvirtuar los fundamentos expresados en la resolución cuestionada.

b- Acerca de la pretendida errónea aplicación de la ley sustantiva

Habiéndose rechazado los vicios formales en torno a la valoración probatoria de los extremos de la imputación que conforman los fundamentos de la resolución atacada, corresponde analizar los vicios iuris expuestos por el censurante.

Tal como se adelantara *ut supra*, la defensa del encausado reprocha que la sentencia condenatoria aplica erróneamente el derecho, en especial, en lo que respecta a las supuestas amenazas coactivas proferidas a la víctima por su asistido, las que –según entiende– no tuvieron la idoneidad requerida por el tipo penal bajo estudio.

Sin embargo, atento a la vinculación entre los agravios formales y sustanciales expuestas en el inicio del presente análisis, el rechazo a los primeros conduce necesariamente a la negación de los segundos.

Es que al haberse confirmado la plataforma fáctica que el juez a quo tuvo por acreditada en oportunidad de dictar sentencia condenatoria, la pretensión de la defensa acerca de la modificación del encuadre jurídico de la conducta endilgada a su defendido, debe ser rechazada.

Al respecto, cabe señalar la posición asumida por este tribunal, con distinta integración, al sostener que «[e]l recurrente debe ceñir su pretensión impugnativa a los hechos acreditados, toda vez que quien invoca un vicio sustantivo no puede desconocerlos ni modificarlos.

Esta exigencia formal deriva de la esencia misma del control que permite este motivo casatorio, ya que con él se procura analizar el vicio "iuris" atribuido a la resolución objetada, el que siempre versa sobre una interpretación propiamente jurídica, sin que se puede evaluar ni alterar el material fáctico alcanzado por esa interpretación, el que queda fijado por el Tribunal inferior» (LS 473-163) y que «[l]a invocación de un vicio sustantivo supone el respeto inexorable de los hechos fijados en la sentencia, por ende no puede esgrimirse un error en la aplicación de la norma sobre la base de un error en la motivación del fallo. Quien invoca un vicio in iudicando debe atenerse a los hechos fijados por el a - quo, sin discutirlos ni modificarlos» (LS 464-080).

Por todo ello, y en opinión concordante del Procurador General, corresponde contestar negativamente la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazar el recurso interpuesto. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: De lo expuesto considero oportuno destacar que al momento de resolver el sentenciante asumió una perspectiva integral en relación a los criterios de valoración señalados en la **Ley 26.485**, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollan sus relaciones interpersonales.

En este sentido debo señalar que sobre la cuestión tuve ocasión de pronunciarme en diversos precedentes (“**Cruz Caporiccio**”, “**Merlo Lassa**”; “**Quiroga Morales**”; “**Ojeda Pérez**”; “**Vázquez Tumbarello**”; entre otros).

En especial en “**Ojeda Pérez**” sostuve que «[...] comparto que aquella concepción según la cual la perspectiva o visión de género es una “categoría analítica que toma los estudios que surgen desde las diferentes vertientes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma, cuestionar los estereotipos y elaborar nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad al servicio de la igualdad y la equidad” (UNICEF, “**Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas**”, Buenos Aires, 2017).

Destaco la idea de igualdad contenido en la definición en tanto se encuentra no sólo consagrada expresamente en el texto constitucional (**art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza**), sino, también, en el ámbito de la normativa internacional.

Así, entre otros, la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” - Belem Do Pará -, garantiza que toda mujer tiene “el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley” (art. 4, inc. “f”).

Sostuve también en esa ocasión que «[...] en nuestro ordenamiento interno, la ley nacional 26.485 es una norma orientada pura y exclusivamente a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las "mujeres".

En tal sentido, entre sus objetivos primordiales, el propio texto promueve y garantiza “la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida”, “el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia”, “las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos”, como también, “la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres”(art 2, inc. a, b, c y e respectivamente)».

Así, «[...] ese texto normativo vino a imponer un verdadero “deber jurídico” para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas.

Sus destinatarios directos son aquellos sujetos que integran los órganos decisores en el marco de los procesos judiciales penales, ya sea por el lado de quienes resultan facultados para disponer sobre el curso de investigación, como también, respecto de quienes son los encargados de su juzgamiento».

Ese deber jurídico no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley.

Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que «[l]os organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativos, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional [...] los siguientes derechos y garantías: i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son su naturales testigos [...]» (art. 16)».

Ahora bien, «[...] además de ese deber genérico, ya en el terreno que resulta propio a la actuación de los órganos de justicia dentro de los procedimientos jurisdiccionales penales, el texto legal contiene dos normas que consagran lineamientos funcionales para los operadores del sistema de administración de justicia en el abordaje de la problemática de género.

En consonancia con el sistema de protección integral, se consagra el principio de «amplia libertad probatoria» para tener por acreditados “los hechos denunciados, evaluándose las pruebas ofrecidas de acuerdo con el principio de la sana crítica.

Se considerarán las presunciones que contribuyan a la demostración de los hechos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes” (art 31)».

De tal manera «[...] el texto legal vigente [ley 26.485] no introduce un nuevo método de valoración probatoria para los casos de violencia de género, puesto que siempre la prueba debe valorarse conforme al sistema de la sana crítica racional (art. 206 y 409 del CPP).

A mi modo de ver, la imposición de un método de valoración de la prueba como herramienta obligatoria para el abordaje de esta problemática, se justifica ante la necesidad de evitar que los órganos jurisdiccionales decisores puedan apartarse en la adopción de decisiones, del contexto fáctico que es propio a este género de conductas delictivas».

Así, «[...] el acierto de la ley consistió en establecer, en forma igualitaria, un método de valoración que evite la discriminación que en ocasiones ocurría por prácticas derivadas de la cultura jurídica patriarcal inquisitiva, que se transformaron en consuetudinarias, y que era necesario erradicar.

Repárese que es la propia Convención Belem Do Pará donde se fija, como un deber de los Estados el “tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer” (art. 7, inc. “e”)».

Ello no resulta novedoso para la labor jurisdiccional en razón de que «[...] siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba –objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento.

Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto.

Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas».

Conforme a lo expresado «[...] es el contexto en el que se inserta el hecho delictivo el que viene a determinar el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio.

Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres el testimonio de la víctima ostenta un valor fundamental en la comprobación de los extremos de una imputación delictiva, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la responsabilidad penal derivada del mismo».

Por todo ello, uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo.

A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables. De tal manera «[...] uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo.

A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables».

De no proceder de esta manera estaríamos recreando la sociedad estamental –con características propias– del Estado premoderno, lo que implicaría una vulneración del principio de igualdad –consagrado en el art. 16 de la CN y 7 de la CM–, el que, a su vez, constituye uno de los pilares de la República Federal.

A lo señalado debe sumarse, tal como destaqué en el **precedente «Vázquez Tumbarello»**, **la relevancia de la ley 27.499, denominada «Ley Micaela»**, en tanto dispuso la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra la mujer para todas las personas que desempeñen la función pública, en cumplimiento del objetivo señalado.

En coincidencia con aquella normativa la Acordada n° 29.318 de esta Suprema Corte de Justicia, y su anexo «Programa de capacitación permanente para la incorporación de la perspectiva de género en el marco de la Suprema Corte de Justicia».

Así, con fundamento en el principio de igualdad y la consecuente prohibición de discriminación, se dispusieron una serie de acciones concretas para asegurar la «igualdad real» de las mujeres en sus relaciones interpersonales.

En conclusión, entiendo que la trascendencia de la ley 26.485 radica no en conformar un estatus jurídico distinto aplicable a la mujer, sino que mediante la capacitación dirigida a los funcionarios públicos y, en lo que aquí interesa, a funcionarios y magistrados del poder judicial, se otorgue una perspectiva para valorar los elementos probatorios bajo el prisma de la igualdad consagrada en la normativa nacional.

Ella debe estar despojada de estereotipos y prácticas relacionadas con la cultura jurídica patriarcal-inquisitiva, plasmada en usos y costumbres que importaron, e importan, prácticas que impiden poner en contexto los medios convictivos al momento de su ponderación.

Estas consideraciones, como adelanté, las entiendo plenamente aplicables al caso por cuanto nos encontramos frente a un supuesto de violencia de género en donde el tribunal de instancia anterior ha tenido en cuenta los parámetros antes referidos al momento de la ponderación de los elementos de prueba obrantes en la causa. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTION, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Puesto a resolver el recurso casatorio promovido coincido con la solución a la que llegan mis colegas preopinantes y, en cuanto a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género, me remito a lo oportunamente señalado en **«Di Cesare Morales» y «Mejía Salvador»** por resultar aplicable en ese aspecto el presente caso. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas por su orden y diferir para su oportunidad la regulación de los honorarios profesionales. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación deducido por la defensa técnica de H. A. M. C. y, en consecuencia, confirmar la sentencia N° 353 dictada por el Segundo Tribunal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva federal efectuada.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro

Capítulo V.

Delitos contra la propiedad.

Robos y Hurtos.

CAPÍTULO V. DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD. Robos y Hurtos.

1- VIDELA GONZALEZ y ot.. 28-02-20

| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 b | N | CPP |
|----|----|----|------|------------|------------|------------|------------|------------|------------|------------|------------|--------------|---|------------|
| - | - | - | - | PCE | - | - | CO | - | - | - | - | - | - | 474 |

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=287>

Lex: Art. 162, 45 del CP.

Vox: Hurto simple. Coautoría. Plan común con división de trabajo. Convergencia intencional. Valoración de la prueba. Determinación de la pena.

Summa:

El **TPC** condenó a la nombrada a la pena M. I. Ramírez Escudero a la pena de un año de prisión como coautora del delito de **hurto simple** (162 del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 del CPP). Cuestiona la convergencia intencional, luego, el monto de la pena.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 557, pronunciada por el TPC N° 1- 1° CJ.

Precedentes citados

α-SCJM

- L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros

SCJM. Dres.: **Valerio**. Palermo. Adaro (Licencia).

Fallo.

CUIJ: 13-04802513-1/1((018601-60823)) FC/ VIDELA GONZALEZ CESAR A. Y RAMIREZ ESCUDERO MARIA ISABEL P/ ROBO AGRAVADO (60923) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104882422*

En Mendoza, a los veintiocho días del mes de febrero del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04802513-1/1 caratulada “F. C/ VIDELA GONZÁLEZ ALBERTO CESAR Y RAMÍREZ ESCUDERO POR ROBO AGRAVADO S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. OMAR A. PALERMO, y tercero DR. MARIO D. ADARO.

La defensa particular de María Isabel Ramírez Escudero interpone recurso de casación (fs.489/499 vta.) contra la sentencia N° 557 (fs. 465 y vta.) que la condenó a la pena de un año de prisión como coautora del delito de **hurto simple** (162 del CP); fallo pronunciado por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

La sentencia cuestionada **ha tenido por acreditado** que el 1 de agosto de 2018 aproximadamente a las 10:45 horas, los hoy imputados junto a dos de sus hijos menores ingresaron en la joyería “Bulgaro” ubicada en calle Patricias Mendocinas 1517 de Ciudad. María Isabel Ramírez se dirigió a Horacio Andrés Cardoni y le preguntó el precio de los relojes de niños, mientras Cesar Alberto Videla sacó unos paños del interior de un exhibidor. Erica Fernanda Leucrini, una cliente que se hallaba en el local, observó el accionar de Videla. Cuando el imputado se percató de ello, le dijo a su pareja “hacela corta” y se retiraron del negocio, llevándose dos paños con cadenas de oro de 14 kilates cuyo valor ascendía a \$40.000.

Para así decidir la jueza valoró, entre los elementos más relevantes, las declaraciones testimoniales de Leucrini y de Cardoni, el acta de procedimiento de fs. 1, el croquis de fs. 2 y la denuncia de fs. 7/8.

En relación a César Alberto Videla González, cabe destacar que la defensa técnica, al formular los alegatos, **dio por probados los extremos de la imputación delictiva.**

2.- Recurso de casación

El recurso formulado por Ramírez Escudero se funda en el **art. 474 inc. 2° del CPP**, por entender que la sentencia resistida adolece de **vicios formales** que la invalidan como tal. Expresa que la sentencia se ha apartado de las **reglas de la sana crítica racional** en la elaboración intelectual de las conclusiones del fallo cuestionado.

Considera que el accionar de la imputada no encuadra en la conducta típica de apoderarse de una cosa total o parcialmente ajena ya que así lo indica la totalidad de las declaraciones testimoniales recibidas en el debate.

En ese mismo sentido **se queja de la coautoría** atribuida a Ramírez Escudero y considera que **no existe convergencia intencional.**

Cuestiona asimismo el monto de la pena impuesta y en ese sentido expresa que la misma resulta desproporcionada, en tanto la jueza no ha respetado las pautas moderadoras de los artículos 40 y 41 del CP.

Formula reserva de caso federal.

3.- Dictamen del Procurador General

A fs. 522/523 vta. el Procurador contesta la vista conferida y aconseja el rechazo del recurso de casación interpuesto. En esa dirección estima que la sentencia se encuentra correctamente fundada.

Ello en función de que el tribunal de sentencia analizó debidamente las pruebas reunidas arribando a la certeza requerida para el dictado de una sentencia condenatoria.

También considera que la jueza tuvo por acreditada la coautoría luego de valorar la prueba en su conjunto, en especial las declaraciones de Lucrini y Cardoni, las que le permitieron dilucidar el rol que cumplió cada uno de los justiciables en el hecho, especialmente el que desarrolló Ramírez Escudero.

Según el Procurador, dichos testimonios acreditaron que los acusados actuaron de modo coordinado: mientras Ramírez tapaba la visión del vendedor del local comercial y lo distraía solicitándole que le mostrara unos relojes de niños, Videla se apoderaba de unos paños que contenían joyas.

Por ello, encuentra que los agravios expuestos relevan la disconformidad de la recurrente con la interpretación dada a las pruebas reunidas.

Finalmente propicia idéntica solución en relación al cuestionamiento de la pena impuesta, dado que considera que los fundamentos de la jueza son claros y razonados y la labor jurisdiccional no se limitó a una mera referencia a las pautas de los artículos 40 y 41 del CP, sino que valoró las circunstancias atenuantes y agravantes.

Así, consideró como circunstancias atenuantes el escaso nivel de instrucción, el medio socioeconómico en que se desenvolvía y la dificultad para procurarse el sustento propio y el de su familia; y, como agravantes, consideró la extensión del daño, la edad y que cometió el delito llevando a tres de sus hijos menores de edad.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Por diversos motivos considero que el recurso de casación formulado por la defensa de la acusada no puede prosperar. Paso a explicarlo.

De manera inicial entiendo que la motivación de la sentencia es suficiente para su mantenimiento como acto jurisdiccional válido, no adoleciendo de falencias que impliquen su anulación, a la luz de la reiterada jurisprudencia de esta Sala, en el sentido que tales defectos, para conllevar tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (**L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros**); lo que en la especie no ocurre.

La jueza de la instancia anterior condenó a la imputada como coautora del delito de hurto simple en tanto logró acreditar que sin el aporte de Ramírez –tapando la visión y distrayendo a la víctima– Videla no hubiera podido apoderarse de las joyas.

El accionar de los acusados respondió a un **plan común con división de trabajo**: Ramírez distraía y Videla se apropiaba de las joyas.

Tal como surge del escrito casatorio, el objeto del reclamo se ciñe a esta conclusión de la jueza respecto de la responsabilidad de Ramírez en el hurto tenido por acreditado.

En efecto, de los testimonios de la víctima Cardoni, como de la ocasional cliente que se encontraba en el lugar, Leucrini, la a quo pudo reconstruir la dinámica del desapoderamiento: mientras Ramírez distraía a Cardoni preguntándole por unos relojes de niños, Videla sustraía objetos de la vitrina que se encontraba abierta e introducía los objetos en el bolso que llevaba.

En esas circunstancias, al ser advertido por Leucrini, Videla le requirió a Ramírez que se apurara e inmediatamente ambos salieron rápidamente del local en compañía de sus hijos.

A su vez, debe señalarse que quedó acreditado con el registro de las cámara (fs. 5, fs. 77, fs. 324/327) el recorrido de los autores, como así también el modo en que se dieron a la fuga en la camioneta marca Peugeot 504 color celeste, con cúpula blanca, dominio TBP-526.

Con estos registros, la jueza de sentencia tuvo por probado objetivamente cómo los imputados acomodaban cosas en el bolso, cómo se dieron a la fuga y luego cómo el mismo día de la comisión del hecho a las 19:00 horas fueron aprehendidos por personal de la UID de Capital, en ocasión de practicarse un allanamiento mientras se desplazaban en el mismo vehículo en que se habían dado a la fuga.

Con el relevamiento de las constancias y el análisis detenido del fallo cuestionado, entiendo que corresponde desestimar el agravio expuesto por la defensa de Ramírez.

En este sentido, encuentro que el recurso no constituye una crítica razonada de la sentencia, sino una reiteración de lo ya expuesto en los alegatos, según puede constatarse de la lectura de la foja 468 de los fundamentos, sin que el recurrente haya refutado los explicaciones que la jueza brindó para desestimar su planteo, extremo que también impide que la impugnación prospere, según se ha dicho con anterioridad (L. S. 438-047).

A idéntica conclusión arribo respecto del cuestionamiento de la pena impuesta a Ramírez. Estimo que este agravio debe también ser rechazado por dos razones.

Primero, porque el recurrente no explica adecuadamente las razones por las cuales considera que, en el caso, la pena aplicada a Ramírez Escudero es contraria al principio de culpabilidad.

Segundo, porque los criterios utilizados por el órgano juzgador para mensurar la reacción penal resultan suficientes para justificar la sanción finalmente impuesta.

De este modo, no se advierten vicios capaces de controvertir el razonamiento de la a quo, el que, también sobre este punto, debe ser convalidado.

En efecto, advierto que la jueza ha motivado el quantum considerando la extensión del daño causado, esto es aproximadamente \$40.000; que los imputados son personas maduras, que cometieron el hecho llevando a tres de sus hijos menores; en tanto que, como circunstancias atenuantes, consideró el escaso nivel de instrucción de Videla (escolaridad primaria) y de Ramírez, que no sabía leer ni escribir, como así también el medio socioeconómico en el que se desenvolvían y la dificultad para procurarse el sustento propio y familiar.

Particularmente, respecto de la modalidad de cumplimiento de la pena impuesta a Ramírez, surge que ésta fue condenada a la pena de siete meses de prisión en efectivo y declarada reincidente mediante sentencia N° 6752 del 12 de mayo de 2017 (expediente N° 28.891/16, fs. 100).

Tal como refirió la sentenciante, esta condena anterior obsta a que la actual condena sea impuesta en forma condicional puesto que no sería la primera condena que pesa sobre Ramírez, en tanto no ha transcurrido el plazo del art. 27 del CP, para el otorgamiento de una segunda condenación condicional.

Así las cosas entiendo que el cuestionamiento relacionado con el monto de la pena y la modalidad de su cumplimiento, no puede prosperar pues la defensa no ha concretado su agravio, sino que ha realizado una crítica abstracta de la actividad de la jueza en lo que respecta a este punto.

En efecto, en su recurso se limita a señalar que se han valorado arbitrariamente las circunstancias de los artículos 40 y 41, que se ha conculcado el principio de igualdad consagrado en el art. 16 de la C.N, pero en ningún momento refiere cuáles son y por qué razón no han sido adecuadamente valoradas.

Es que si bien la defensa refiere este vicio, no lo amplía al entrar específicamente en el desarrollo de los motivos de agravio en el acápite, razones que me conducen al rechazo del agravio expuesto en estos términos.

En definitiva, las razones expuestas me conducen a compartir el dictamen del Procurador cuando afirma que a luz del hecho perpetrado por la acusada y por el que resultara condenada y la fundamentación de la pena impuesta, el monto de la misma y la modalidad de ejecución impuesta no aparecen desproporcionados, ni carentes de fundamentación.

Por tales razones y opinión concordante del señor Procurador General, doy respuesta negativa a la primera cuestión propuesta en el acuerdo que lidero. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere

Sobre la misma cuestión, el DR. OMAR A. PALERMO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede. SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. OMAR A. PALERMO adhiere al voto que antecede. SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. OMAR A. PALERMO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs 489/499 vta. por la defensa de María Isabel Ramírez Escudero.
- 2.- Tener presente la reserva federal formulada.
- 3.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Mario D. Adaro no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 28 de febrero de 2020.-

2- FUNES NABALLE. 08-04-20.

| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 54 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
|----|----------|----|------------|------------|---------|---------|-----------|---------|-----------|---------|---------|-------------|---|------------|
| - | B | - | AFA | PCE | - | - | CO | - | CI | - | - | - | - | 474 |

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=340>

Lex: Art. 166 inc. 2°, 2° párrafo, 54 y 167 inc. 2°, 12, 40 y 41 del CP. Art. 45, 46 del CP.

Vox: Robo agravado. Arma de fuego apta para el disparo. Concurso ideal. Poblado y banda. Acto jurisdiccional válido. Unidad de la prueba. Coautoría. Participación.

Summa:

El TPC condenó a los nombrados, D. F. R. R. y de D. M. F. N, a la pena de **seis años y ocho meses de prisión** e inhabilitación absoluta por todo el tiempo de la condena, por resultar autores de los delitos de robo agravado por el uso de arma de fuego apta para el disparo en concurso ideal con robo agravado por ser en poblado y en banda (arts. 166 inc. 2° 2° párrafo, 54 y 167 inc. 2°, 12, 40 y 41 del Cód. Penal). El escenario es una panadería y F.N. manejaba el vehículo en cual se dan a la fuga.

Las **defensas técnicas** de los señalados interponen recurso de casación (Art. 474 del CPP). La primera cuestiona la valoración probatoria, la segunda, cuestiona la intervención, estimando que su pupilo tuvo una participación secundaria en su caso.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. La **SCJM** rechazó los recursos de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 714, pronunciada por el TPC N° 1-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros.
- L.S. 368-199.

Parágrafos destacados

“En este punto es menester resaltar **que el acta de procedimiento prementada no fue objetada**, por lo que hace plena fe de la existencia material de los hechos que se documentan como cumplidos ante el funcionario público interviniente, o que se mencionan como pasados en su presencia “

“La circunstancia de que no haya entrado a la panadería a desapoderar a los presentes de algún objeto, ya que coautor no sólo es quien cumple los actos consumativos, sino también **quien toma parte en el delito**, tal como establece el art. 45 Cód. Penal, y surge de los hechos comprobados... En consecuencia, hubiera sido imposible huir sin la intervención de F. como chofer con las dos balanzas electrónicas y la cortadora de fiambres sustraídas (fundamentos, fs. 962), lo que se infiere sin dificultad de la ponderación conjunta de las probanzas incorporadas, y autoriza a desechar que desconociera el designio del resto de los partícipes.”

SCJM. Dres.: **Valerio**. Adaro. Palermo.

Fallo.

CUIJ: 13-04841509-6/1((018601-1994)) FC/ F. N. D., R. R. D., A. Z. F., S. AGRAVADO J Y SCLN (MENOR) P/ ROBO AGRAVADO (1994) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104923350*

En Mendoza, a los ocho días del mes de abril del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04841509-6/1 caratulada "F. C/ F. N., D. M. Y OTS. P/ ROBO AGRAVADO S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. MARIO D. ADARO y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

Las defensas de D. F. R. R. y de D. M. F. N. interponen recurso de casación (fs. 976/990 y fs. 993/997, respectivamente) contra la sentencia N° 714 en tanto condena a los nombrados a la pena de seis años y ocho meses de prisión e inhabilitación absoluta por todo el tiempo de la condena, por resultar autores de los delitos de robo agravado por el uso de arma de fuego apta para el disparo en concurso ideal con robo agravado por ser en poblado y en banda (arts. 166 inc. 2° 2° párrafo, 54 y 167 inc. 2°, 12, 40 y 41 del Cód. Penal), pronunciamiento dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- Resolución recurrida

La sentencia establece que el 4 de enero de 2018 a las 19 horas, F. N. junto a R. R. y por lo menos dos sujetos más, se constituyeron en la panadería ... de Las Heras, y mientras uno de ellos apuntó a M. R. G., que atendía el negocio, con un arma de fuego tipo pistola calibre 9 mm, cargada con proyectiles y apta para el disparo, otros individuos sustrajeron un celular, una cartera, una máquina cortadora de fiambres, dinero y otros objetos. Los sujetos cargaron dichos elementos en el interior del Fiat Palio conducido por F. N. y huyeron del lugar.

2.- Los recursos de casación formulados

Defensa de R. R.

a) Se queja el defensor de R. porque se valoraron las pruebas de manera arbitraria, en contra de las reglas de la sana crítica racional, vulnerando el juicio justo, el debido proceso legal e imparcial, así como el derecho de defensa.

Aduce que la sentencia carece de fundamentos, motivo por el que pide su nulidad, y porque se le negó a su pupilo el derecho a ser oído por un tribunal independiente, así como el acceso a la justicia.

Concretamente, expresa que en los alegatos el fiscal no se refirió a la conducta desplegada por su defendido, y la a quo contrarió el sistema acusatorio, extralimitándose en su función.

Expone que se utilizaron en su contra las declaraciones contradictorias prestadas en la investigación penal preparatoria y en el debate por los testigos, prescindiendo de otros testimonios, sin explicar el motivo de ello. Señala que los testimonios de E. y G. contienen errores y contradicciones.

Defensa de F. N.

b) La defensa de F. se queja porque la decisión es arbitraria y erróneo el razonamiento que concluye en la participación de su pupilo en el hecho investigado, ya que esa **participación fue secundaria**.

Aduce que se interpretó erróneamente el testimonio de C., subestimando la a quo la memoria de ese testigo, en contra del principio de inocencia, infiriendo sin pruebas que C. no puede acordarse del viaje de N. Indica que se asocia a su pupilo con el delito en trato, por el hecho fortuito de que la titular registral del vehículo en el que huyeron, sea la madre de su asistido, y que conocía el designio criminal de sus compañeros encausados.

Señala sobre el testimonio de R., que la sentenciante colige que dormiría dos o tres horas por día, siendo que el testimonio no dice que todos los días condujera el camión, sino que era ocasional.

También se agravia sobre el manejo de efectivo y rendición de cuentas de transporte y reparto de carne, y porque no se probó la convergencia intencional del **art. 46 Cód. Penal**, ya que su pupilo nunca ingresó a la panadería, por lo que no desapoderó a nadie de ningún objeto.

Formulan ambos letrados reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador opina que los recursos deben ser rechazados, porque la sentencia está debidamente fundada, ya que se analizaron las pruebas e indicios colectados, habiendo explicado la a quo el motivo por el que consideró que las declaraciones eran creíbles.

Dictamina que ambos recurrentes discrepan con la valoración probatoria, separando elementos probatorios e indiciarios para establecer una duda sobre la coautoría de los imputados.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que los recursos de casación deben ser rechazados.

Ello por cuanto la motivación de la sentencia es suficiente a los fines de su mantenimiento como **acto jurisdiccional válido**, a tenor de la jurisprudencia de este Cuerpo en el sentido de que los posibles defectos de la resolución, para conllevar la extrema solución de su nulidad, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros), lo que a la luz de la revisión efectuada, no ocurre.

Así, la inferior se basó en las pruebas rendidas, en particular en las testimoniales prestadas durante el debate, las que confrontó con la prueba documental incorporada –acta de denuncia de fs. 1/3, acta de procedimiento de fs. 10/11, informe de Policía Científica, desgravado del CEO, entre otra–, surgiendo de tal operación su coincidencia.

Además, dichas probanzas fueron valoradas de conformidad con las reglas de la sana crítica racional, cuyo apartamiento los defensores invocan pero no logran demostrar.

A esto se suma que los recursos interpuestos no constituyen una crítica razonada de la sentencia, sino una mera discrepancia con el criterio que utilizó la juzgadora en la ponderación de las probanzas reunidas, sin que brinden los impugnantes adecuadas razones que conduzcan a su revocación, por lo que no pueden ser acogidos, tal como se ha dicho con anterioridad reiteradamente (L.S. 400-240, 407-155, entre otros).

En el caso del imputado R., tal discrepancia se evidencia en numerosos tramos de la presentación efectuada, entre ellos, cuando su defensa tilda de contradictorias las declaraciones de R. G., S. R., G., R. y C., sin indicar en qué consiste esa contradicción.

También cuando asevera que «[...] ha prescindido la sentencia de los claros, espontáneos e incuestionables testimonios oportunamente prestados por los testigos traídos a juicio [...]» (recurso, fs. 987), sin mencionar cuáles son esos testimonios.

En similar sentido, afirma que los relatos de E. y G. –los oficiales que llevaron a cabo el procedimiento plasmado en el acta de fs. 10/11-, son «[...]engañadores, cargados de un subjetivismo por demás elevado en perjuicio de mi pupilo [...]» (recurso, fs. 987 vta.), omitiendo explicar por qué motivo los califica de esa forma. Ese instrumento, debidamente incorporado, deja constancia que R. R. fue encontrado «[...] dentro del coche con el que se cometió el asalto a la panadería, en posesión no sólo de las cosas sustraídas sino también con la pistola que se utilizó para reducir a la víctima; y que fue encontrado por la policía a 15 o 20 cuadras de la panadería y a 51 minutos de ocurrido el hecho. Es más, [...] iba sentado en el asiento trasero, junto a otro sujeto y a la cortadora de fiambre [...]. Es decir, todos **indicios de presencia** en el lugar de los hechos: posesión de la res furtivae y de los elementos para cometer el delito, cerca de la escena del robo, a poco tiempo de acontecido el asalto en cuestión y arriba del automóvil que se usó para perpetrar el hecho» (fundamentos, fs. 963).

Extremos que, juntamente con los demás elementos reunidos, demuestran en forma contundente la participación que tuvo en el delito enrostrado, aspecto nuclear sobre el que se explaya la sentenciante y que no ha sido debidamente refutado.

En este punto es menester resaltar que el acta de procedimiento prementada no fue objetada, por lo que hace plena fe de la existencia material de los hechos que se documentan como cumplidos ante el funcionario público interviniente, o que se mencionan como pasados en su presencia (L.S. 368-199, entre otros; art. 296 CCC).

También corresponde destacar que el agravio basado en que la a quo no trató lo expuesto en sus alegatos, prescinde de los fundamentos.

Es más, el recurso constituye una reiteración de lo planteado en dicha oportunidad procesal –extremo que ha sido constatado en esta instancia mediante la reproducción del registro de audio y video–, sin que el recurrente haya rebatido los argumentos en virtud de los cuales la magistrada rechazó sus alegaciones (fundamentos, fs. 958 vta./960), lo que se erige en un motivo más para rechazar la queja, según se ha dicho con antelación (L.S. 438-47, entre otros).

Resta decir que, tras la revisión efectuada, se descarta que hayan sido vulneradas las garantías constitucionales de este imputado, agravio que su defensa esgrime en forma genérica y sin precisión, así como tampoco es cierto que la jueza infringiera el principio acusatorio, por lo que la queja elaborada en torno a estos puntos, configura una apreciación personal del letrado, huérfana de sustento en autos.

Esta forma defectuosa de proponer la impugnación, también aparece en el recurso incoado por el defensor de F., desde que principalmente discrepa con la ponderación que la inferior hizo de las probanzas, aspecto ya señalado en los primeros párrafos de esta solución, proponiendo una interpretación alternativa de ellas, basada exclusivamente en su opinión.

Constituye un claro ejemplo del defecto en el que incurre el letrado, la diferente valoración que realiza de las deposiciones de los testigos C. y R., sin haber demostrado que la sentenciante en dicha operación haya infringido las reglas de la sana crítica racional sino que, por el contrario, se ciñó a ellas, dando profusas razones de su decisión en este aspecto, motivo por el que dichos agravios no pueden prosperar.

Algo similar ocurre con el hecho de que el Fiat Palio en el que huyeron los imputados de la panadería tras el robo, y a bordo del cual fueron aprehendidos a una distancia de unas 20 cuadras de ese lugar, se

encontraba inscripto a nombre de su madre –Z. N.– lo que conforma un **indicio más sobre la participación** de este encausado, a tenor del método de unidad de la prueba que ha utilizado esta Sala reiteradamente. Así se ha dicho que este método «impone como regla la consideración de la prueba en su conjunto, pues muchas veces la certeza se obtiene de probanzas, que individualmente estudiadas pueden aparecer como débiles o imprecisas, pero complementadas y unidas entre sí, llevan al ánimo del juzgador la convicción acerca de la existencia de los hechos denunciados» (L.S. 393-243, 382-107, 381-233), que es lo que ha acontecido en general en estos obrados, y en particular con el elemento que cuestiona el defensor de F.. Por lo demás, el derecho sustancial ha sido correctamente aplicado a la plataforma fáctica fijada por la sentenciante, no obrando como obstáculo para su condena, la circunstancia de que no haya entrado a la panadería a desapoderar a los presentes de algún objeto, **ya que coautor no sólo es quien cumple los actos consumativos, sino también quien toma parte en el delito**, tal como establece el art. 45 Cód. Penal, y surge de los hechos comprobados.

Ello cobra más relevancia, teniendo en cuenta que la función de F. consistió en transportar en su coche a sus compañeros hasta la panadería y luego sacarlos de ese lugar rápidamente con la res furtivae, razón por la cual lo estacionó a contramano, a metros del negocio, para no obligar a quienes transportaba a cruzar la calle para subir al vehículo (fundamentos, fs. 961 y vta), ya que el asalto fue en horas de la tarde en verano, cuando aún no había anochecido y había muchas personas en la calle por un partido de fútbol. **En consecuencia, hubiera sido imposible huir sin la intervención de F. como chofer** con las dos balanzas electrónicas y la cortadora de fiambres sustraídas (fundamentos, fs. 962), lo que se infiere sin dificultad de la ponderación conjunta de las probanzas incorporadas, y autoriza a desechar que desconociera el designio del resto de los partícipes.

De esta forma, queda **descartada la aplicación al sub lite del art. 46 CP con la consecuente imposición de una penalidad menor**, como pide este quejoso. Por lo tanto, y opinión concordante del señor Procurador General, corresponde confirmar la sentencia cuestionada, por no adolecer de los vicios endilgados ni de arbitrariedad alguna. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro y Dr. Palermo. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los Dres. MARIO D. ADARO y OMAR A. PALERMO adhieren, por sus fundamentos, al voto que precede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los Dres. MARIO D. ADARO y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los Dres. MARIO D. ADARO y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente. la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

1.- Rechazar los recursos de casación interpuestos a fs. 976/990 por la defensa de D. F. R. R. y a fs. 993/997 por los defensores de D. M. F. N..

2.- Imponer las costas a los imputados vencidos y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

3.- Tener presente las reservas formuladas.

4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos. R

egístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

3- PEREIRA SORIA. 04-05-20.

| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
|----|----|----|-----------|--------|---------|---------|---------|---------|----------|---------|---------|-------------|---|------------|
| - | B | M | AI ANA | PCE | - | - | A | - | CI CA | - | - | - | - | 474 -1° |

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=338>

Lex: Art. 166 inc. 2°, 1° párrafo, 1° supuesto, 54, 166 inc. 2°, 3° párrafo y 12 del CP.

Vox: Robo agravado. Arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada. Concurso ideal. Arma impropia. Calificación legal. Concurso aparente de leyes. Consumación. Hecho procesal. Hecho punible. Hecho penal.

Summa:

El TPC condenó al nombrado a la pena de **cinco años y seis meses de prisión** en efectivo más la inhabilitación absoluta por igual término, por el delito de robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada en concurso ideal con robo agravado por el empleo de arma impropia (arts. 166 inc. 2° 1° párrafo, 1° supuesto, 54, 166 inc. 2° 3° párrafo y 12 del CP). La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1° y 2 CPP).

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N°629, pronunciada por el TPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Sobre concurso aparente de leyes.

- Pereira Soria. 04-05-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=338>
- Bullones Baeza
- Campos Castro. 17-08-18:
<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/sumfal.php?fallo=MTAwMDAwMDI1OTI=&tabla=c2M=>

Doctrina citada.

D’ALESSIO A., Código Penal de la Nación, Comentado y Anotado, 2da Edición Actualizada y Ampliada, Tomo I, Parte General, Ed. La Ley, 2009, págs. 872.

ROXIN, C. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Civitas Ed., Madrid, 1997, p. 941

Parágrafos destacados.

En tal sentido, se ha dicho que: «Ante la ocurrencia en un mismo hecho de dos o más tipos calificados dependientes de idéntico tipo simple (p. ej., un robo doblemente agravado, por haberse cometido con arma y en poblado y en banda – art. 167, inc. 2°-) debe aplicarse solamente la figura que contiene el tipo calificado más grave (por especialidad); la mayor gravedad se determina por la comparación de las respectivas escalas penales»

“Siguiendo a D’Alessio, entiendo que «habrá concurso aparente cuando un hecho sea alcanzado por varios preceptos penales, de los cuales solo uno -que por sí solo basta para aprehender todo el desvalor del

hecho- puede aplicarse puesto que su estimación conjunta supondría un bis in idem. Estamos en presencia -entonces- de un solo delito, abarcado por un solo tipo penal» «Conforme a esta regla, existe **concurso aparente** cuando de los varios preceptos o tipos que aparentemente concurren, uno de ellos contempla más específicamente el hecho que los demás, debiendo resolverse el caso aplicando sólo la ley más especial» (D'Alessio, Ob. Cit., p. 875)”

“El **concurso ideal** implica que una acción produjo la realización de diferentes tipos penales, los que pueden ser diversos –concurso ideal heterogéneo– o que se lesione varias veces el mismo precepto penal –concurso ideal homogéneo– (ROXIN, C. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Civitas Ed., Madrid, 1997, p. 941).

SCJM. Valerio. Adaro. Palermo. (Disidencia).

Fallo.

CUIJ: 13-04837171-4/1((018602-87838)) FC/ PEREIRA SORIA MATIAS EXEQUIEL P/ ROBO AGRAVADO (87838) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104918809*

En Mendoza, a los cuatro días del mes de mayo del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-04837171-4/1 caratulada “F. C/ PEREIRA SORIA MATÍAS EXEQUIEL P/ ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA... S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. OMAR A. PALERMO y tercero DR. MARIO D. ADARO.

La defensa de Matías Exequiel Pereira Soria interpone recurso de casación a fs. 433/439 contra la sentencia n° 629 de fs. 407 y con sus fundamentos a fs. 419/424 vta. en los autos n° P-87.838/18, por la que el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción lo condenó por el delito de robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada en concurso ideal con robo agravado por el empleo de arma impropia (arts. 166 inc. 2° 1° párrafo, 1° supuesto, 54, 166 inc. 2° 3° párrafo y 12 del CP) a la pena de cinco años y seis meses de prisión en efectivo más la inhabilitación absoluta por igual término.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

La resolución objeto del recurso tuvo por acreditado el hecho de conformidad con la plataforma fáctica acusatoria, según la cual «[s]iendo las 03.20 hs. aproximadamente del 27 de octubre de 2018, en calle San Martín y Vicente Zapata de la Ciudad de Mendoza, Matías Ezequiel Pereira Soria y Nazarena Mabel Rasac Sarabia se subieron al taxi aditamento 913, vehículo marca Peugeot Partner dominio GPP-114 y solicitaron al chofer del taxi, Vicente David Vera, que los condujera hasta el Barrio Parque Sur de Godoy Cruz y al llegar a las inmediaciones de dicho barrio, le dijeron al chofer que se detuviera y previo exhibirles un arma de fuego que Matías Pereira Soria tenía en la cintura lo obligaron a bajar del rodado y le sustrajeron un teléfono celular marca Sony Xperia color blanco, con chip Personal N° 156272432 y mil seiscientos pesos en efectivo (\$1.600). En estas circunstancias Matías Ezequiel Pereira Soria tomó un destornillador Phillips con mango anaranjado de aproximadamente 25 centímetros de largo que se encontraba en el bolsillo de la puerta del rodado y comenzó a largar puntazos a la víctima, intentado apuñalarlo, mientras le exigía la entrega de más dinero. En momentos en que Matías Ezequiel Pereira Soria Nazarena y Mabel Sarac Sarabia revisaban el interior del rodado, la víctima aprovechó para huir del lugar del hecho. Posteriormente alrededor de las 07.00 hs. del mismo día, los sindicados fueron aprehendidos por personal policial en calle San Martín y Colón de la Ciudad de Mendoza y trasladados a sede de Comisaría 27, y al efectuarles la correspondiente requisita lograron secuestrar entre las partes íntimas de Matías Pereira Soria, dentro de sus calzoncillos el teléfono celular denunciado por la víctima y la cantidad de pesos ciento sesenta y cinco en efectivo (\$165)».

La a quo estimó que el hecho se encontraba probado de acuerdo a las declaraciones testimoniales de Rodrigo Ismael Fernández Sánchez –Oficial Ayudante de la Policía–, Juan José Valencia Tolava –Auxiliar de

la Policía–, Vicente David Vera –víctima–, Jorge Antonio Da Vighi Arena –administrador del taxi–, Mario Alberto Bonaffini –chofer y compañero de Vera en el manejo del vehículo–; así como por la declaración del propio imputado Pereira Soria, las actuaciones de la investigación penal preparatoria debidamente incorporadas, la condena dictada respecto de la coimputada Rasac Sarabia, los informes de la sala de videovigilancia del CEO y los informes confeccionados por Delitos Tecnológicos y el Cuerpo Médico Forense, entre otras pruebas.

2.- Recurso de casación

La defensa de Matías Exequiel Pereira Soria interpone recurso de casación contra la sentencia de condena con fundamento en el art. 474 inc. 1° del CPP.

Ello por entender que se ha efectuado una errónea aplicación de la ley sustantiva del art. 166 inc. 1° y que la figura por la que corresponde condenar es la prevista en el art. 164 del CP.

Refiere que, si bien el imputado reconoció el apoderamiento ilegítimo de los elementos propiedad de la víctima, cuestiona la utilidad asignada al destornillador. Considera que el hecho se ha desenvuelto de forma diversa a la interpretada por el tribunal de juicio y que el arma impropia fue utilizada con posterioridad al desapoderamiento de los bienes.

A ello agrega que la consideración del tribunal acerca de que los coimputados podrían haber sustraído el vehículo que conducía la víctima es lo que fundamenta que el iter crimis del despojo todavía se encontrara en curso y la utilización del arma impropia.

Sin embargo, entiende que no existe prueba alguna que acredite la intención de sustraer el vehículo en cuestión y que la prueba testimonial refiere que a la víctima le exigieron la entrega de dinero y su billetera personal, pero sin mención alguna al rodado.

Reitera su posición acerca de que para la procedencia de la agravante debe haberse producido el desapoderamiento a raíz de la intimidación sufrida por el arma, lo que no habría ocurrido en el caso de autos. Fundamenta en doctrina.

En consecuencia, solicita se revoque la sentencia y se case, con la consecuente condena por el delito de robo simple previsto en el art. 164 del CP.

Por último, hace reserva federal en caso de que no se haga lugar a su planteo.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General dictamina a fs. 452/453 y sostiene que el recurso debe ser rechazado.

Así, al analizar los agravios estima que debe confirmarse la sentencia de grado por ser correcta la calificación atribuida a los hechos investigados.

En este sentido entiende que las declaraciones de la víctima se mantuvieron incólumes y explicaron la omisión inicial.

A ello agrega que de ese relato se puede apreciar que le requerían mayor cantidad de bienes a la víctima y que el imputado quiso apuñalarlo con un destornillador que había tomado del taxi. Sostiene que la circunstancia vinculada a que la víctima no haya tenido nada más que entregarles no puede llevar a sostener que el empleo del destornillador fue posterior al despojo.

En virtud de lo expuesto, estima que los agravios casatorios de la defensa no logran desvirtuar los argumentos expuestos por el tribunal de sentencia al valorar los elementos probatorios incorporados.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Luego de analizar los agravios expuestos por la defensa, el dictamen fiscal y el plexo probatorio incorporado en la causa, entiendo que no corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto y, en consecuencia, debe confirmarse la sentencia de grado por las razones expuestas a continuación.

En primer lugar, considero relevante recalcar que la recurrente no ha cuestionado el hecho que el Tribunal de juicio tuvo por probado, sino que únicamente funda su agravio en la valoración que le otorgó al uso del destornillador/atornillador por parte de su defendido en ese hecho y su utilidad al calificarlo jurídicamente, en la agravante por el uso de este como arma impropia, exponiendo su criterio y promoviendo la modificación a su respecto. En conclusión, al analizar los agravios del recurso debemos tener en cuenta que el hecho tenido por acreditado por la sentenciante se mantiene incólume por no ser motivo de revisión.

Sin entrar en mayores detalles sobre la distinción que puede realizarse entre las expresiones: hecho procesal, hecho punible y hecho penal, por lo menos, como a la necesaria relación jurídica existente entre las normas procesales, penales y el hecho humano sometido a investigación y juzgamiento, que resultan propias de un sistema, y no siempre son comprendidas y/o tenidas en cuenta, resulta imprescindible formularla en esta oportunidad.

Hecho procesal. Art. 315 CPP. Objeto de la IPP. Circunstancias objetivas y subjetivas, extensión del daño

En tal sentido, podemos observar (siguiendo parcialmente a Ricardo Núñez) que el **hecho procesal está fijado y delimitado por el art. 315 del CPP**, que establece cuál es el objeto de la investigación penal –el que jurídicamente tiene mayor amplitud de todos y comprende desde el hecho delictuoso; las circunstancias que lo califiquen, agraven, atenúen o justifiquen; la individualización de autores, cómplices, instigadores; las circunstancias subjetivas del acusado; la extensión del daño causado–, lo que resulta imprescindible a fin de cumplimentar con la exigencia constitucional de la inviolabilidad de la defensa en juicio (art. 18 de la CN), y contiene todos los elementos necesarios para poder llegar a una sentencia congruente y constitucionalmente válida.

Hecho punible. Art. 271 CPP. Acción típica, antijurídica, culpable y punible. Concepto más restringido.

En tanto que el **hecho punible** previsto en el art. 271 del CPP para poder efectuar la imputación formal se refiere al hecho (acción en sentido amplio), típico, antijurídico, culpable y punible; y resulta ser más restringido que el anterior y se encuentra comprendido en aquel.

Hecho penal. Hecho humano relacionado con normas prohibitivos.

Finalmente, podemos hablar del **hecho penal** referido a la relación entre el hecho humano con las normas prohibitivas de esos hechos tenidos como antijurídicos.

Es decir, la tipificación penal del hecho que constituye el presupuesto constitucional de la pena, como garantía de que nadie puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso (art. 18 de la C.N.) captado por el adagio **nullum crimen sine lege**.

Por ello, el **hecho penal** es la relación entre el hecho humano y el hecho típico previsto por la norma penal. Hecha esta aclaración previa, podemos afirmar que el núcleo traído a examen en esta instancia es precisamente la relación entre el hecho humano (tenido por acreditado) y la norma jurídica. Por lo que ingresaré en su análisis específico.

El hecho tenido por probado es naturalística y jurídicamente un único hecho. La figura del robo comprende, en lo pertinente al caso, el apoderamiento con violencia física en el acto de cometerlo, es

decir, desde el momento del comienzo de la ejecución, el desapoderamiento y continúa hasta su consumación, por parte de los acusados de los objetos sustraídos.

Entonces, las diversas situaciones sucedidas durante el lapso comprendido entre los momentos antes señalados **constituyen un sólo contexto** durante el cual puede desarrollarse la violencia, e incluso puede adquirir distintos grados lo que da lugar a que el hecho sea calificado como robo agravado en las distintas figuras que en su transcurso se utilicen.

Incluso más, la violencia ejercida sin solución de continuidad, inmediatamente después de cometido para procurar su impunidad determina también la calificación del hecho como robo, es decir, jurídicamente se habla de un solo hecho. Y en nuestro caso, según el arma que se utiliza, en cualquiera de esos momentos como robo con arma previsto en las tres figuras del art. 166 inc. 2° del CP.

En este sentido, considero que no tienen lugar alguno los argumentos que procuren fragmentar el hecho juzgado, debido a que, nos encontramos frente a un único hecho penal en términos normativos, que ocurrió en un contexto de violencia típica.

En cuanto al hecho probado tenemos de la sentencia que: aproximadamente a las 03:20 hs. del día 27 de octubre de 2018, en calle San Martín y Vicente Zapata de la Ciudad de Mendoza, Matías Ezequiel Pereyra Soria y Nazarena Mabel Rasac Sarabia subieron al taxi aditamento 913, vehículo marca Peugeot Partner dominio GPP-114 y solicitaron al chofer del taxi, Vicente David Vera, que los condujera hasta el Barrio Parque Sur de Godoy Cruz, al llegar a las inmediaciones de dicho barrio, le dijeron al chofer que se detuviera y previo exhibirles un arma de fuego que Matías Pereyra Soria tenía en la cintura lo obligaron a bajar del rodado y le sustrajeron un teléfono celular marca Sony Xperia color blanco, con chip Personal N° 156272432 y mil seiscientos pesos en efectivo (\$1.600), y que Pereira Soria «se bajó, dio la vuelta, le pedía la plata, que agarró un destornillador que estaba en la puerta, que él le decía que no tenía más pero se ve que quería una billetera del taxi, que le abrió la puerta, lo hizo bajar, lo revisó, que le largaba puñaladas que él esquivaba, que le decía que se quedara quieto, que la [mujer] también lo revisaba, que cuando se metió al auto, no sabe cómo, él quedó del otro lado del taxi y eso le dio tiempo para salir corriendo y encontró un taxi como a unas dos cuadras».

La a quo recalcó los dichos de la víctima al responder preguntas realizadas por la defensa durante su declaración en el debate en relación a que «él [por la víctima] le dio las cosas [al sujeto], que le decía llévate todo, pero que seguía buscando la billetera, [y que el sujeto] agarró el destornillador y le decía te voy a matar».

En conclusión, no queda lugar a duda alguna que se trata de una empresa delictiva que constituye **un solo hecho penal**.

En segundo lugar, y en relación con la agravante cuestionada de uso del destornillador como arma impropia, las aseveraciones defensivas que, por otro parte, son una reiteración de los planteos expuestos en los alegatos finales del debate oral, no logran desacreditar el análisis de la a quo para tener por acreditada la calificación y condenar a Pereira Soria.

En relación al elemento mencionado y utilizado como **arma**, tanto la existencia del destornillador, como su ubicación ha sido especificada por la víctima, se encontraba en la puerta del chofer, pertenecía a su compañero de trabajo y se utilizaba para remover el reloj del taxi por la noche.

Lo que ha sido debidamente cotejado y corroborado por las respectivas declaraciones testimoniales de Fernández y Bonaffini, y acredita la credibilidad de lo expuesto por la víctima del hecho. Sobre la ausencia de mención del destornillador en la denuncia, la jueza abordó el tema correctamente en la sentencia.

Así, tuvo en consideración que, al momento de la rueda de reconocimiento, cuando se le consultó a la víctima si reconocía a alguna persona «luego de decir que era el número 4 y que estaba ciento por ciento seguro, espontáneamente detalló cómo fue atacado con esta herramienta, la que por otra parte se encontraba dentro del vehículo. Halla debida confirmación ello, con los sucesivos relatos brindados en el debate, pues lo señaló en su relato inicial espontáneo y luego a preguntas de ambas partes, los que entiendo que han sido realizados sin fisura alguna y confirma acabadamente el mayor poder ofensivo del que se valió con éste y al que utilizó a modo de punta, pues expresamente dijo que le tiraba puñaladas que esquivaba».

Agregando que el relato de Vera se mantuvo incólume, sin fisuras y que al momento de la rueda de reconocimiento, como también en el debate, no sólo señaló al autor sino reiteró la forma en que sucedió el hecho de forma coherente.

Entiendo pertinente recalcar el valor central de las manifestaciones de la víctima, por la consistencia del relato y también por encontrarse acreditado con el cotejo y valoración del resto del plexo probatorio incorporado en el debate.

En este sentido, destaca correctamente la sentencia con la declaración del Oficial Ayudante Fernández Sánchez, quien labrara el acta de procedimiento de fs. 1, que la víctima mencionó el uso de un cuchillo en el suceso, y que la a quo especificó que, si bien de trató de un destornillador, ello aporta elementos de convicción para sostener el uso de un arma blanca en el hecho.

La defensa plantea que debe descartarse el uso de arma en virtud del momento en que habría sido utilizada. Considera que no surgiría de la prueba que haya sido utilizada durante el despojo sino con posterioridad.

Cuestiona que se tome en consideración para el iter criminis que la intención de los imputados fuera sustraer el vehículo debido a que entiende que no se encuentra probado dicho extremo. Además, alega que el desapoderamiento debe basarse justamente en el mayor poder vulnerante del arma utilizada, en este caso el destornillador, y que ello ya se encontraba consumado al momento de su uso por su representado.

Este argumento frente a la ley anterior al hecho del proceso no es atendible. En primer lugar, y como expuse al comienzo, el suceso analizado constituye un único hecho penal, en el que se desplegaron conductas con violencia dentro de un mismo contexto: en el acto de cometerlo (al apoderamiento). Es decir, desde el comienzo de ejecución hasta el apoderamiento. Que es lo que configura el robo y no puede ser fragmentado lo que jurídicamente constituye una unidad típica.

En este sentido, resulta fundamental lo destacado en la sentencia respecto a las declaraciones de la víctima en tanto refirió que, luego tomar el dinero y el celular, ambos acusados continuaban revisando el vehículo en busca de una billetera con la recaudación del taxi y, en esta situación Pereira Soria encontró el destornillador que utilizó contra Vera lanzando puñaladas, y le seguía exigiendo mayor cantidad de bienes.

Esta demanda de mayor cantidad de dinero -en la que se utilizó el destornillador- es la que define la empresa delictiva, que no había finalizado al momento del desapoderamiento inicial, y que continuaba en plena ejecución del hecho, con independencia de si logró sustraer otros bienes.

En segundo lugar, porque en el supuesto caso que aceptáramos el criterio de fragmentación propuesto estaríamos ante dos hechos típicos en su primer tramo un robo agravado por el uso de un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudo tenerse por acreditada en concurso real con el supuesto segundo

tramo de robo agravado por el uso de arma (impropia) en grado de tentativa, lo que constituye un absurdo jurídico porque estaríamos dividiendo la figura penal del acto de cometerlo.

En este sentido, entiendo en principio correcta la posición asumida por la sentenciante en tanto que para resolver la configuración de las agravantes del hecho de robo analizado, tuvo en cuenta la doctrina mayoritaria que sostiene que la violencia del robo debe darse al momento de su comisión, durante su desarrollo (en el acto de cometerlo) o inmediatamente después para lograr su impunidad y que la utilización del destornillador como arma en el caso de autos se produjo durante la etapa ejecutiva del hecho delictivo.

En tanto que considero irrelevantes los argumentos esbozados para cuestionar la sentencia relativos a la posibilidad de sustracción del vehículo propiedad de la víctima y de las llaves del mismo.

Entiendo que estas aseveraciones poco agregan al hecho investigado y no contradicen en forma alguna todo lo hasta aquí expuesto.

El suceso investigado constituye un único hecho, normativamente hablando, con el que se apoderaron Pereira Soria y de su consorte procesal de bienes propiedad de la víctima -dinero y su teléfono celular-, mediante la utilización de un arma de fuego y un arma impropia en todo un solo contexto de violencia durante el acto de cometerlo.

Calificación legal. Concurso aparente de leyes.

En tercer lugar, estimo que corresponde dejar aclarada la posición que comparto, con relación a la calificación legal que corresponde en nuestro caso, y como en otras oportunidades he hecho según diversos precedentes, con relación a que estamos ante un concurso aparente de leyes y no ante un concurso ideal (art. 54 del C.P.) según la a quo (ver «**Campos Castro**» y «**Bullones Baeza**»).

Siguiendo a D'Alessio, entiendo que «habrá concurso aparente cuando un hecho sea alcanzado por varios preceptos penales, de los cuales solo uno -que por sí solo basta para aprehender todo el desvalor del hecho- puede aplicarse puesto que su estimación conjunta supondría un bis in idem. Estamos en presencia -entonces- de un solo delito, abarcado por un solo tipo penal» (D'Alessio A., **Código Penal de la Nación, Comentado y Anotado, 2da Edición Actualizada y Ampliada, Tomo I, Parte General, Ed. La Ley, 2009, págs. 872**).

«Conforme a esta regla, existe concurso aparente cuando de los varios preceptos o tipos que aparentemente concurren, uno de ellos contempla más específicamente el hecho que los demás, debiendo resolverse el caso aplicando sólo la ley más especial» (D'Alessio, Ob. Cit., p. 875).

En tal sentido, se ha dicho que: «Ante la ocurrencia en un mismo hecho de dos o más tipos calificados dependientes de idéntico tipo simple (p. ej., un robo doblemente agravado, por haberse cometido con arma y en poblado y en banda – art. 167, inc. 2º-) debe aplicarse solamente la figura que contiene el tipo calificado más grave (por especialidad); la mayor gravedad se determina por la comparación de las respectivas escalas penales» (CNCasación Penal, **sala II «Miszczuk**», reg. N° 1.029, 1996/08/07, Fallos, 1996-II, p. 489». Fallo citado en D'Alessio, Ob. Cit., p. 619).

Por lo tanto, si estamos como en nuestro caso ante dos figuras calificadas de robo con arma en el inc. 2º del art. 166 del CP: 1) en el primer párrafo primera parte, básica; 2) en el 3º párrafo, atenuada.

El hecho único entonces debe ser encuadrado típicamente en la figura penal que comprenda de forma más perfecta al hecho penal, y que sea la de mayor gravedad. En el caso de autos ello implica condenar a Pereira Soria por el delito previsto de robo agravado por el uso de armas (arts. 166 inc. 2º 1º párrafo, 1º supuesto del CP).

Se trata solo de lo que estimo una correcta denominación de la calificación jurídica realizada por la a quo que no modifica esencialmente la sentencia, por cuanto corresponde la aplicación del tipo previsto por el inc. 2° primer párrafo primera parte del art. 166 del CP.

Efectivamente, al condenar por robo agravado por el empleo de arma impropia en concurso ideal con robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada (arts. 166 inc. 2° 1° párrafo, 1° supuesto, 54, 166 inc. 2° 3° párrafo y 12 del CP), según el art. 54 del CP corresponde aplicar solamente la figura penal que fija la pena mayor, es decir el robo agravado por el uso de arma (impropia), y en consecuencia, lo que se deja constancia solo modifica la denominación por tratarse de un concurso aparente de leyes.

Conforme a lo señalado puede concluirse que en la sentencia se analizó detalladamente la prueba obrante en la causa y se dieron razones suficientes que fundamentaron por qué se tuvo por acreditado la forma en la que se desarrolló el hecho, se valoró correctamente el uso del destornillador como arma impropia y esencialmente la calificación cuya escala se aplicó.

Por tal razón, la motivación es suficiente a los fines de su mantenimiento como acto jurisdiccional válido, según la jurisprudencia de esta Sala, en el sentido que, para conllevar la extrema solución de su nulidad, los defectos que presente, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, entre otros), lo que en la especie, de acuerdo a lo hasta aquí desarrollado, no ocurre.

Por lo tanto, y opinión concordante del Procurador General, corresponde confirmar la sentencia cuestionada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

Voto Dr. Palermo. Disidencia.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN EL DR. OMAR A. PALERMO, EN DISIDENCIA, DIJO: Puesto a resolver el recurso de casación interpuesto por la defensa en las presentes actuaciones, considero que corresponde hacer lugar al recurso interpuesto.

Si bien coincido con la valoración probatoria realizada por mi colega preopinante, entiendo pertinente exponer mi posición respecto al concurso de agravantes a la figura penal del robo, el que considero que configura un supuesto de **concurso aparente de leyes**.

Como se afirma en el voto precedente, el hecho atribuido al acusado ha sido calificado como concurso ideal de las figuras de robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada y con robo agravado por el empleo de arma impropia.

Es decir, que para la sentenciante el supuesto fáctico investigado infringiría dos normas penales diversas: por una parte, la prevista en el art. 166 inc. 2° 3° párrafo del CP y, por otra, la prevista en el art. 166 inc. 2° 1° párrafo, 1° supuesto del mismo cuerpo legal.

Asimismo, es relevante recordar que el cuestionamiento casatorio gira en torno a la calificación del hecho como robo agravado por el uso de arma, lo que conlleva que el encuadre de aquel comportamiento como robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada ha quedado firme.

Entiendo pertinente expedirme sobre dos problemas específicos que plantea el caso de autos.

En primer lugar, acerca de la relevancia del arma impropia en el robo atribuido. En segundo, el problema concursal que advierto entre las figuras penales aplicables al presente caso.

En cuanto a la primera de las cuestiones planteadas, quiero destacar que la utilización del arma impropia por parte de Pereira Soria **generó un riesgo prohibido que no se vio reflejado en el resultado** consumado en el hecho, como es el robo del dinero y celular de la víctima.

En este sentido, la utilización posterior del destornillador no influyó en la libre disponibilidad alcanzada por Pereira Soria de las pertenencias de Vera.

En efecto, de la prueba analizada en el debate, en particular de la declaración testimonial de la víctima, surge que Pereira Soria mostró el arma de fuego a la víctima y le aseveró que la situación era un robo.

Por su parte, el imputado afirmó la existencia del suceso, pero sin reconocer la existencia del arma ni del destornillador.

Luego de ello, según el relato prestado por la víctima durante el debate, Pereira Soria egresó del vehículo y se dirigió hacia la puerta del conductor, lo hizo salir y le exigió sus pertenencias, lo que produjo que la víctima le entregara dinero y su celular. Inmediatamente, el imputado le exigió mayor cantidad de dinero, en particular la billetera, y se introdujo en el vehículo.

En esta circunstancia halló en la puerta del conductor el destornillador –que justifica la figura agravante prevista en el art. 166, inc. 2°, primer supuesto del CP– y lo utilizó contra la víctima mientras insistía con mayor cantidad de dinero y la billetera con la recaudación laboral, todo lo cual no existía y, en consecuencia, nunca obtuvo. Mientras Pereira Soria y Rasca Saravia buscaban dentro de vehículo lo exigido, la víctima logró huir y dar aviso a la policía.

Al momento de arribar personal policial al lugar indicado por la víctima, halló el vehículo en contacto pero sin llaves, pero los imputados ya no se encontraban en el lugar. Su aprehensión se obtuvo con posterioridad y, en la Comisaría, se logró el secuestro del celular de la víctima y la suma de pesos ciento sesenta y cinco en efectivo (\$165) que se encontraban a la altura de la cintura dentro del pantalón que vestía Pereira Soria. En resumen, la obtención de los bienes propiedad de la víctima se produjo luego de la exhibición del arma de fuego y la violencia ejercida sobre la víctima.

Con posterioridad a esa circunstancia, el imputado halló el destornillador y arremetió contra Vera para luego seguir inspeccionando el vehículo en busca de mayor cantidad de dinero y la billetera con la recaudación.

De este modo, según creo, la utilización del arma impropia no generó influencia alguna en la obtención del dinero ni del celular a la víctima, debido a que fue hallado por el imputado, instantes después, de la entrega de los mismos.

Expresado brevemente, el riesgo de utilizar un destornillador no tuvo incidencia en la consumación del robo. Por lo demás, en relación a los argumentos expuestos en la sentencia acerca de la posibilidad del imputado de haber sustraído el vehículo de la víctima, para así justificar que la utilización del destornillador se efectuó durante la ejecución del robo, entiendo que estas afirmaciones del representante del Ministerio Público Fiscal y de la jueza sentenciante no se encuentran acreditadas con el grado de certeza que requiere esta etapa del proceso.

Por el contrario, estimo que se tratan de meras afirmaciones sin fundamento probatorio alguno, que no hacen variar la solución que propongo debido a que el vehículo no fue sustraído por los imputados y no aporta información alguna al hecho imputado a Pereira Soria ni a la utilización del destornillador.

En el mismo sentido, considero que tampoco existe elemento probatorio que especifique en qué condiciones y bajo qué circunstancias habrían desaparecido las llaves del rodado que no fueron halladas al momento de llegar personal policial y la víctima al lugar en el que se encontraba el automóvil, otro de los argumentos utilizados al analizar el robo agravado por el uso de arma impropia.

Así, solamente se secuestró en poder de Pereira Soria dinero en efectivo y el celular de la víctima, como ya mencioné. Entiendo que el estado de duda que surge de la desaparición de las llaves del vehículo al momento del arribo del personal actuante, sin otro tipo de prueba o indicio respecto a su destino, debe beneficiar al imputado de acuerdo a lo previsto por el art. 2 del CPP.

Dicho brevemente, no aparece probado con certeza que el imputado mediante el uso del destornillador se haya apoderado de las llaves del vehículo. Al respecto pretendo analizar la relevancia del peligro generado por el imputado en la utilización del destornillador luego del desapoderamiento del dinero y el celular de la víctima, en la libre disponibilidad obtenida por los imputados una vez consumado el hecho. Ello debido a que, si bien ha quedado demostrada la utilización del arma impropia, generando un riesgo desaprobado de lesión, considero que tal riesgo no se vio contrastado en el resultado atribuido por haber sido llevado a cabo con posterioridad a su concreción.

Es decir, no puede serle impuesta como agravante del resultado la utilización de un instrumento con mayor capacidad vulnerante que generó un peligro prohibido de lesión durante la comisión del delito pero que no tuvo influencia alguna en el desapoderamiento de los bienes imputados al autor ni en la obtención de libre disponibilidad sobre los objetos sustraídos.

Asimismo, es importante destacar que la figura del robo básica, prevista en el art. 164 del CP, tiene prevista la utilización de la violencia después de cometido el hecho, pero con la especial finalidad de que sea para procurar su impunidad, lo que no ha ocurrido en el supuesto investigado en las presentes actuaciones.

Según surge de la descripción realizada por la víctima, el imputado pretendía obtener mayor cantidad de bienes y no se ha aportado prueba alguna que ponga en tela de juicio esta afirmación en el sentido de poder considerar que su utilización fuera para procurarse la impunidad del hecho.

En consecuencia, entiendo que, en relación al primer planteo esbozado inicialmente, si bien el imputado durante la ejecución del hecho hasta su consumación utilizó tanto un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada como un arma impropia, sólo el peligro prohibido producido por el arma de fuego se concretó en el resultado de desapoderamiento y libre disponibilidad por parte de Pereira Soria de los bienes de la víctima.

En cuanto a la segunda de las cuestiones planteadas, relativa a la concurrencia de las figuras penales atribuidas al imputado, la sentencia recurrida la resuelve a favor del concurso ideal de delitos.

En efecto, se considera que entre los delitos existe un concurso ideal, de modo que corresponde imponer la pena mayor, esto es, la asignada al delito de robo agravado por la utilización de un arma impropia. Sin embargo, no comparto esta solución.

En este sentido, considero que en el caso que nos ocupa nos encontramos frente a un concurso aparente de leyes entre las figuras atribuidas, y no frente a un concurso ideal como considera la sentenciante. Ello, por las razones que paso a explicar.

El concurso ideal implica que una acción produjo la realización de diferentes tipos penales, los que pueden ser diversos –concurso ideal heterogéneo– o que se lesione varias veces el mismo precepto penal –concurso ideal homogéneo– (ROXIN, C. **Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Civitas Ed., Madrid, 1997, p. 941**).

En estos supuestos, el único hecho produce lesiones a varios preceptos penales y mediante el principio de absorción se determina la pena a imponer por el hecho, es decir, se aplica la pena del delito más grave. Por su parte, nos encontramos frente a un concurso aparente de leyes cuando la acción si bien formalmente parece haber realizado varios tipos penales, mediante «el castigo por uno de esos tipos ya

se ha retribuido y saldado completamente el contenido de injusto o ilícito y de culpabilidad del suceso» (ROXIN, Ob. Cit., p. 998).

En este caso la figura penal que comprende el contenido completo del injusto desplaza a los demás tipos penales de forma total. Así, la condena se basa en la infracción a una sola ley penal y se aplica la escala penal establecida para ese delito.

La doctrina dominante distingue entre tres casos de concursos de leyes. Para la resolución del hecho investigado en las presentes actuaciones resulta necesario que aborde únicamente uno de ellos: el criterio de especialidad.

De acuerdo con la definición de Honig, citada por Roxin, se entiende que existe especialidad «si un precepto penal presenta todos los elementos de otro y sólo se distingue de éste en que además contiene como mínimo otro ulterior elemento más especial». Así, desde la lógica conceptual ello implica un caso de subordinación de la ley general ante la ley especial, definido por el tan conocido adagio «**lex specialis derogat legi generali**» (ROXIN, Ob. Cit., p. 999/1000).

Pues bien, en el supuesto que nos ocupa, estimo que existe un concurso aparente de leyes entre las figuras de robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada y robo agravado por el empleo de arma impropia, que por el criterio de especialidad debe resolverse en favor de la primera figura penal.

En este sentido, entiendo que la ley general es que la figura del robo se agrava por el empleo de armas, lo que se encuentra previsto en nuestra legislación en el art. 166, inc. 2°, primer supuesto, del CP.

Aquí es relevante destacar que la doctrina y jurisprudencia han comprendido dentro de este supuesto la utilización de objetos que, si bien no están destinados a dañar a otra persona, en el caso en concreto se las puede equiparar al concepto de armas, y han sido identificadas como armas impropias. Supuesto en el que encuadra el destornillador utilizado por Pereira Soria durante el hecho, como bien han entendido las partes y la magistrada sentenciante.

Es decir, el cometer un robo mediante el uso de un objeto que puede ser identificado como arma impropia encuadra en la figura agravante genérica de robo con armas del tipo penal previsto en el art. 166 inc. 2° primer supuesto del CP. Sin embargo, la legislación argentina realiza una distinción entre las armas, específicamente cuando el robo es perpetrado con armas de fuego.

En estos supuestos la previsión legal al concepto general de armas le agrega un elemento más, que sean armas de fuego. Así, el robo agravado por el uso de arma de fuego constituye un supuesto especial, frente al supuesto general de robo con armas, y lo desplaza por especialidad.

Que en el caso de autos no se haya podido acreditar la aptitud para el disparo del arma, no cambia el criterio expuesto, debido a que la utilización de ese tipo de objeto específico es lo que configura la especialidad frente a la agravante genérica de uso de armas. Puede resultar paradójal que la pena prevista para el robo con armas de fuego cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse por acreditada sea inferior al supuesto general de robo con armas.

Sin embargo, ello no contradice por sí el criterio de especialidad ya que agrega esta agravante un elemento específico al tipo penal que hace que comprenda la totalidad del injusto y desplace, en consecuencia, la figura genérica que agrava el robo por la mera utilización de armas.

Ahora bien, esta particularidad relativa a los montos de pena de los tipos constituye, en todo caso, un problema legislativo, pues el desfasaje producido en las escalas penales entre una agravante general frente a una especial no puede ser suplido por la voluntad del juez al resolver, en contra de las reglas del concurso.

En consecuencia, que no se haya podido acreditar la aptitud para el disparo del arma de fuego no hace cambiar las reglas del concurso de uno aparente por uno ideal.

Como se sabe, una de las figuras agravantes del robo es la utilización de armas de forma genérica y la utilización de armas de fuego constituye un supuesto especial dentro del género armas. Ahora, si en el caso en concreto estuviéramos ante la utilización de un arma de fuego cuyo funcionamiento ha sido acreditado, no cabría ninguna duda de que el agravante del arma de fuego desplazaría al simple uso del arma impropia, por la concurrencia, en este caso, un concurso aparente por especialidad.

Pues bien, la mera circunstancia de que la aptitud del arma de fuego no haya podido ser acreditada durante el proceso, no puede transformar este concurso aparente en un concurso ideal, sin antes caer en una inconsecuencia sistemática, porque es el tipo de arma utilizada y no la acreditación de su funcionamiento correcto lo que produce el desplazamiento de la agravante genérica.

En conclusión, estimo que el hecho imputado a Pereira Soria produce un concurso aparente de leyes por el cual la figura especial de robo agravado con armas de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada desplaza la figura de robo con armas y, consecuentemente, se ha infringido únicamente el precepto legal previsto en el art. 166 inc. 2º tercer párr. primer supuesto del CP. Por tal razón, considero que corresponde hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto. ASÍ VOTO. SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia

RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 433/439 por la defensa de Matías Exequiel Pereira Soria.
- 2.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 3.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

4- MOYANO MONTOYA y ot.. 04-05-20.

| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
|----|----|----|------|--------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|-------------|---|------------|
| - | - | - | ANA | PCE | - | - | CO | - | R | - | - | - | - | 474 -2° |

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=387>

Lex: Art. 166, inc. 2°, 3° párrafo del CP. Art. 264 del CPP.

Vox: Robo agravado. Arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada. Momento consumativo. Coautoría. Reconocimiento impropio.

Summa:

El **TPC** condenó a M. S. y a B. A., a la pena de **cuatro años de prisión** e inhabilitación por todo el tiempo de la condena como autores del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego, cuya aptitud para el disparo no puede tenerse de ningún modo por acreditado (arts. 166, inc. 2°, 3° párrafo del C.P.), declarando reincidente al primero de los acusados.

Las **defensas** de M. S. y B. A. interponen recurso de casación (Art. 474 inc. 1° del CPP).

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 919, pronunciada por el TPC N° 1- 1° CJ.

SCJM. Dres.: **Palermo.** Valerio. Adaro.

Fallo.

CUIJ: 13-05062695-9/1((018601-24026)) FC/ MOYANO MONTOYA JUAN F., BERRIOS ARCE HUGO D., MURUA SANCHEZ ROBERTO L. P/ ROBO AGRAVADO (24026) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105228981*

En Mendoza, a los cuatro días del mes de mayo del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05062695-9/1 caratulada “F. C/ MOYANO MONTOYA, JUAN FRANCISCO Y OTS. P/ ROBO DOBLEMENTE AGRAVADO ... S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. OMAR A. PALERMO; segundo, DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero, DR. MARIO D. ADARO.

La defensa de Roberto Murúa Sánchez, por un lado, y la defensa de Hugo Daniel Berrios Arce, por el otro, interponen recurso de casación contra la sentencia N° 919, mediante la que se los condenó a la pena de cuatro años de prisión e inhabilitación por todo el tiempo de la condena como autores del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego, cuya aptitud para el disparo no puede tenerse de ningún modo por acreditado (arts. 166, inc. 2°, 3° párrafo del C.P.), declarando reincidente al primero de los acusados.

El pronunciamiento fue dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial en autos N° P-24.026/18.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO:

1.- La sentencia recurrida

El tribunal impugnado resolvió del modo precedentemente señalado, por considerar acreditado que «[...] para fecha 17 de marzo de 2018, a las 01.28 hs. aproximadamente, Hugo Adrián Carmona Ferreyra, se encontraba trabajando en la Estación de Servicio “OIL”, sito en San Martín S/N, costado oeste, en el ingreso al distrito de Vista Flores, Tunuyán, Mendoza, dentro una oficina, cuando fue sorprendido por Roberto Luis Murua Sánchez y por Hugo Daniel Berrios Arce, quienes ingresaron con el rostro tapado con pasamontañas, y uno de ellos empuñando un arma de fuego tipo revolver, marca Taurus, calibre 38 special, color plateado, con cachas negras, conteniendo en su interior dos proyectiles, le manifestó “tirate al piso”, [Carmona] se arroja al piso, le colocaron un precinto de plástico en cada mano, le preguntan “donde está la plata” y le sustrajeron dinero en efectivo. Una vez obtenido el dinero y las billeteras, se alejaron del lugar» (fundamentos, fs.1127 vta.).

Para así decidir, la sentenciante valoró las declaraciones de la víctima Hugo Adrián Carmona; de los efectivos policiales Enrique Alarcón, Iván Carmona, Gimena Martínez, Fabián Martínez, Pedro Moyacar, Héctor Arce y Sergio Ibaceta; como también lo manifestado por Franco Casterlli, Daiana Herrera Ema Arce, Hernán Javier Muñoz, Andrea Ferreyra y María Laura Arenas. Asimismo, ponderó la prueba instrumental individualizada a fs. 1124 vta. y 1125 de los fundamentos, como también el relato de los hechos brindado por los acusados en ejercicio de su derecho de defensa material.

2.- El recurso de casación de la defensa de Roberto Luis Murúa Sánchez

La recurrente promueve su impugnación a tenor de lo dispuesto por el art. 475, inc. 2° del CPP por considerar que existen vicios in procedendo en la resolución que cuestionan.

Señala que en la sentencia recurrida se verifica una incorrecta apreciación de la eficacia conviccional de la prueba, una inadecuada valoración de ésta conforme los parámetros de la sana crítica racional y la violación de las reglas del sistema acusatorio adversarial.

Así, entiende que la sentenciante ha resuelto la cuestión litigiosa basándose en convicciones personales más que en las reglas de la sana crítica.

Ello, puesto que habiendo declarado en idéntico sentido Moyano Montoya y Murúa Sánchez, la jueza decidió descreer del relato de Murúa y tener por veraz el de Montoya sosteniendo que la declaración de este último pudo deberse al ánimo de beneficiar a su consorte de causa o a posibles amenazas recibidas en Penitenciaria, sin que ninguna de esas circunstancias haya sido acreditada durante el debate.

Luego de transcribir las declaraciones de Moyano Montoya y de Murúa Sánchez, la recurrente expresa que, a pesar de que las declaraciones de los tres imputados coinciden, la a quo decidió creer, como se señaló, la de Moyano Montoya y no la de Murúa Sánchez justificando que la mendacidad en algunos fragmentos del relato de Moyano «no le es ganancial a él, sino a otro», lo que carece de lógica.

Por otro lado, sostiene que las afirmaciones de la sentenciante referidas a que Moyano habría declarado conforme a Murúa por haber podido encontrarse amenazado, no ha sido materia de controversias. Las partes no pudieron formular preguntas al respecto y tampoco fueron objeto de sus alegatos, lo que vulnera el sistema acusatorio adversarial. Agrega que la a quo ha dado preeminencia a informes escritos en desmedro de lo declarado por los testigos.

En ese orden, sostiene que se ha dado toda una fundamentación respecto de un bidón plástico encontrado, supuestamente, en el asiento delantero del vehículo secuestrado, a pesar de que ningún testigo refirió nada en relación al lugar en el que se encontraba y tampoco fueron interrogados al respecto por las partes.

En el mismo sentido, señala que la sentenciante se basa en los documentos escritos de fs. 11 y 5 de las presentes actuaciones, sin dar prioridad a las declaraciones orales que las partes pudieron examinar ampliamente.

En virtud de esas consideraciones, la impugnante solicita que se anulen los puntos 3 y 4 del fallo recurrido y la parte pertinente de sus fundamentos y se remitan las presentes actuaciones al Tribunal Penal Colegiado que corresponda a fin de que se sustancie un nuevo debate.

Formula reserva del caso federal.

3.- El recurso de casación de la defensa de Hugo Daniel Berrios Arce

El impugnante deduce casación de conformidad a lo establecido por el art. 475, inc. 1° del CPP por considerar que existen vicios in iudicando en la resolución que cuestiona.

Señala que la jueza de sentencia ha aplicado erróneamente el art. 42 del CP. Ello, por entender que «robar una cosa» es apoderarse de la misma y recién en ese momento se lesiona el bien jurídico protegido por la norma y se produce el **momento consumativo**.

Según expresa el recurrente, para que ese apoderamiento opere es necesario no sólo retirar el objeto del lugar de custodia de la víctima, sino además someterlo al propio señorío exclusivo del autor del delito sin ningún tipo de injerencias por parte del desposeído o terceras personas.

Con base en ello y en las declaraciones testimoniales de los efectivos policiales Alarcón, Carmona y Martínez, considera que en el caso de autos los imputados, en todo momento, han estado bajo la persecución del personal policial.

Agrega que la tentativa o consumación de un robo no se determina por cuestiones de tiempo o distancia, sino por la comprobación de que el agente haya logrado constituir un poder fáctico de disposición sobre la cosa sustraída o sólo sustraerla sin consolidar tal poder.

En ese orden, expresa que en la presente causa no se ha acreditado que su defendido haya podido disponer de la cosa sin que terceros se lo impidan, ya que en todo momento se produjo un «seguimiento policial» y continuaban su carrera con el fin de consolidar ese poder. En función de ello, solicita se haga lugar al recurso de casación y se case la sentencia recurrida.

Formula reserva del caso federal.

4.- Dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador General expresa que corresponde rechazar sustancialmente los recursos de casación bajo estudio, en tanto el Tribunal Penal Colegiado N° 1 ha efectuado una valoración probatoria de acuerdo a las reglas de la sana crítica racional y ha aplicado correctamente el derecho sustantivo, sin que se advierta ninguna arbitrariedad en su fundamentación.

5.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

Adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se desarrollan, estimo que corresponde rechazar el recurso de casación deducido por las defensas de Roberto Murúa Sánchez y Hugo Daniel Berrios Arce.

En forma preliminar, es menester señalar que los agravios recursivos del primero de aquéllos giran en torno a la valoración probatoria efectuada por la jueza a quo y en relación a la consumación del hecho del letrado defensor de Berrios Arce. Esos serán entonces los puntos de análisis que se desarrollarán a continuación.

a.- Acerca de los cuestionamientos a la ponderación de los elementos de prueba incorporados

Al respecto, cabe referir que ningún defecto se advierte en la valoración probatoria llevada adelante por la a quo como tampoco ninguna vulneración al principio acusatorio, como sugiere la recurrente. Por el contrario, de la lectura de los fundamentos bajo estudio se advierte un minucioso y fundado análisis de la prueba incorporada con la anuencia de las partes.

En ese orden, la sentenciante ha examinado no sólo la hipótesis acusatoria, sino que la ha confrontado con las versiones ofrecidas por los tres imputados, en función de cada uno de los elementos de prueba producidos a lo largo del proceso, tal como se demostrará seguidamente.

Así, considero que no le asiste razón a la defensa de Murúa Sánchez en cuanto sostiene que la jueza de sentencia creyó la versión de Moyano Montoya y descreyó el descargo efectuado por Murúa Sánchez, basándose en circunstancias no probadas en la causa y a pesar de que ambos declararon en el mismo sentido.

Es que, conforme surge de los argumentos desarrollado en los puntos 7.c) y 7.d) de los fundamentos cuestionados, la sentenciante ha dado suficientes razones por las que consideró que la participación de Murúa Sánchez en el hecho investigado se encuentra acreditada y del por qué las pruebas que, de acuerdo a la hipótesis fiscal, vincularían a Moyano Montoya no resultaban suficientes para una condena, más allá de los dichos de ambos.

En otras palabras, la a quo ha considerado que existen suficientes elementos de cargo para tener por probada la coautoría de Murúa Sánchez en los acontecimientos objeto del proceso, pero no en relación a Moyano Montoya.

En ese orden, si bien la defensa de Murúa pretende poner en crisis este razonamiento, sosteniendo que para llegar a tal conclusión se habría tenido por creíble la versión de Montoya basándose en circunstancias no probadas en el proceso, lo cierto es que la jueza tan sólo ha respetado el principio de inocencia que rige en favor de toda persona sometida a proceso.

De ese modo, la a quo señaló que, por un lado, «concurren elementos de descargo a su favor que conmueven la hipótesis fiscal y por otro lado, las prueba de cargo no tienen entidad suficiente como para cerrar un juicio asertivo de autoría a su respecto» (fundamentos, fs. 1134 y vta.).

Así, luego de analizar las pruebas en función de las cuales concluyó que era perfectamente factible que Moyano Montoya ejerciera la actividad de «remisero trucho» – declaración de Daiana Herrera, de Ema Pacce y de la Of. Auxiliar María Laura Arenas– y que la Fiscalía no había aportado motivos para desacreditar esa circunstancia, dio los motivos por los que –según su punto de vista– ciertos aspectos del relato de Moyano coincidían con el descargo de Murúa, a quien no consideró creíble.

En este sentido, mencionó la posible existencia de mecanismos de presión para que Moyano acomodara su relato a fin de que resultara coincidente, y por lo tanto, favorable a la situación de Murúa. Al respecto, debe señalarse que, si bien la supuesta existencia de presiones no ha sido alegadas y, mucho menos, probadas, lo cierto es que tan sólo han sido empleadas por la a quo para explicar por qué no pueden ser tenidos en cuenta esos tramos del relato de Moyano.

Pero, teniendo en cuenta que tan sólo pretendían favorecer a Murúa –cuya participación en el hecho surge palmaria de otros elementos de prueba–, ninguna incidencia tienen en la solución adoptada.

En ese último sentido, **no puede soslayarse que la coautoría** de Murúa Sánchez se encuentra probada porque:

- 1) fue sorprendido en el mismo auto que Berrios, quien participó en el hecho según su propia confesión;
- 2) fue sorprendido mientras transportaban los elementos sustraídos y los instrumentos del delito;
- 3) el bidón utilizado durante el hecho se encontraba en el mismo lugar donde estaba sentado Murúa Sánchez al momento de ser aprehendido;
- 4) Murúa se encontraba vestido del mismo modo que el sujeto que se observa en la videofilmación; y,
- 5) los testigos de descargo –Muñoz y Ferreyra– no aportaron información –conforme al rango horario referido– que desvincule a Murúa Sánchez de los hechos que se le endilgan, de acuerdo a la síntesis de la prueba de cargo reseñada por la a quo respecto a la participación de Murúa Sánchez (fundamentos, fs. 1134).

En función de ello, resulta claro que las inferencias que efectuó la sentenciante en torno a si Moyano recibió o no presiones para declarar en forma coincidente con Murúa Sánchez, por lo que, como se señaló, *carecen de la entidad que le atribuye la recurrente y, por ello, el agravio casatorio basado en este argumento debe ser rechazado.*

Por otro lado, la impugnante sostiene que la a quo ha dado preeminencia a la prueba instrumental – informes escritos en palabras de la letrada– por sobre la testimonial producida en autos. Concretamente, cuestiona que haya tenido por probada la existencia de un bidón en el lugar en el que se transportaba su defendido en virtud del acta de procedimiento de fs. 5 y vta.

Asimismo, que haya tenido por acreditada la forma en que Murúa Sánchez estaba vestido al ser aprehendido en función del acta de fs. 11, cuando ningún testigo pudo dar fe de ninguna de esas circunstancias.

Al respecto, cabe recordar que nuestra ley procesal no establece un sistema tasado que otorgue mayor valor a un tipo de pruebas sobre otros. Por el contrario, en los casos del juicio común es el juez de

sentencia quien deberá ponderar el valor de cada prueba en sí misma y, luego, confrontarla con el caudal probatorio incorporado a la causa para determinar si es válida y suficiente para acreditar una determinada circunstancia, tal como ha ocurrido en el caso sometido a estudio.

En tal sentido, la tarea llevada a cabo por la sentenciante aparece adecuada a las reglas de la sana crítica racional y suficientemente motivada, sin que se advierta ninguna de las falencias denunciadas por la defensa de Murúa Sánchez.

En efecto, y contrariamente a lo sostenido por la recurrente, la jueza a quo ha analizado con suma detalle los extremos consignados por los efectivos policiales en las actas referidas, cotejándola con la declaración de la víctima de autos, con las constancias de la videofilmación, con el relato brindado por los oficiales de policía intervinientes, con las circunstancias particulares de Murúa Sánchez y con su propia versión de los hechos.

De tal tarea, y luego de explicar una por una las circunstancias que la llevaron a tener por ciertas las constancias de los instrumentos redactados por funcionarios policiales, concluyó que el bidón que fue utilizado por uno de los coautores del ilícito era el que se encontró el automóvil en que se conducía Murúa Sánchez y que éste vestía unas bermudas negras como el partícipe del robo.

Ese razonamiento tampoco puede ser desvirtuado por el argumento consistente en que esas circunstancias no pudieron ser controvertidas por las partes, en tanto la versión de Murúa Sánchez fue expuesta luego de cerrada la recepción de la prueba, siendo facultad de su asistencia técnica controvertirla en la etapa de alegatos.

No puede pasarse por alto que las actas de procedimiento y la videofilmación han formado parte de los presentes obrados con anterioridad a la celebración del debate oral y público y, por lo tanto, han podido ser examinadas y controvertidas del modo que la defensa de los imputados consideró pertinente.

En virtud de ello, estimo que ningún defecto se advierte en la valoración de la prueba llevada a cabo por el tribunal de sentencia y, en consecuencia, los agravios que pretenden descalificar esa tarea deben ser rechazados.

b.- Sobre los cuestionamientos a la calificación legal atribuida a los hechos investigados

En relación a este punto de agravio, debe tenerse en cuenta que, si bien el argumento casatorio tiene un sustento doctrinario -momento consumativo del robo-, lo cierto es que su análisis, y eventual procedencia, se debe determinar de acuerdo a los hechos efectivamente probados.

En ese orden, la defensa de Hugo Daniel Berrios Arce sostiene que el robo que se le atribuye a los imputados no se ha consumado en virtud de que éstos no habrían podido tener un señorío sobre los bienes sin ningún tipo de injerencia.

Ello, en tanto los acusados habrían estado, en todo momento, bajo la persecución policial, de acuerdo a las declaraciones testimoniales de los efectivos policiales Alarcón, Carmona y Martínez.

No obstante, considero que tal circunstancia no encuentra sustento en las constancias de autos. En efecto, el Of. Aux. Alarcón expresó tan sólo que él «pas[ó] la novedad», que dio «conocimiento por frecuencia» y que al vehículo lo habían detenido sus compañeros (fundamentos, fs. 1118 vta.).

Por su lado, el Aux. Iván Carmona señaló que tomó conocimiento en forma radial, que un compañero transmitió la novedad y que él se encontraba en el centro de Tunuyán y desde allí fueron a buscar el vehículo, interceptándolo en Pellegrini y Francisco Moyano de Tunuyán (fundamentos, fs. 1118 vta./1119).

Finalmente, la Of. Aux. Gimena Martínez manifestó que «estaban patrullando por calle San Martín de Tunuyán [...] y personal de comisaría 65 comunica un asalto a una estación de servicio [...] seguimos por

ruta 92 nosotros veníamos de este hacia oeste y veníamos en la movilidad atentos y en eso nos pasa a velocidad [...] ahí nos volvimos y lo seguimos al vehículo, al llegar a Pellegrini [...] le dimos la señal y le pedimos que se tirara a la orilla» (fundamentos, fs. 1119 vta.).

Como se advierte de las declaraciones transcritas, de ningún modo puede afirmarse que los imputados hayan estado en todo tiempo bajo persecución policial, en tanto ésta como la aprehensión de los coautores tuvo lugar luego de que éstos tuvieran la plena disposición de los bienes sustraídos.

Así lo ha consignado la sentenciante al señalar que «no sólo hubo actos de desapoderamiento, sino que mediaron también actos de apoderamiento» y que «tuvieron dominio del dinero por más de veinte minutos y que fueron alcanzados por la policía a los quince kilómetros del lugar del hecho, en todo ese tramo temporal y espacial nadie custodió sus acciones ni decisiones sobre el botín, podrían haberlo escondido, repartido o entregado a otros. El mantenimiento de este dentro de la mochila durante ese lapso es precisamente un acto de decisión sobre el botín» (fundamentos, fs. 1119 y vta.), de lo que necesariamente deriva la consumación del robo investigado en autos.

En definitiva, en el caso sometido a estudio resulta clara la consumación del hecho en virtud de la prueba debidamente incorporada y valorada por la sentenciante, en cuyo razonamiento no se verifica ninguna falencia que amerite su anulación. En función de lo expuesto, el agravio mediante el que se pretende un cambio en la calificación legal atribuida tampoco puede prosperar.

Por todo lo expuesto, corresponde dar respuesta negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio y Dr. Adaro. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y MARIO D. ADARO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Roberto Murúa Sánchez y el deducido por la defensa de Hugo Daniel Berrios Arce y, en consecuencia, confirmar la sentencia N° 919, dictada por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de esta Primera Circunscripción Judicial.
- 2.- Tener presente la reserva del caso federal.
- 3.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

5- AMPARAN RAMIREZ. 18-05-20.

| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 54 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
|----|----------|----|-----------|------------|---------|---------|----------|---------|-----------|---------|---------|-------------|---|------------|
| - | B | - | AI | PCE | - | - | A | - | CI | - | - | - | - | 474 |

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=377>

Lex: Art. 166 inc. 2°, 1° párrafo, 1° supuesto, 54 y 167 inc. 2° del CP.

Vox: Robo agravado. Arma impropia. Concurso ideal. Poblado y banda. Valoración de la prueba.

Summa:

El **TPC** condenó al nombrado a la pena de **seis años y seis meses de prisión** como autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma en concurso ideal con robo agravado por ser en poblado y en banda (arts. 166 inc. 2° primer supuesto, 54 y 167 inc. 2° del Código Penal).

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1° y 2 CPP).

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 800, pronunciada por el TPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes citados:

a-SCJM

- LS. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros

SCJM. Dres.: **Valerio.** Adaro. Palermo.

Fallo.

CUIJ: 13-04959192-0/1((018602-21436)) FC/ AMPARAN RAMIREZ PABLO ARIEL P/ ROBO AGRAVADO (21436) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105128900*

En Mendoza, a los dieciocho días del mes de mayo del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04959192-0/1, caratulada "F. C/ AMPARAN RAMIREZ, PABLO ARIEL P/ ROBO AGRAVADO S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. MARIO D. ADARO, y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

La defensa de Pablo Ariel Amparan Ramírez interpone recurso de casación (fs. 245/255), contra la sentencia N° 800 (fs. 239) y sus fundamentos (fs. 240/243), mediante la cual se lo condenó a la pena de seis años y seis meses de prisión como autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma en concurso ideal con robo agravado por ser en poblado y en banda (arts. 166 inc. 2° primer supuesto, 54 y 167 inc. 2° del Código Penal), que se le atribuye en la causa N° P-21.436/19.

El pronunciamiento fue dictado por el Tribunal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:

1.- Sentencia recurrida

El tribunal de juicio tuvo por probado que «[e]l 18 de marzo de 2019, aproximadamente a las 20:30 hs, en la bajada de la pasarela peatonal del parque de la lateral sur del Acceso Este, a la altura del Mendoza Plaza Shopping de Guaymallén, Pablo Ariel Amparan Ramírez, conjuntamente con dos sujetos no identificados, interceptaron a Matías Ezequiel Francisco Leyton Cari y a su hermano Mauro Cristian Leyton Cari. Los sujetos no individualizados le exigieron a Matías Leyton su teléfono celular y ante su negativa uno de los sujetos le provocó cortes en la espalda tras pincharlo con un elemento cortante, logrando así sustraerle el teléfono celular táctil marca LG, modelo Xpower. Simultáneamente, Pablo Ariel Amparan Ramírez munido de un cuchillo tipo carnicero le exigió a Mauro Leyton la entrega de su teléfono celular y ante su negativa uno de los sujetos no identificados le propinó un golpe de puño en el rostro, como consecuencia la víctima cayó al piso y Amparan Ramírez se puso encima de él y le colocó el cuchillo en el pecho, logrando de este modo sustraerle el teléfono celular marca Motorola, modelo C Plus. Posteriormente los tres sujetos se dieron a la fuga. Finalmente personal policial aprehendió a Pablo Ariel Amparan Ramírez en calle Soldado Desconocido y Adolfo Calle, a 400 metros de distancia del lugar del hecho con el teléfono celular marca Motorola en su poder».

Para así decidir el sentenciante valoró, entre los elementos más importantes, las declaraciones testimoniales de Francisco González Suárez, Estefanía Silvina Balza, Matías Ezequiel Francisco Leyton Cari, Mauro Cristian Ignacio Leyton Cari (asistido por su progenitora Laura Sandra Cari) y Jorge Adriel Yanzón Agüero, la declaración del imputado Pablo Ariel Amparan Ramírez, el acta de procedimiento (fs. 9 y vta.), acta de secuestro (fs. 14) y las actas de reconocimiento de personas (fs. 122/124).

2.- Recurso de casación

El recurrente promueve su impugnación sustentada en las disposiciones del art. 474 inc 1 y 2 del CPP.

Solicita que se declare la nulidad del fallo impugnado y se absuelva al imputado por falta de motivación y razón suficiente y además por ser violatorio del debido proceso legal y la defensa en juicio.

a.- Vicios in procedendo

Considera que la participación del imputado no se encuentra debidamente probada y que la sentencia no alcanza a justificar el nexo causal entre los autores del robo y la aprehensión del imputado. Argumenta que de los testimonios de los oficiales policiales, González y Yanzón, se observaron algunas «fisuras».

Manifiesta que en la audiencia de debate Yanzón explicó que aproximó el vehículo cerca de las víctimas, por lo que estima que el imputado fue mostrado a los hermanos Leyton en un contexto estigmatizante.

Hace referencia que una vez que el imputado fue aprehendido, el representante del Ministerio Público Fiscal citó a las víctimas a una rueda de reconocimiento, por lo que considera que esa prueba tuvo por finalidad fortalecer el nexo causal entre el momento del desapoderamiento y la aprehensión.

Además expresa que se celebraron dos ruedas de reconocimiento, en la primera Matías Ezequiel Leyton Cari (fs. 124) no reconoció al imputado y en la segunda Mauro Cristian Leyton Cari si lo reconoció.

El recurrente agrega que el primero durante la audiencia de debate manifestó no haber visto al imputado luego del desapoderamiento, en cambio el segundo hizo referencia que vió al imputado en el móvil policial poco tiempo después del hecho. En efecto el recurrente advierte que se produjo un **reconocimiento impropio**, en donde la víctima reconoció como autor a una persona sin las formalidades previstas en el art. 264 del CPP.

Al respecto sostiene que ver a una persona en un contexto estigmatizante, como lo es en un móvil policial, hace que pierda valor e induce al reconociente a un resultado que muchas veces no se ajusta con la realidad.

Por lo que considera que debe asignársele un escaso valor probatorio a ese reconocimiento. Estima que no puede establecerse la conexión entre los autores y la aprehensión del imputado, por lo que afirma que adquiere especial relevancia la declaración de éste y que no existen elementos probatorios para ponerla en jaque.

b.- Vicios in iudicando

Considera que existe una errónea aplicación del derecho sustantivo.

Hace reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General considera que corresponde no hacer lugar al recurso de casación interpuesto, convalidando en su totalidad la sentencia impugnada.

Advierte que la sentencia se encuentra debidamente fundada, ya que el tribunal de sentencia analizó razonadamente y en conjunto las pruebas colectadas, surgiendo de manera clara que contó con los elementos necesarios para lograr la certeza requerida en ese estadio procesal a los fines de condenar al imputado.

Asimismo, estima que los agravios del recurrente, más que vicios en la sentencia, reflejan su disconformidad, en el legítimo ejercicio de su cargo, con la interpretación dada al plexo probatorio por el sentenciante.

Por último, sostiene que la sentencia cuestionada no contiene vicios en su motivación, no es arbitraria, ni se aparta de la sana crítica racional, por lo que considera que el planteo defensivo no debe prosperar.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Puesto a resolver el recurso de casación formulado considero, por los motivos que a continuación se exponen, que no corresponde hacerle lugar.

Ello en tanto, y luego de analizados los fundamentos del fallo cuestionado, así como el recurso interpuesto, entiendo que el dictum se encuentra suficientemente motivado y que los agravios propuestos por el recurrente no logran conmover la conclusión a la que arriba el sentenciante.

De tal manera, estimo que la crítica esgrimida es una discrepancia con el modo y la posición adoptada por el sentenciante, ya que el recurrente no logra demostrar adecuadamente que la motivación de la resolución sea insuficiente o que adolezca de vicios de arbitrariedad, circunstancia que implicaría una falencia capaz de motivar la anulación del pronunciamiento como acto procesal válido.

Esto a la luz de la reiterada jurisprudencia de esta Sala, en el sentido de que los defectos de la sentencia, para conllevar tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (conf. LS. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros), lo que en la especie no ocurre. Surge del planteo casatorio que, el eje central de la impugnación radica en afirmar que la participación de Pablo Ariel Amparan Ramírez no se encuentra debidamente probada.

Sin embargo, de los fundamentos de la resolución cuestionada, se advierte que el tribunal de juicio sustentó su decisión en el análisis contextualizado de las pruebas rendidas en la causa, las que ponderó de acuerdo a las reglas de la sana crítica racional, cuyo apartamiento el recurrente no ha podido demostrar.

Así, surge que el a quo analizó el cuestionamiento de la defensa en cuanto al proceder de los funcionarios policiales –Yanzón y González–, sustentado en los dichos del imputado y en la mención que, durante la audiencia de debate, hizo Mauro Leyton respecto a que vio al aprehendido cuando estaba en el móvil policial.

En este orden, el juzgador sostuvo, adecuadamente a mi criterio, que no era posible deslegitimar la actuación policial atento a que no hubo reproche alguno al acta de procedimiento policial glosada a fs. 9 y vta.

Asimismo argumentó que no surgió de los testimonios de los hermanos Leyton que los funcionarios policiales les hubieran acercado deliberadamente a escasa distancia al aprehendido indicándoles que esa era uno de los ladrones.

Al respecto Mauro Leyton explicó que vio a una persona dentro de la movilidad a cinco o diez metros de distancia, pero esto no implica, a mi entender, que personal policial los indujera a afirmar que Amparan Ramírez era uno de los sujetos autores del robo.

Por lo tanto considero que el planteo recursivo es inadmisibles, atento a que el imputado no fue mostrado a los hermanos Leyton en un «contexto estigmatizante» (sic. fs. 250 vta), tal como lo afirma el recurrente. Por otra parte, estimo que también debe rechazarse el agravio dirigido a cuestionar el valor probatorio del reconocimiento en rueda de persona realizado por Mauro Leyton (fs. 123), en el que reconoce categóricamente a Amparan Ramírez como uno de los autores del hecho.

Al respecto, el sentenciante argumentó, en razonamiento que comparto, que tal reconocimiento no se encuentra viciado atento a que no hubo ninguna irregularidad por parte del accionar policial y, además, que era comprensible que la víctima reconociera al imputado porque, según su declaración, lo tuvo frente a frente cuando se perpetraba el ilícito y era el individuo que lo amenazó.

Concretamente en el acta de reconocimiento expresó que sólo puede reconocer a uno, «al sujeto que en el hecho me apuró de palabra» (sic. fs. 104).

Debe señalarse que el sentenciante ponderó, para sostener que Amparan Ramírez fue uno de los coautores del ilícito, además del reconocimiento positivo por parte de Mauro Leyton, el hecho de que se le secuestrara, al momento de la aprehensión, el teléfono celular de este último.

A ello debe sumarse que las características físicas aportadas por las víctimas coinciden con las del imputado obrante en el acta de visu de fs. 18 (aproximadamente 1,75 mt. de altura, contextura delgada, tez trigueña, pelo corto negro).

Por lo tanto considero que si, hipotéticamente se suprimiera el reconocimiento positivo por parte de la víctima del análisis probatorio, la sentencia igualmente encuentra sustento en elementos de juicio suficientes y válidos para arribar a la certeza requerida y condenar al imputado por el hecho investigado en autos.

De conformidad con lo señalado, y tal como lo señaló el sentenciante, el descargo formulado por el imputado posee una pretensión puramente ganancial que carece de respaldo en prueba objetiva.

En efecto, estimo que de la valoración conjunta de las declaraciones vertidas en el debate y de las pruebas incorporadas al juicio, el sentenciante alcanzó el grado de certeza requerido para el dictado de la sentencia condenatoria, tanto respecto de la existencia del hecho incriminado, como de la autoría del imputado.

Por último, en cuanto a la crítica esgrimida con respecto a la calificación legal, estimo que tal agravio no puede prosperar, en tanto se advierte que el recurrente sólo hace referencia a que existe una errónea aplicación del derecho sustantivo, **sin especificar cuál sería la calificación** que, según su entender, considera aplicable.

Más allá de lo señalado, no se advierte arbitrariedad alguna en la calificación legal en la que el tribunal de la instancia anterior encuadró los hechos que consideró probados.

En síntesis, advierto que el recurrente pretende una nueva revisión de lo que fue tratado en el debate y sometido a la contradicción de acusación y defensa, sin desvirtuar de manera adecuada el razonamiento del sentenciante.

Por ello los cuestionamientos defensivos representan argumentos y afirmaciones propias de la posición que representa en relación a la valoración del material probatorio, evidenciando una mera discrepancia con la labor intelectual del tribunal en la fundamentación del fallo, carentes del sustento para invalidarla.

Por todo lo expuesto, y en opinión coincidente con la vertida por el Procurador General, debe contestarse de manera negativa la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro y Dr. Palermo. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO, adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO, adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuestos por la defensa de Pablo Ariel Amparan Ramírez.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva federal efectuada.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro.

6- BARRERA CROCCO. 18-05-20.

| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
|----|----|----|------------|------------|---------|---------|----------|---------|-----------|---------|---------|-------------|---|------------|
| - | - | - | ANA | PCE | - | - | A | - | CR | - | - | - | - | 474 |

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200518_FcBCC.pdf

Lex: Art. 149 ter. inc. 1°, 1° supuesto, 166 inc. 2° 3° párrafo, 183 y 55 del CP.

Vox: Amenazas coactivas agravadas. Robo agravado. Arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada. Daños simples. Concurso real. Unidad de la prueba. Calificación legal. Determinación de la pena.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **cuatro años y seis meses de prisión** como autor penalmente responsable de los delitos de amenazas coactivas agravadas por el uso de arma de fuego, robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada y daños simples reiterados (dos hechos) todo en concurso real (arts. 149 ter. inc. 1° primer supuesto, 166 inc. 2° 3° párrafo, 183 y 55 del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 696, pronunciada por el TPC N° 2-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- LS. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros

SCJM. Dres.: **Valerio. Adaro. Palermo**

Fallo:

CUIJ: 13-04859959-6/1((018601-98351)) FC/ B. C. C. E. P/ AMENAZAS COACTIVAS AGRAVADAS , ROBO (98351) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104942923*

En Mendoza, a los dieciocho días del mes de mayo del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04859959-6/1, caratulada "F. C/ B. C., C. E. P/ AMENAZAS COACTIVAS AGRAVADAS S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. MARIO D. ADARO, y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

La defensa de C. E. A. B. C. interpone recurso de casación (fs. 216/221) contra la sentencia N° 696 (fs. 208 y vta.) y sus fundamentos, mediante la cual se lo condenó a la pena de cuatro años y seis meses de prisión como autor penalmente responsable de los delitos de amenazas coactivas agravadas por el uso de arma de fuego, robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada y daños simples reiterados (dos hechos) todo en concurso real (arts. 149 ter. inc. 1° primer supuesto, 166 inc. 2° 3° párrafo, 183 y 55 del CP), que se le atribuye en la causa N° P-98.351/18.

El pronunciamiento fue dictado por el Tribunal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

En la sentencia impugnada el tribunal de mérito consideró acreditado los hechos contenidos en el requerimiento de citación a juicio, esto es, que el 30 de noviembre de 2018, siendo las 23:00 horas aproximadamente, C. E. A. B. C. se hizo presente en la vivienda sita en calle S....., Barrio J....., casa Acto seguido, el imputado extrajo un arma de fuego y disparó contra el vehículo Renault, modelo, dominio, propiedad de R. C. P., que se encontraba estacionado en la vía pública, frente a la vivienda mencionada, causando un orificio en el zócalo de la puerta del conductor. Seguidamente, el imputado le apuntó con el arma de fuego a J. E. P., quien había salido de la vivienda al escuchar el disparo, y le manifestó: «Dónde está el J.... que lo voy a matar». Luego ingresó a la vivienda, le apuntó con el arma de fuego a R. P. y tomó su teléfono celular marca Motorola y doscientos pesos que estaban sobre la mesa del comedor sustrayéndolos. Instante después el imputado se acercó a la moto marca Motomel, propiedad de J. F... P., la golpeó varias veces con el arma de fuego y le rompió el panel de relojes. Al retirarse de la casa, R.o P. le pidió a C. B. C. que le devolviera el teléfono celular, y éste le manifestó apuntándole con el arma: «Metete para adentro o te largo».

Para así decidir el sentenciante valoró, entre los elementos más importantes: las declaraciones testimoniales de A. B., R. C. P., J. P., J. P., F. C. y M. D. T.; el acta de procedimiento; el acta de ratificación; y, los informes de Policía Científica, División Balística Forense, que prueba la existencia de un orificio de arma de fuego en la camioneta Kangoo.

2.- Recurso de casación

El recurrente promueve su impugnación sustentada en las disposiciones del art. 474 inc. 1° y 2 del CPP. Sostiene que no se encuentra acreditada la materialidad del hecho y su autoría en cabeza de B. C. tal como lo resolvió el tribunal. Argumenta que desde el inicio de la investigación el representante del Ministerio Público Fiscal incurrió en error, toda vez que A. B. V. se encontraba presionada por la familia P..

Sin embargo, estima que si se hubiese valorado positivamente la declaración de A. B. prestada durante el debate oral, quedaría desvirtuada la sustracción del teléfono celular y \$200 de Peralta.

Considera que, conforme surge de los testimonios, B. C. fue a buscar a P. por una discusión de trato sobre su hijo menor, pero agrega que de ninguna manera se encuentra probado que haya cometido una sustracción en la forma que sostiene la fiscalía.

Por lo que sostiene que hay una participación delictiva por el delito de amenaza, pero no de robo.

Al respecto, señala que existió una valoración arbitraria, parcial e inversa de las pruebas producidas, así como también la carencia de la sana crítica racional para interpretar los hechos producidos y que fueron mencionados por el juez en su sentencia. Solicita que se fije fecha de audiencia a efectos de expresar oralmente los fundamentos definitivos del recurso impetrado.

Por último, el recurrente durante la audiencia oral, luego de expresar los agravios mencionados anteriormente, **cuestiona la calificación legal** impuesta por el tribunal, esto es amenazas coactivas agravadas por el uso de arma de fuego, robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada y daños simples reiterados (dos hechos), todo en concurso real; como así también la pena impuesta por el sentenciante, 4 años y 6 meses, solicitando que se dejen sin efecto.

Hace expresa reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General entiende que se debe rechazar el recurso casatorio, debiendo confirmarse la validez de la sentencia impugnada.

En efecto, advierte que los agravios que expresa la defensa fueron analizados y valorados en la sentencia, y agrega que, en lugar de referirse el impugnante a esa valoración del Tribunal, **reedita los agravios** tal como los presentó en el debate, no agregando ningún elemento que ponga en crisis el razonamiento jurisdiccional, al que refiere como arbitrario sin concretar el porqué de la calificación.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Atento a los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso de casación interpuesto por la defensa debe ser rechazado por cuanto la resolución impugnada no adolece de los vicios procesales que el recurrente le endilga.

En efecto, estimo que la motivación cuestionada es suficiente para mantener el dictum como acto jurisdiccional válido, en tanto no adolece de falencias que impliquen su anulación.

Ello a tenor de la jurisprudencia reiterada de esta Sala que ha establecido que, para que los defectos en la fundamentación conlleven tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (**conf. LS. 186-427, 153-011, 354-218, 392-094 y 397-177, entre otros**), lo que en la especie no ocurre.

Ello por cuanto el a quo ha sustentado su decisión en las pruebas rendidas, que ponderó de acuerdo a las reglas de la sana crítica racional, cuyo apartamiento el censurante no ha podido demostrar, constituyendo

sus agravios una reedición de los planteos que efectuó la defensa al momento de formular su respectivo alegato de cierre en la audiencia de debate, y que fueron contestados pormenorizadamente por el Tribunal de juicio en los fundamentos aquí analizados.

En primer término, se advierte que el eje central de la impugnación se endereza a cuestionar los argumentos esgrimidos por el tribunal de juicio para sustentar el fallo condenatorio, pretendiendo demostrar la inexistencia de prueba objetiva respecto de la autoría del imputado en la sustracción, mediante el empleo de un arma de fuego, del teléfono celular y \$200 de R. C. P..

Al respecto, argumenta que surge de los testimonios que B. C. fue a buscar a J. P. por una discusión, por lo que afirma que hay una participación delictiva por el delito de amenazas, pero no de robo. Para ello plantea, como hipótesis de descargo, que el sentenciante no valoró debidamente la declaración de la testigo A. B. prestada durante la audiencia de debate, haciendo hincapié en que sólo se valoró la declaración prestada durante la investigación penal preparatoria.

Por consiguiente, debo decir que no comparto esas alegaciones defensistas. Ello, puesto que analizadas todas las declaraciones prestadas por la testigo de mención durante la tramitación de los presentes autos considero, en forma coincidente con el sentenciante, que aquella pretendió desincriminar a B. C..

En efecto, durante la audiencia de debate manifestó haber sido obligada por la familia Peralta a declarar en contra de B. C.. Al respecto desmintió que el imputado había sustraído la billetera y el teléfono celular de R. C. P. y afirmó haber visto, poco días después del hecho, los objetos sustraídos.

Asimismo, es de resaltar que la verosimilitud del relato de A. B., prestado durante la investigación, se comprobó luego de confrontarse su contenido con el resto del cuadro probatorio, reforzando de esta manera la hipótesis acusatoria.

Así, surge de la declaración testimonial de R. C. P. que el imputado le sustrajo \$200 y un teléfono celular que se encontraban arriba de la mesa del comedor. Por lo que se advierte que en ningún momento manifestó que le sustrajeron la billetera, tal como refirió A..

Ésta, a su vez, con la intención de beneficiar al imputado, manifestó haber visto tiempo después en el domicilio de Peralta la misma billetera sustraída y el mismo teléfono celular.

Por otra parte, surge de los fundamentos cuestionados que el sentenciante consideró que el relato de R. C. P. fue sincero, sin ánimo ni interés de incriminar a B. C. en un hecho de tal gravedad.

Por lo que estimo que no hay motivos para considerar falaz su relato y, mucho menos, para dudar que el imputado es el autor del hecho calificado como robo agravado, tal como lo pretende el recurrente. Es de destacar, que R. C. P., durante la audiencia de debate, admitió tener en la actualidad un teléfono celular idéntico al que le habían sustraído, debido a que era un teléfono corporativo perteneciente a la municipalidad de Godoy Cruz, quien le hizo entrega de uno exactamente igual al sustraído.

Esto explica la razón por la que A. B., tiempo después, vio el mismo celular en el domicilio de la familia P.. Estas conclusiones resultan suficientes para descartar los cuestionamientos articulados por el recurrente que, con el fin de desacreditar –sin lograrlo– el grado de credibilidad asignado al relato de A. B. durante la investigación, alega contradicciones e inconsistencias.

Ello en tanto, según lo adelantara, su testimonio ha sido correctamente valorado por el sentenciante, de manera tal que las oposiciones defensistas sólo constituyen meras discrepancias con el valor convictivo atribuido.

En definitiva, y por las consideraciones hasta aquí expuestas, entiendo que el tribunal de mérito ha logrado llevar adelante una correcta reconstrucción histórica de los sucesos, que responden a una

valoración racional de los elementos de prueba obrantes en autos, sin que los agravios expuesto por la defensa del imputado logre conmover los términos de la acusación dirigida en contra de su asistido.

De esta manera, queda claro que no sólo es errónea la crítica defensiva, sino que tampoco se advierten **vicios en el análisis integral de los elementos de prueba valorados** por el tribunal de juicio, lo que permite confirmar la validez de la sentencia condenatoria.

Estimo oportuno destacar que, comparto lo sostenido por el juzgador con respecto a la calificación legal atribuida.

En efecto, considera que el arma de fuego utilizada en el momento del hecho era apta para el disparo, atento a que su aptitud quedó acreditada con el disparo realizado a la camioneta marca Kangoo de propiedad de R. P., que se encontraba estacionada en la puerta del domicilio.

Conforme surge del informe de la División de Balística Forense la misma presentaba, en la puerta del conductor, un orificio de un proyectil de arma de fuego.

Asimismo, hace referencia que J. P. escuchó un disparo de arma de fuego que provenía de afuera, e inmediatamente el imputado B. C. ingresó al domicilio de las víctimas con un arma de fuego en su mano.

En efecto, sostiene adecuadamente que no existe ninguna otra hipótesis alternativa, que permita pensar que el disparo de arma de fuego obedeció a la conducta de otra persona, y no del imputado.

Finalmente, debe señalarse que no le corresponde a este Tribunal expedirse sobre los cuestionamientos formulados por la defensa al momento de informar oralmente el recurso de casación, referidos a la calificación legal por la que se condenó a B. C. y a la pena impuesta.

Ello en tanto aparece evidente la extemporaneidad del planteo, atento a que no fue oportunamente introducido al momento de interponer el recurso de casación. Sin perjuicio de ello, tal como lo expresó el Fiscal Adjunto en la audiencia oral, se advierte –conforme surge del soporte audiovisual respectivo– que el sentenciante explicó y fundó correctamente la calificación legal, como así también la pena por la que condenó al imputado.

En cuanto a la calificación legal de robo agravado por el uso de arma cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada, debo remitirme a lo referido anteriormente. Con respecto a las amenazas coactivas, estimo que el sentenciante dio suficientes razones para establecer esa calificación legal, al manifestar que la conducta de B. C. consistió en apuntar a las víctimas con un arma de fuego y realizar de manera coactiva expresiones amenazantes.

Además, el a quo aclaró que, más allá que no hubo una expresa amenaza de muerte, el hecho de apuntar con un arma de fuego, de por sí, implicaba amenaza.

Asimismo considero que el sentenciante fundó en forma razonada que el daño en la camioneta Renault, modelo ..., fue realizado por el imputado al disparar un arma de fuego.

Ello surge del informe de Policía Científica según el cual el orificio en el zócalo de la puerta del conductor del vehículo fue producido por un arma de fuego. Por tal motivo, tampoco respecto de este hecho el recurso puede prosperar.

Por último, respecto a la **pena cuestionada**, considero que ésta fue oportunamente valorada por el sentenciante de acuerdo a las pautas de los arts. 40 y 41 del CP.

De tal manera el a quo hizo referencia a la naturaleza violenta de la acción que llevó a cabo; a la peligrosidad con la que actuó, atento a que ingresó al domicilio armado habiendo otras personas en su interior incluido menores de edad; a la extensión del daño causado en la moto y en la camioneta y a la reposición del celular sustraído; a la nocturnidad en la que se produjeron los cuatros hechos; a la calidad de los motivos.

Asimismo tuvo en cuenta que la edad del imputado –30 años– y el grado de instrucción –4° grado de escolaridad primaria– eran suficientes para entender con claridad que la conducta que protagonizó implicaba un grave menosprecio a las normas que rigen la vida social y que de eso se derivan graves consecuencias.

Por último valoró la circunstancia que el hecho fue cometido dos meses después de haber cumplido la totalidad de una pena de 9 años de prisión.

De acuerdo a ello considero que tampoco puede prosperar el recurso de la defensa en relación a este aspecto de la crítica formulada.

Por todo lo expuesto, y en opinión coincidente con la vertida por el Procurador General, debe contestarse de manera negativa la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazarse el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro y Dr. Palermo. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO, adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO, adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuestos por la defensa de C. E. A. B. C.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva federal efectuada.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al Tribunal de origen, a sus efectos. Regístrese. Notifíquese. DR.

OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

7- FARIAS MELLADO. 29-05-20

| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
|----|----------|----|------------|------------|---------|---------|----------|---------|---------|---------|---------|-------------|---|------------|
| - | B | - | ANA | PCE | - | - | A | - | - | - | - | - | - | 474 |

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=376>

Lex: Art. 166 inc. 2°, 3° párrafo, 167 inc. 2° y 54 del CP.

Vox: Robo agravado. Arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse de ningún modo por acreditada. Poblado y banda. Concurso ideal. Reconocimiento en rueda de personas. ADN.

Summa:

El **TPC** condenó al nombrado a la pena de **cinco años de prisión** por considerarlo autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse de ningún modo por acreditada, y robo agravado por su comisión en poblado y en banda, en concurso ideal (arts. 166 inc. 2°, 3° párrafo, 167 inc. 2° y 54 del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1° y 2 CPP).

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 801, pronunciada por el TPC N° 2- 1° CJ.

SCJM. Dres.: **Palermo.** Adaro. Valerio.

Fallo.

CUIJ: 13-04959054-1/1((018602-60721)) FC/ FARIAS MELLADO JORGE GABRIEL P/ ROBO AGRAVADO (60721) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105128756*

En Mendoza, a los veintinueve días del mes de mayo del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-4959054-1/1 caratulada "F. c/ FARÍAS MELLADO, JORGE GABRIEL P/ ROBO AGRAVADO (60.721) S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación, quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, Dr. OMAR A. PALERMO, segundo Dr. MARIO D. ADARO y tercero Dr. JOSÉ V. VALERIO.

La defensa particular de Jorge Gabriel Farías Mellado formula recurso de casación contra la sentencia n° 801 pronunciada por el Segundo Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial, por cuanto condenó a su representado a la pena de cinco años de prisión, accesorias legales y costas, por considerarlo autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse de ningún modo por acreditada, y robo agravado por su comisión en poblado y en banda, en concurso ideal (arts. 166 inc. 2° 3° párrafo, 167 inc. 2° y 54 del CP) que se le atribuye en los autos n° 60.721/18.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO:

1.- Sentencia recurrida

En lo pertinente para la resolución del recurso, la sentencia impugnada condenó al acusado por considerar acreditado que «el día 30 de julio del año 2018, aproximadamente a las 12 horas, en oportunidad en que Oscar Gustavo López Tejada circulaba en su camioneta marca Ford Ranger por el carril Rodríguez Peña en dirección al Oeste, a la altura aproximada del número 4447, fue colisionado por un rodado Citroën Picasso blanco [conducido por Jorge Gabriel Farías Mellado] logrando su detención. En ese momento, un sujeto N.N. detuvo su vehículo marca Volkswagen Up de color azul y del lugar del acompañante descendió otro sujeto N.N. y tras amenazarlo con un arma de fuego, le sustrajo los elementos señalados por la requisitoria de elevación a juicio. Se tiene por aceptado y probado también, que la sustracción se produce con el acuerdo de voluntades en un plan común y división de tareas de tres personas o más, según se detalla y que los vehículos que intervienen son los que posteriormente se secuestran y analizan científicamente» - fs. 765-.

Para arribar a tal conclusión, el juez tomó en consideración principalmente las declaraciones testimoniales de Daniel González, Darío Chaves, Oscar López Tejada, Raúl Alberto Sarzar, Sergio Daniel De Luca, Melisa Manrique, José Luis Arce Oro, Walter Martín Barrera, Rosa Olmedo, María del Carmen Morales, José Alberto Gerardi, Marcos Antonio Quiroga, Silvana Juárez, Ramón Ángel Godoy, Esteban Federici y Juan Gabriel Nieto; así como la huella dactilar recolectada por personal de Policía Científica en el vehículo Volkswagen Up que participó en el hecho, y el perfil genético existente en una colilla de cigarrillo encontrada dentro de ese automóvil. La sentencia, asimismo, absolvió al acusado por el beneficio de la duda por el delito de encubrimiento simple que se le atribuía en los autos n° P-17.453/19.

2.- Recurso de casación

La defensa funda su impugnación en ambos incisos del art. 474 del CPP, por considerar que la misma adolece de vicios in iudicando e in procedendo.

Al concretar agravios cuestiona la valoración probatoria efectuada en la sentencia, que considera manifiestamente arbitraria. Afirma que el juez omitió explicar las ostensibles contradicciones entre las declaraciones de los testigos que invocó para alcanzar certeza; que no desvirtuó con prueba objetiva la declaración de su defendido; y que se valoró erróneamente el informe de Policía Científica de una huella dactilar que ubica a su defendido en el Volkswagen Up involucrado, así como del perfil genético encontrado en una colilla de cigarrillo en ese vehículo.

Además, cuestiona el valor probatorio del reconocimiento en rueda de personas que efectuó la víctima, pues en primer lugar reconoció como uno de los autores del hecho a un sujeto no involucrado en el suceso, primo del acusado.

Además, cuando sindicó al acusado como el sujeto que conducía el vehículo Citroën, manifestó no estar seguro, sino que era el más parecido al que recordaba. Respecto del testimonio de González Jofré, quien declaró ver cuando abandonaban el Citroën, la descripción del sujeto que dijo ver bajar de ese auto -un individuo alto, de más de 1.75 m. y delgado- no se condice con Farías Mellado, que no es alto ni delgado. El magistrado desvirtuó esa prueba de descargo en la suposición de que los autores del robo podían haber cambiado sus roles primarios.

Sobre la ausencia de huellas del acusado en ese vehículo, el juez afirmó que podía haber empleado guantes -circunstancia no referida por los testigos-, sin considerar que ambos vehículos fueron abandonados a escasa distancia del lugar del hecho y a muy corta distancia entre sí, por lo que la lógica indica que, de haber limpiado huellas en un auto, también debieron hacerlo en el otro.

Según la defensa, la única prueba de cargo que da sustento a la condena impuesta es la impronta dactilar rescatada por Policía Científica del interior del vehículo Citroën y el ADN en la colilla de cigarrillo en ese auto.

Farías Mellado dio, en su declaración indagatoria, una explicación detallada de las condiciones de tiempo, modo y lugar en la que las mismas fueron producidas: vive en un barrio conflictivo, donde la circulación de vehículos robados es asidua, y es muy probable que haya estado en el interior de uno de ellos. También explicó dónde estaba cuando ocurrieron los hechos -en el registro civil del Hospital Lagomaggiore-, circunstancia avalada -a criterio de la defensa- por los testigos Silvana Suárez y Ramón Ángel Godoy.

Efectúa reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

En oportunidad de contestar la vista de ley, el Procurador General considera que corresponde admitir formalmente la impugnación, aunque considera que debe ser rechazada en el fondo.

Explica que la estrategia defensiva consiste en separar los elementos de cargo reunidos para restarles valor convictivo, pero que -sin perjuicio de ello- la sentencia aparece debidamente fundada pues el tribunal analizó razonadamente, y en conjunto, las pruebas e indicios colectados.

Surge de manera clara, a su entender, que el juez contó con los elementos necesarios para lograr la certeza requerida en ese estadio procesal. Explica que el juzgador tomó en consideración el reconocimiento que efectuó la víctima en rueda de personas, el hallazgo de la huella dactilar en el interior de uno de los rodados involucrados en el hecho y la huella genética en un residuo de cigarrillo también ubicado en ese vehículo.

Por su parte, señala que la víctima resultó creíble y coherente en su relato, sin advertirse animosidad contra el acusado. Si bien no existió un señalamiento contundente en el reconocimiento, la víctima colocó a Farías Mellado en el lugar del hecho, dejando en claro durante el debate que era quien conducía el vehículo. Por ello, entiende que las consideraciones que efectúa la defensa no constituyen otra cosa que un mero intento defensivo.

Por lo expuesto, a criterio del Procurador General la valoración probatoria efectuada por el juez no fue antojadiza ni arbitraria, sino que se basó en prueba e indicios objetivos.

De acuerdo a ello los agravios defensivos solamente reflejan la disconformidad de esa parte en el ejercicio legítimo de su cargo.

4.- Audiencia de informe oral

En la audiencia realizada en fecha 26 de mayo del presente la defensa se remitió a los argumentos expresados por escrito y enfatizó los cuestionamientos sobre la valoración probatoria llevada a cabo por el a quo, con especial hincapié en las críticas al mérito de los restos de cigarrillo que vincularon al acusado con el hecho, así como a las declaraciones testimoniales prestadas en autos y al reconocimiento en rueda de personas realizado.

Respecto de esta última prueba, afirmó que el reconocimiento parcial llevado a cabo por la víctima no podía tener fuerza probatoria suficiente para constituirlo como el elemento de cargo fundamental en que apoyar la certeza necesaria para una condena.

También aseveró que su defendido no coincide físicamente con la descripción que realizó el testigo que habría visto al sujeto que huía del lugar del hecho, y destacó la ausencia de huellas dactilares de Farías Mellado en el vehículo. Por último, explicó que la versión de descargo aportada por el acusado contaba con respaldo probatorio que la ratificaba.

A su tiempo, el Fiscal Adjunto se expidió oralmente sobre el recurso y solicitó su rechazo. Explicó que la estrategia defensiva consistió en una fragmentación del material probatorio para, de manera aislada, restarles valor. Sin embargo, el a quo valoró globalmente y de modo integral las piezas de evidencia existentes, lo que le permitió lograr la certeza necesaria para sostener su decisión.

El fiscal analizó la valoración del a quo de las declaraciones de la víctima y del testigo de la huida, el reconocimiento en rueda de personas realizado, el material genético obtenido por personal de policía científica en el vehículo y la huella dactilar en el vidrio, así como el descargo de Farías Mellado.

Del análisis concluyó que el mérito probatorio obrante en la sentencia es suficiente para alcanzar el grado de certeza necesario sobre la participación del acusado en el hecho.

5.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

Puesto en consideración del recurso planteado por la defensa, adelanto que -en base a las razones que expondré- considero que corresponde rechazar el recurso de casación formulado por la defensa del acusado Jorge Gabriel Farías Mellado y, en consecuencia, debe confirmarse la sentencia recurrida y sus fundamentos.

A pesar de que el recurrente invoca la presencia de vicios in iudicando e in procedendo en la sentencia recurrida, la lectura del escrito impugnativo muestra solamente agravios del segundo tipo, relativos a la arbitrariedad de la sentencia.

A criterio del defensor, la decisión luciría injustificada por la presencia de vicios en la valoración probatoria llevada adelante por el juez a quo, a la que califica como violatoria de la sana crítica racional y de las reglas de la psicología, la lógica y la experiencia.

Sin embargo, el estudio de las críticas formuladas por la defensa me convence de que las mismas no consisten en otra cosa que la expresión de una mera disconformidad con la sentencia condenatoria pronunciada por el juez de la instancia anterior -propia del ejercicio de la defensa-.

El recurso carece de la entidad suficiente para conmover los argumentos empleados por el magistrado para arribar al grado de certeza necesaria en esta etapa procesal para condenar al acusado por el delito que se le atribuía.

Analizaré, en el orden que fueron planteadas, cada uno de los cuestionamientos de la defensa.

Contradicciones

a. El recurrente afirma que la sentencia omite explicar las ostensibles contradicciones entre las declaraciones de los testigos que invocó para alcanzar certeza (i); que no desvirtuó con prueba objetiva la declaración de su defendido (ii); y que valoró erróneamente el informe de Policía Científica de una huella dactilar que ubica a su defendido en el Volkswagen Up involucrado, así como del perfil genético encontrado en una colilla de cigarrillo en ese vehículo (iii). El carácter genérico de estas críticas impide cuestionar seriamente el razonamiento del a quo.

Dicho con otras palabras, la defensa ha esquematizado tres motivos de agravio que luego no ha concretado: no ha expuesto cuáles serían las contradicciones «ostensibles» entre las declaraciones de los testigos de cargo, ni ha explicado cómo resulta que la declaración de su imputado no ha sido desvirtuada, ni -por último- justifica por qué se valoraron erróneamente las huellas dactilares y genéticas de Farías Mellado halladas en uno de los autos involucrados en el suceso.

Por otra parte, a estos cuestionamientos abstractos se contraponen una detallada y minuciosa labor de valoración probatoria por parte del a quo. En lo que sigue, me ocuparé de reconstruir el razonamiento del juez sentenciante sobre estos puntos a efectos de descartar la arbitrariedad que propone superficialmente el recurrente. Respecto de las declaraciones testimoniales en las que basó su certeza (i), en los fundamentos de su sentencia el juez brindó motivos por los cuales le daba credibilidad a Daniel González Jofré, el único testigo de cargo -además de la víctima- en que se apoyó.

En este orden, explicó que este sujeto vio que se bajaba una persona alta y flaca de un Citroën Picasso blanco, lo cual nada dice respecto del rol que tomó en el hecho el acusado pues no era irrazonable pensar que, luego del asalto, los intervinientes hubieran modificado sus roles originarios y cambiado de autos antes de abandonarlos.

En relación con la declaración de Farías Mellado (ii), el juez fue claro respecto de que las hipótesis alternativas que planteó la defensa aparecían como remotas y que carecían de explicaciones racionales que las sustentaran.

En efecto, la versión defensiva suponía que: el auto previamente sustraído se encontrara en el barrio del domicilio del acusado; que fuera de algún amigo o conocido; y, que además hubiera estado dentro de ese vehículo sin recordar ni la oportunidad ni quién lo manejaba o usaba. Así, para el a quo la explicación no respetaba las reglas de la lógica y no aparecía como una alternativa racional.

Además, los dichos del acusado no eran sólidos y no permitían su corroboración o evacuación de citas, pues no pudo indicar quién era el amigo que usaba el auto o quiénes podían confirmar su versión. Lo mismo ocurre con la parte de su declaración en la cual el acusado intentó justificar estar, al momento del hecho, en el registro civil del Hospital Lagomaggiore, donde demoraron en atenderlo.

El juez consideró -a mi entender, válidamente- que las disquisiciones en la demora en la atención eran débiles para descartar el peso de los indicios de cargo, pues implicaba cuatro horas de espera: desde las 14.30 hs. en que comenzaba el turno hasta las 18.00 hs., lo cual era irrazonable.

También descartó el apoyo que a la explicación del acusado brindaban los testimonios de Silvana Suárez y Ramón Ángel Godoy, suegra y cuñado de Farías Mellado respectivamente, pues la estrecha relación familiar y de amistad con el acusado relativizaban -desde una perspectiva externa- sus dichos. Además, desde una perspectiva interna explicó que el encuentro entre éstos y el acusado podía haber tenido verídicamente lugar luego de ocurrido el hecho, que habría tenido lugar aproximadamente a las 12.00 horas.

Por otra parte, en cuanto a las huellas dactilares y perfil genético que, a juicio de la defensa, el a quo habría valorado erróneamente (iii), cabe señalar que el magistrado explicó que los indicios en cuestión no tenían peso probatorio propio, sino que se adicionaban a la declaración de la víctima y a su reconocimiento, a los que brindaban credibilidad y verosimilitud suficiente. La defensa, al igual que en las críticas antes señaladas, se ha limitado a afirmar que el juicio de valor es erróneo, más no ha brindado razones para sustentar su impugnación.

Reconocimiento en rueda de personas

b.- En un segundo orden la defensa cuestiona el reconocimiento en rueda de personas llevado a cabo por la víctima, por cuanto no fue completamente asertivo respecto de Farías Mellado.

Ahora bien, tampoco esta crítica puede tener acogida favorable en esta instancia, pues el magistrado que intervino en el juicio tomó en consideración la inseguridad del reconociente e la incluyó -a mi entender, de manera correcta- en su razonamiento.

En este sentido, el juez explicó que «no encuentro obstáculo para entender que la percepción de la identidad de Farías haya sido lograda por [la víctima], aun con la existencia de vidrios polarizados en el Citroën Picasso cuya conducción se atribuye al primero. Es que claramente indica la víctima, que ve al conductor del vehículo que lo embiste por el hecho de quedar enfrentados, y es sabido que la polarización no se realiza sobre el parabrisas delantero. [...] Entonces, no parece irrazonable que haya podido percibir los rasgos fisonómicos del conductor del Citroën Picasso aun aceptando que ese auto tenía los vidrios polarizados. [...] También es correcto meritar la circunstancia -destacada por la defensa- de que López haya señalado también (en el acto de reconocimiento) a Alexis Farías, quien aporta una explicación razonable en relación a la falta de participación en el ilícito y que ello, en su caso, relativiza sus dichos. Es que, como bien lo destaca el defensor, si indica a una persona que no estaba en el evento criminal, no tenemos certeza de que el señalado efectivamente estuvo. [...] Ahora bien, aun considerando ese reconocimiento sin la contundencia que definiría -de manera autónomala autoría y concediendo a la defensa que las críticas que formula son acertadas, entiendo que la construcción del suceso y, en particular, la participación del Sr. Farías en el hecho, deben realizarse analizando el resto de la prueba que ha sido producida en el debate. [...] Y en este sentido, se suman como indicios que pesan para afirmar la autoría de Farías, por un lado, su huella dactilar que Policía Científica logra ubicar en el vehículo Volkswagen Up que participa en el presente evento; y por otro, el perfil genético del imputado en la colilla de cigarrillo encontrada dentro de ese vehículo» -fs. 765vta./766-.

De forma tal que, como se observa del segmento transcripto, el juez valoró en contexto el reconocimiento en rueda de personas efectuado por la víctima, y explicó cómo debían considerarse las particularidades del señalamiento realizado.

La crítica defensiva no logra rebatir ese razonamiento, pues se limita a reiterar los argumentos esgrimidos durante el debate y ya considerados en la sentencia impugnada por el a quo.

En efecto, el juez se hizo cargo de las críticas realizadas por la defensa -según la transcripción citada- sin que las objeciones planteadas en esta instancia logren dar cuenta de la valoración efectuada.

Por otra parte, la defensa refiere que la lógica indica que, de haber limpiado huellas en un auto -el Citroën Picasso-, también debieron haberlo hecho en el otro; de forma tal que el argumento del juez según el cual podrían haber limpiado de huellas el primero carece de sustento.

Pues bien, una crítica en tales términos no puede ser acogida en esta instancia porque invoca una lógica que para nada puede ser reconducida a las reglas de la experiencia: que, porque los autores del hecho limpiaron o cuidaron de no dejar huellas en un auto, también lo debieron hacer en el otro.

Infinidad de explicaciones alternativas relacionadas con la mecánica de un robo permiten dudar de esa premisa: que los autores no hayan tenido tiempo para hacerlo; que solamente uno de ellos se haya ocupado de limpiar huellas en un auto y los demás no; que no existiera acuerdo sobre ese punto; que el temor a ser identificados los haya hecho saltar ese procedimiento; etc.

Desde ningún punto de vista puede afirmarse que sea «lógico» el proceder propuesto por la defensa, aunque ex post facto aparezca como racional.

Versión de los hechos del acusado

c.- En tercer y último lugar, respecto del cuestionamiento al mérito de la versión de los hechos del acusado vale remitir a lo señalado con anterioridad, a lo que corresponde añadir que el recurrente no ha logrado aportar en esta instancia matices de su teoría del caso que pongan en tela de juicio, seriamente, la valoración probatoria llevada a cabo por el juez.

Conclusión

d.- Como conclusión, el recurso planteado por la defensa se apoya en cuestionamientos al mérito probatorio del a quo que no logran desvirtuar la validez de la sentencia cuestionada, de manera tal que no se verifica en autos la arbitraria fundamentación a la que refiere el recurrente. Por lo tanto, y oído el señor Procurador General, corresponde contestar de manera negativa a la primera cuestión planteada y confirmarse la sentencia censurada por no adolecer de los vicios endilgados ni de arbitrariedad alguna. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro y Dr. Valerio. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los Dres. MARIO D. ADARO y JOSÉ V. VALERIO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los Dres. MARIO D. ADARO y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASI VOTO.

Sobre la misma cuestión, los Dres. MARIO D. ADARO y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia
RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto en autos por la defensa de Jorge Gabriel Farías Mellado.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada. 4.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

8- SANCHEZ ARANDA. 29-05-20

| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
|----|----|----|-------------------------|------------|---------|---------|----------|---------|---------|---------|---------|-------------|---|------------|
| - | - | - | ANA AI | PCE | - | - | A | - | - | - | - | - | - | 474 |

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=380>

Lex: Art. 166 inc. 2°, 3° párrafo, 166 inc. 2°, 1° párrafo, 1° supuesto y 54 del CP.

Vox: Robo agravado. Arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse de ningún modo por acreditada. Concurso ideal. Arma impropia.

Summa:

El **TPC** condenó al nombrado a la pena de **cinco años de prisión** efectiva por considerarlo autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada en concurso ideal con robo agravado por el uso de arma impropia.

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1° y 2 CPP).

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 938, pronunciada por el TPC N° 1- 1° CJ.

SCJM. Dres.: **Palermo.** Valerio. Adaro.

Fallo.

CUIJ: 13-04962373-3/1((018601-30371)) FC/ SANCHEZ ARANDA HUMBERTO LUIS P/ ROBO AGRAVADO (30371) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105132399*

En Mendoza, a los veintinueve días del mes de mayo del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa Nº 13-04962373-3/1 “F. C/ SÁNCHEZ ARANDA HUMBERTO LUIS P/ROBO AGRAVADO P/REC. EXT. CASACIÓN”.

De conformidad con lo decretado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, el DR. OMAR A. PALERMO; segundo, el DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero, el DR. MARIO D. ADARO.

La titular de la XVII Defensoría en lo Penal de Pobres y Ausentes de la Primera Circunscripción Judicial, por la defensa del acusado Humberto Luis Sánchez Aranda, interpone recurso de casación contra la sentencia nº 938 y sus fundamentos, dictados por el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial (fs. 253/259 vta. y fs. 251, respectivamente).

Ello, en tanto se condenó al acusado a la pena de cinco años de prisión efectiva por considerarlo autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada en concurso ideal con robo agravado por el uso de arma impropia que se le atribuye en los autos nº P-30371/19.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

I.- La resolución recurrida

La sentencia mencionada tuvo por acreditada la plataforma fáctica fijada en la pieza de acusación fiscal, que, en lo sustancial, establece que, para fecha del 7 de mayo de 2019, siendo aproximadamente las 22:50 horas, Humberto Luis Sánchez Aranda y un sujeto no habido ni identificado, ingresaron en el domicilio sito en calles Cambiaggi y Milagros, del asentamiento San Agustín –de Colonia Segovia, departamento de Guaymallén– y, previo apuntar uno de ellos con un arma de fuego a Verónica Liliana Cabrera Esquivel, y el otro sujeto apuntar y golpear en la cabeza con la cache de otra arma de fuego a Luis Horacio Lucero Vega, sustrajeron aproximadamente diecinueve mil pesos en efectivo aproximadamente y tres teléfonos celulares, para luego darse a la fuga (ver requerimiento de citación a juicio de fs. 159 y soporte audiovisual del día 16/10/2019).

Para decidir de ese modo el a quo valoró, entre otros elementos, la declaración testimonial de una de las víctimas del hecho, Verónica Cabrera, atribuyéndole un grado de credibilidad rayano a la certeza. Al respecto indicó que, de las actuaciones incorporadas al proceso y de lo actuado en el debate, no surgía una hipótesis alternativa que le hiciera sospechar una actitud maliciosa por parte de la testigo. Además, valoró la calidad de la descripción del suceso investigado, la coincidencia de la descripción morfológica que hiciera la testigo con las características físicas del acusado en el momento de ser aprehendido y el reconocimiento positivo en rueda de reconocimiento de personas (ver soporte del día 16/10/2019).

II.- El recurso de casación de la defensa

La defensa impugna la resolución antes individualizada en razón de lo dispuesto por el art. 474, inc. 2º del CPP de la provincia de Mendoza.

En concreto, por considerar que la resolución carece de fundamentación suficiente y transgrede las reglas de la sana crítica racional.

En este sentido, repasa la valoración probatoria y dogmática con la que el tribunal construyó el juicio de certeza en relación al objeto procesal, así como la justificación de la pena aplicable al caso en concreto, y afirma que no pueden apoyar la condena impuesta.

Al respecto, sostiene que es incomprensible lo manifestado por la víctima del robo investigado, en el sentido de que afirmó que vio «a cara descubierta» al acusado, mientras lo atendía en su negocio, y que luego lo vio colocarse una capucha para perpetrar el delito.

Además, apoya su crítica en el hecho de que el acusado fue detenido en su vivienda habitual, un mes después del hecho, y no fueron hallados ni un arma o ni ninguno de los elementos sustraídos.

Afirma que no existe elemento de prueba del que se desprenda que el acusado es la persona a la que los investigadores identificaron como «Fofito», y que sería el responsable del hecho. Con lo anterior, concluye que el tribunal ha llegado a una conclusión no autorizada por las reglas del razonamiento lógico, toda vez que ha tenido por indubitable el hecho acusado a raíz de ninguna prueba objetiva. Formula reserva del caso federal.

III.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General, tras evaluar la procedencia formal del recurso incoado por la defensa del acusado, advierte que debe ser rechazado sustancialmente. Al respecto, repasa cada uno de los agravios esbozados por la defensa y los controvierte con la actuación del tribunal de juicio, tras lo que logra concluir que el acto de sentencia carece de vicios de arbitrariedad y que la valoración de los elementos de prueba se ha efectuado bajo las reglas de la sana crítica racional.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante

Puestos en consideración los motivos de agravio invocados por la parte recurrente, adelanto mi posición en el sentido que corresponde rechazar la presentación recursiva y, en consecuencia, debe confirmarse la sentencia cuestionada.

La compulsa de las actuaciones acompañadas en esta causa indica que el recurso de casación presentado implica, esencialmente, una reedición de los alegatos ensayados por la defensa en la audiencia de debate oral, pero sin rebatir, en relación a ellos, la argumentación del tribunal de instancia previa.

En concreto, la parte recurrente intenta, tal como en aquella ocasión, desvirtuar el grado de convencimiento que le ha merecido al tribunal de juicio, la declaración testimonial de una de las víctimas. Ello se ha basado, fundamentalmente, en el hecho de que, tal como lo ha relatado la denunciante, el acusado mostró su rostro antes de cometer el robo y, luego, en el inicio de la ejecución del mismo, lo cubrió. De acuerdo con lo dicho por la recurrente, esto es incomprensible desde un punto de vista lógico. Además, reedita para su valoración, como un elemento de descargo, la circunstancia de que no se hallara en el domicilio del acusado arma alguna o alguno de los elementos sustraídos (ver alegatos, en el soporte audiovisual correspondiente al día 16/10/2019).

Estas ideas, nuevamente invocadas en esta instancia, no constituyen argumentos suficientes para demostrar el agravio que ha sido invocado, es decir, que el tribunal ha razonado de un modo ilógico y que, por ello, la resolución condenatoria es arbitraria.

Ello, puesto que no se explica de qué modo la sentencia cuestionada se apoya sobre premisas ilógicas. Contrariamente a lo sugerido por la defensa, la compulsión del soporte audiovisual acompañado indica que el tribunal ha llegado a la certeza condenatoria de una manera adecuada.

Respecto del testimonio de Verónica Cabrera, denunciante y víctima del hecho, el a quo no sólo corroboró la credibilidad interna del relato –al señalar que no advertía motivos para pensar en una intervención maliciosa de la misma–, sino también la credibilidad externa del mismo, toda vez que comparó las características morfológicas del acusado con la descripción que hiciera la denunciante.

En este sentido, valoró como un elemento fundamental el resultado positivo del acto de reconocimiento en rueda de personas (fs. 130), y tuvo en consideración, de un modo indiciario, el informe de investigación preliminar acompañado por los funcionarios policiales, en cuyo marco quedaban descriptos los posibles autores, el vínculo entre los mismos, y el móvil que los habría impulsado a cometer el hecho (fs. 22/25).

Todos estos elementos, con los que el tribunal de sentencia obtuvo certeza sobre la participación del acusado en el suceso, no encuentran en las actuaciones acompañadas, ni en las consideraciones críticas de la defensa, punto de contradicción capaz de empobrecerlos como elementos de cargo.

Por lo demás, la alusión defensiva a la falta de hallazgo en el domicilio de Sánchez de algún elemento vinculado al hecho –ya sea un arma o alguno de los elementos sustraídos–, no tiene la fuerza suficiente para controvertir la certeza condenatoria.

Ello, pues presupone una hipótesis fáctica que no ha sido presentada y controvertida por las partes, esta es, que el acusado actuó solo y que durante todo un mes usó su vivienda como lugar para guardar los elementos robados o el arma utilizada.

Finalmente, entiendo que tampoco contiene poder para desvirtuar la sentencia controvertida la crítica que sostiene que no existe elemento de prueba, por fuera del informe de la fuerza investigativa, que identifique al acusado con el sujeto señalado como uno de los responsables del hecho e identificado como «Fofito».

Básicamente, porque el tribunal de sentencia halló en otros elementos de cargo la base suficiente para convencerse de la responsabilidad del acusado, como el acto positivo de reconocimiento en rueda de personas y la similitud entre las características físicas del acusado y la descripción de la denunciante.

En definitiva, por estimar que la sentencia criticada y los fundamentos que la sustentan, no contienen vicios de ilogicidad que habilitarían su calificación como un acto arbitrario, entiendo que debe contestarse de manera negativa la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio y Dr. Adaro. Adhieren.

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO y MARIO D. ADARO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de la cuestión anterior, no corresponde pronunciarse sobre la segunda cuestión propuesta. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Atento al mérito que resulta del acuerdo precedente esta Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia, fallando en definitiva, RESUELVE:

1.- No hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 253/259 vta. por la defensa de Humberto Luis Sánchez Aranda y, en consecuencia, confirmar la sentencia n° 938 y sus fundamentos, originarios del Primer Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial.

2.- Tener presente la reserva del caso federal.

3.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

9- VILLALOBOS RAMOS. 09-06-20.

| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
|----|----|----|------|--------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|-------------|---|-----|
| - | - | - | AI | PCE | - | - | A | - | - | - | - | - | N | 474 |

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=366>

Lex: Art. 166 inc. 2°, 1° párrafo, 1° supuesto, 162 del CP.

Vox: Robo agravado. Arma impropia. Hurto simple. Calificación legal. Nulidad. Última palabra al imputado. Derecho de defensa.

Summa:

El JPC condenó al nombrado a la pena de **seis años de prisión** de cumplimiento efectivo y pago de costas como autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma (arts. 166 inc. 2°, primer párrafo, primer supuesto del Código Penal).

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1° y 2 CPP).

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** resolvió admitir parcialmente el recurso de casación interpuestos por la defensa, y en consecuencia, casar la sentencia modificando el resolutivo, el que quedará redactado de la siguiente forma: «1°-Condenar a Ayrton Kevin Villalobos Ramos como autor penalmente responsable del delito de **hurto simple** (art. 162 del CP)». Remitió las actuaciones al JPC a fin de que la OGAP siga el trámite de ley conforme al resultado aquí arribado y a los fines de la imposición de pena conforme la calificación legal modificada.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 3771, pronunciada por el JPC N° 1- 1° CJ.

Precedentes citados

a-CSJN

- Acosta. 04-05-2000.

SCJM. Dres.: **Valerio.** Adaro. Palermo.

Fallo.

CUIJ: 13-04879756-8/1((018501-31233)) FC/ VILLALOBOS RAMOS AYRTON KEVIN P/ ROBO CON ARMA O EN DESPOBLADO Y EN BANDA (31233) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104963967*

En Mendoza, a los nueve días del mes de junio del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04879756-8/1, caratulada "F. C/ VILLALOBOS RAMOS, AYRTON KEVIN P/ ROBO CON ARMA O EN DESPOBLADO Y EN BANDA S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. MARIO D. ADARO, y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

La defensa de Ayrton Kevin Villalobos Ramos interpone recurso de casación (fs. 138/152) contra la sentencia N° 3.771 (fs. 136/137) y sus fundamentos, mediante la cual se lo condenó a la pena de seis años de prisión de cumplimiento efectivo y pago de costas como autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma (arts. 166 inc. 2°, primer párrafo, primer supuesto del Código Penal), en la causa N° P-31233/19.

El pronunciamiento fue dictado por el Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial, actuando en Sala Unipersonal.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

El sentenciante consideró acreditado los hechos del requerimiento de elevación a juicio, «[e]l 15 de Mayo de 2019, aproximadamente a las 13:30 horas, en calle Mitre y Ferrari de San José, Guaymallén, Ayrton Kevin Villalobos Ramos sustrajo una tenaza marca Biassoni A3 de color plateada con mango rojo de aproximadamente 30 cm de largo, una cinta amarilla de 25 metros marca Evelt y se retiró del lugar.

Posteriormente, aproximadamente diez minutos después, al advertir las víctimas la sustracción, salieron en procura del imputado dándole alcance frente a una verdulería a trescientos metros del lugar del hecho, ubicada en calle Rafael Obligado 1846 de San José, Guaymallén, en donde Ayrton Kevin Villalobos Ramos para procurar su impunidad ingresó tomó un cuchillo con mango de color negro de aproximadamente 30 cm de largo y amenazó a las víctimas. Inmediatamente después arribó al lugar personal policial que aprehendieron al imputado y se secuestró la tenaza sustraída». Para así decidir el sentenciante valoró, entre los elementos más importantes: las declaraciones testimoniales de Gustavo Baldez, Zenón Tafur Jara, Cristián Escudero, Wilson Aramayo y, de personal policial que se hizo presente en el lugar del hecho –Gilda Robles y Fabián Mingues–.

2.- Recurso de casación

La defensa promueve su impugnación sustentada en las disposiciones de los incs. 1 y 2 del art. 474 del CPP. Solicita que el Tribunal Superior declare la nulidad de la sentencia recurrida en caso de corresponder o resuelva el caso de acuerdo con la ley y doctrina aplicables. La recurrente comienza con el tratamiento de los vicios in procedendo, para luego explicar cómo ello repercute en la errónea aplicación de la ley de fondo, es decir los vicios in iudicando.

a.- Vicios in procedendo

a.1.- Como primer motivo de agravio, plantea la nulidad absoluta del debate –y por ende de la sentencia– en razón de haberse violado garantías de raigambre constitucional, tales como el debido proceso y la defensa en juicio, por no haberse dado la última palabra al imputado, tal como lo indica la ley y la Constitución Nacional. Alega que ésta situación debió surgir por parte del Juzgador luego de que las partes finalicen sus alegatos, y antes del dictado de la sentencia. Sostiene que se trata de una nulidad absoluta atento a que no se cumplió con la forma de los actos procesales exigida por la ley procesal.

Estima que se encuentra violado el inc. 3 del art. 198 del CPP, atento a que el imputado, al momento de concluir el debate, tenía derecho a pronunciarse y ejercer así el derecho de defensa material que le corresponde, el que no debe confundirse con la defensa técnica que ejerce el defensor. Es decir, se vio privado de un derecho fundamental como es pronunciar sus últimas palabras en el debate.

a.2.- Como segundo punto de agravio, sostiene que la sentencia contiene vicios que la invalidan, tales como la falta de motivación, aparente fundamentación y arbitrariedad, que derivan de la incorrecta apreciación de la eficacia conviccional de la prueba.

Al respecto, considera que no hay concordancia en ciertos aspectos medulares en los relatos brindados por quienes declararon en la audiencia de debate, como por ejemplo, que el delito que pretende probado el Juez comienza en una obra de construcción y se consuma en la verdulería de Zenón Tafur, como así también la utilización o no del arma para lograr la impunidad. Argumenta que los testigos manifestaron lo siguiente: Gustavo Baldez –obrero– no sabe si el sujeto quiso o no agarrar el cuchillo; Zenón Tafur Jara –propietario de la verdulería– el chico quiso agarrar el cuchillo pero él se lo quitó inmediatamente, no hizo nada ni realizó manifestación alguna a nadie; Cristian Escudero –obrero– el verdulero le agarró la mano al sujeto y éste dejó el cuchillo, no hubo forcejeo; Gilda Robles –oficial– cuando llegaron al lugar el sujeto estaba forcejeando con el cuchillo, luego expresa que todo se lo contó el verdulero y los operarios; Fabián Mingues –oficial– el verdulero le dijo que el sujeto se apoderó del cuchillo y que había querido atentar contra los operarios; Wilson Aramayo –encargado de la obra– vio que el sujeto agarró un cuchillo y forcejeaban.

Al respecto, considera que el testimonio de Aramayo se encuentra en contradicción con el resto del plexo probatorio, atento a que menciona datos jamás expuestos por el resto de las personas que declararon, especialmente por los operarios, que remarcaron que nunca fueron amenazados por el sujeto y que no existió forcejeo entre ellos y el imputado, ni amenazas con un arma blanca.

Asimismo, hacer referencia que de los testimonios de las víctimas surge claramente que el imputado no utilizó, en ningún sentido, el cuchillo del verdulero, es decir, no lo esgrimió, ni lo blandió, ni amenazó con él a nadie, ni mucho menos forcejeo. En efecto, sostiene que de los testimonios no surge la existencia de un robo agravado por un cuchillo, que comenzó en la obra en construcción y que terminó en la verdulería, tal como lo afirma el a quo. Al respecto, estima que se trata de dos espacios temporales y físicos diferentes que de ningún modo pueden enlazarse. Considera que no cabe la posibilidad de entender, jurídica y fácticamente, que se trató de un robo agravado por el uso de un cuchillo en el que el imputado, previo sustraer la tenaza de la obra, blandió el arma blanca y forcejeó con las víctimas para pretender lograr su impunidad, como lo afirma el juez.

Entiende que es imposible tener por probado el robo agravado por el uso de arma, atento a la distancia entre el lugar del hecho y el lugar de aprehensión del imputado (300 metros) y por el prolongado lapso de tiempo que transcurrió. Por último, sostiene que la duda sobre la existencia de la utilización del arma

blanca, debería haber operado en beneficio de Villalobos por aplicación del principio in dubio pro reo (art. 2 del CPP).

b.- Vicios in iudicando

Sostiene que los vicios in procedendo conllevan a que el a quo aplique erróneamente la ley sustantiva. Argumenta que el tribunal sentenciante calificó erróneamente el hecho como robo agravado por el uso de arma blanca, siendo que a su entender la calificación correcta es la de hurto simple. Al respecto, alega que Villalobos no utilizó ningún tipo de arma para lograr sustraer los bienes a las víctimas. Por último, sostiene que el imputado sustrajo sin fuerza en las cosas, ni violencia en las personas, una tenaza de la obra en construcción y se fue habiendo consumado el delito de hurto. Hace reserva del caso federal.

3.- Dictamen del Fiscal Adjunto

El Fiscal Adjunto en lo Penal de la Procuración General considera que corresponde no hacer lugar al recurso de casación analizado, convalidando en su totalidad la sentencia impugnada.

Con respecto al agravio referido a que no se le dio la última palabra al imputado, considera que debe ser rechazado atento a que, según su entender, no se observa vulneración alguna a su derecho de defensa.

Asimismo, estima que el sentenciante arribó a la certeza requerida para condenar incluyendo la utilización de un arma blanca en el hecho.

Por último, sostiene que de ninguna manera puede sostenerse que la sentencia cuestionada está contradictoriamente motivada, o que su motivación sea ilógica, falsa o arbitraria, por lo que el planteo defensivo es infundado y no debe prosperar.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Puesto a resolver el recurso de casación formulado considero que, por los motivos que a continuación se exponen, corresponde hacer lugar parcialmente a la impugnación.

En primer lugar, respecto al agravio dirigido a solicitar la nulidad absoluta del debate –y por ende de la sentencia– por **no haberse dado la última palabra al imputado**, considero que no corresponde hacer lugar por no existir una afectación sustancial a su derecho de defensa.

Ello atento a que la normativa procesal consagra un sistema de conminación taxativa, por lo que si no hay una previsión expresa no hay nulidad –art. 197 CPP–.

Es decir, si no se ha previsto la nulidad, ya sea en forma específica o genérica, el vicio o formalidad inobservada carece de entidad como para invalidar el acto.

En relación al caso en análisis, y al planteo de la defensa, debe recordarse que el art. 405 del CPP establece en el penúltimo párrafo que «[e]n último término, el Presidente preguntará al imputado si tiene algo que manifestar y cerrará el debate».

Como se advierte, la norma no prevé la omisión de pregunta con su nulidad. Ahora bien, queda determinar si nos encontramos frente a una conminación genérica de nulidad, concretamente la señalada por la defensa prevista en el inc. 3 del art. 198 del CPP, al haberse inobservado una disposición que hace a la intervención del imputado establecida en la ley, concretamente su derecho de defensa material en juicio, consagrada procesal y constitucionalmente.

Al respecto considero que para que esa omisión acarree como consecuencia la sanción de nulidad se requiere que esa inobservancia implique una afectación del derecho constitucional de tal naturaleza que lo altere sustancialmente.

En el caso concreto, advierto – luego de observar el registro audiovisual de la audiencia de debate– que ni el imputado ni la defensa técnica solicitaron, ante la omisión en que había incurrido el sentenciante, el uso de la palabra de este último.

La defensa oportunamente podría haber planteado su inquietud y exigir el uso de la palabra de su pupilo y no lo hizo, por lo tanto estimo que no existió por parte del juez interviniente una negativa al uso de la palabra.

Este Tribunal ha sostenido en relación a las nulidades que la nulidad no es un fin en sí misma sino que tiene por objeto, atento a su ámbito de funcionamiento (el proceso), preservar, en definitiva, todas las garantías fundamentales de las partes.

Asimismo, es criterio jurisprudencial reiterado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como así también de este Tribunal, que en materia de nulidades debe primar una pauta de interpretación restrictiva y sólo cabe pronunciarse por la anulación de las actuaciones cuando exista un derecho o interés legítimo lesionado, de modo que cause un perjuicio irreparable (entre otros, «Acosta», sentencia de fecha 04/05/2000).

En efecto, la afectación de un derecho o interés legítimo y la provocación de un perjuicio irreparable son razones ineludibles de la **procedencia de la nulidad**» (Fallos 325:1404).

Así las cosas, al considerar que no ha existido afectación al ejercicio del derecho de defensa por parte del acusado, el agravio planteado por la defensa no puede prosperar.

En segundo lugar, estimo que debe hacerse lugar al agravio referido al cuestionamiento de la calificación legal en la que encuadraron los hechos atribuidos al acusado, esto es robo agravado por el uso de arma. Considero que sólo se tiene por acreditado el apoderamiento ilegítimo de los elementos sustraídos en la obra de construcción.

De tal manera, de acuerdo a los hechos acreditados no existe certeza en relación al uso del cuchillo para lograr la impunidad. En efecto, se desprende de la prueba rendida en la causa que el delito comenzó en la obra de construcción y concluyó cuando el imputado fue perdido de vista por las víctimas.

Entiendo que en las presentes actuaciones nos encontramos frente a dos espacios temporales y físicos distintos: por un lado el suceso en el que produjo la sustracción de la tenaza y cinta métrica en la obra de construcción y, por el otro, lo ocurrido en la verdulería.

El juez de la instancia anterior ha conectado esos dos momentos y ha inferido que Villalobos tomó el cuchillo en la verdulería para lograr impunidad en relación a la sustracción de los elementos de la obra.

Al respecto, considero que se encuentra acreditado que el 15 de mayo de 2019, aproximadamente a las 13:30 hs. Ayrton Kevin Villalobos Ramos sustrajo una tenaza y una cinta métrica de la obra de construcción ubicada en calle Mitre y Ferrari de San José, Guaymallén.

La sustracción de los bienes se realizó sin fuerza en las cosas, ni violencia en las personas. Asimismo, debe señalarse que el juez de sentencia afirmó que «[a]proximadamente diez minutos después [de la sustracción], al advertir [esto] las víctimas [...], salieron en procura del imputado dándole alcance frente a una verdulería a trescientos metros del lugar del hecho, en donde para procurar su impunidad ingresó tomó un cuchillo y amenazó a las víctimas».

De la afirmación del sentenciante surge con claridad las dos razones por las cuales entiendo que no corresponde la calificación de robo agravado por el uso de arma. En primer lugar, se encuentra claro que la sustracción quedó consumada, en tanto quedó acreditado que aproximadamente diez minutos después de ocurrido el hecho, al advertir las víctimas la falta de los elementos salieron en busca del acusado, al que dieron alcance en una verdulería.

Este segundo momento no se produjo inmediatamente, es decir sin solución de continuidad, en tanto el acusado fue encontrado frente a la verdulería, donde habría tomado el cuchillo, a 300 mt. del lugar del hecho, por lo que tuvo la posibilidad de disponer de los elementos sustraídos.

Por lo tanto, la violencia ejercida por el acusado durante el segundo momento no es parte del hecho típico previsto por la figura básica del art. 164 del CP. y en consecuencia tampoco del art. 166 inc. 2°, primer párrafo, primer supuesto del CP.

En segundo lugar, a mi modo de ver, el juez no ha fundado en base a la prueba obrante en la causa, ni surge evidente de dichos elementos, la existencia de las amenazas y, eventualmente, la vinculación entre ellas y la sustracción para asignarle a las primeras la finalidad de procura de impunidad por parte de Villalobos.

En efecto, de las declaraciones testimoniales rendidas en la audiencia de debate se extrae que Villalobos tomó el cuchillo pero que el dueño de la verdulería inmediatamente se lo sacó de la mano y que no existieron por parte de aquel, dichos o hechos amenazantes.

Por lo que no se advierte que el acusado esgrimiera o amenazara a los obreros tal como lo sostiene el juez en la sentencia.

Así, en el soporte audiovisual surge que Gustavo Baldez –trabajador de la obra en construcción– ante la pregunta del sentenciante si el acusado tomó o no el cuchillo, expresó que el Villalobos tomó el cuchillo, pero que el verdulero se lo quitó de la mano.

En igual sentido declaró Cristian Escudero –también trabajador de la obra en construcción–.

Por su parte, Zenon Tafur –dueño de la verdulería– afirmó que apenas Villalobos levantó el cuchillo, él se lo sacó de la mano, de modo que los dos habrían tomado el cuchillo al mismo tiempo. Por último, Wilson Aramayo –encargado de la obra– señaló que Villalobos intentó tomar un cuchillo.

Como se advierte, lo único que puede señalarse como acontecido en la verdulería es que cuando Villalobos llegó al lugar tomó un cuchillo pero inmediatamente fue despojado de él por el dueño de la verdulería. Por lo que no se encuentra acreditado el uso del cuchillo por parte del acusado para amedrentar y lograr su impunidad. En todo caso, la duda debe beneficiar al acusado.

En definitiva, considero que sólo se encuentra acreditado en la presente causa el apoderamiento ilegítimo de los elementos sustraídos en la obra de construcción, por lo que esos hechos deben encuadrarse en las previsiones del art. 162 del CP, es decir hurto simple.

En todo caso lo sucedido en la verdulería, es decir la conducta posterior al delito debiera ser considerada por el tribunal al momento de imponer la pena de acuerdo a las pautas previstas por los arts. 40 y 41 del CP..

En conclusión, y oída la opinión del Procurador General, al considerar que existe un defecto en la fundamentación por parte del juez de la instancia anterior respecto de la valoración de los elementos de prueba obrantes en la causa corresponde responder de manera parcialmente afirmativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro y Dr. Palermo. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado de la votación anterior, corresponde hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la defensa de Ayrton Kevin Villalobos Ramos.

De conformidad a ello considero que debe casarse la sentencia en análisis, y modificarse el resolutivo de la sentencia N° 3.771 (fs.136/137), en su punto 1°, el que quedará redactado de la siguiente forma: «1°- Condenar a Ayrton Kevin Villalobos Ramos como autor penalmente responsable del delito de **hurto simple (art. 162 del CP)**». En consecuencia, deberá remitirse las presentes actuaciones al Juzgado Penal Colegiado N° 1 a fin de que la OGAP siga el trámite de ley, conforme al resultado aquí arribado y a los fines de la imposición de pena conforme la calificación legal modificada.

En tal sentido, y resultando la situación análoga a la prevista en el art. 38 de la ley 9106, y por ser esta ley posterior a la ley 6730 –y sus modificaciones– corresponde, en tanto resulte compatible, aplicar el procedimiento previsto en el inc. “b” de la citada norma. **ASÍ VOTO.**

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO, adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Admitir parcialmente el recurso de casación interpuestos por la defensa de Ayrton Kevin Villalobos Ramos. En consecuencia, casar la sentencia N° 3.771, obrantes a fs. 136/137, modificando el resolutivo, el que quedará redactado de la siguiente forma: «1°-Condenar a Ayrton Kevin Villalobos Ramos como autor penalmente responsable del **delito de hurto simple (art. 162 del CP)**».
- 2.- Remitir, en función del resolutivo 1°, las presentes actuaciones al Juzgado Penal Colegiado N° 1 a fin de que la OGAP siga el trámite de ley conforme al resultado aquí arribado y a los fines de la imposición de pena conforme la calificación legal modificada.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

10- SCALIA BALMACEDA. 01-07-20.

| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
|----|----|----|--------------------------|--------|---------|---------|----------|---------|-----------|---------|---------|-------------|---|------------|
| - | - | - | AFA AFG | - | - | - | A | - | CR | - | - | - | - | 474 |

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=359>

Lex: Art. 166 inc. 2°, 2° párrafo; 189 bis, inciso 2°, 4° párrafo; 277 inc. 1°, apartado “c” y 55 del CP.

Vox: Robo agravado. Arma de fuego apta. Portación ilegal. Arma de fuego de guerra. Encubrimiento. Concurso real. Acto jurisdiccional válido. Acta de procedimiento. Firma de testigo de actuación. Nulidad relativa.

Summa:

El **TPC** condenó al nombrado a la pena de **siete años y seis meses de prisión** como autor de los delitos de robo agravado por el uso de arma de fuego habida y apta para el disparo, portación ilegal de arma de guerra y encubrimiento, en tres hechos independientes en concurso real (art. 166 inc. 2°, segundo párrafo; 189 bis, inciso segundo, cuarto párrafo; 277 inc. 1°, apartado C y 55 del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1° y 2 CPP).

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 595, pronunciada por el TPC N° 1- 2° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros.

SCJM. Dres.: **Adaro.** Palermo. Valerio.

Fallo.

CUIJ: 13-04874117-1/1((028601-4199)) FC/ SCALIA BALMACEDA MARCOS EZEQUIEL P/ ROBO AGRAVADO (4199) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104958050*

En Mendoza, el día primero de julio del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N°13-04874117-1/1 caratulada “FC/SCALIA BALMACEDA, MARCOS EZEQUIEL POR ROBO CON ARMA DE FUEGO S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO; segundo, DR. OMAR A. PALERMO, y tercero, DR. JOSÉ V. VALERIO.

La defensa de Marcos Ezequiel Scalia Balmaceda interpone recurso de casación contra la sentencia N° 595 (fs. 251 y vta.) que lo condenó a la pena de siete años y seis meses de prisión como autor de los delitos de robo agravado por el uso de arma de fuego habida y apta para el disparo, portación ilegal de arma de guerra y encubrimiento, en tres hechos independientes en concurso real (art. 166 inc. 2°, segundo párrafo; 189 bis, inciso segundo, cuarto párrafo; 277 inc. 1°, apartado C y 55 del CP); fallo pronunciado por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Segunda Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

El tribunal de juicio ha tenido por acreditado el hecho contenido en la requisitoria de citación a juicio, conforme la cual «[e]l día trece de enero de dos mil diecinueve, minutos antes de las 04:11 hs. [...] [Marcos Ezequiel Scalia Balmaceda] conducía un vehículo marca Audi, dominio LRI-247 y circulaba por calle Alem de la ciudad de San Rafael, Mendoza [,] ello junto a otras dos personas, uno de ellos Marcos Bajbuj. Al llegar a la intersección con la Juan José Paso, Scalia ofuscado con este último le manifestó que descendiera del vehículo, por lo cual [Bajbuj] descendió del vehículo. Seguidamente descendió Scalia quien extrajo de su pelvis un arma de fuego [-una] pistola calibre 9 milímetros- y la apuntó al cuerpo de aquel manifestándole que se fuera o que le iba a dar un tiro, por lo cual la víctima se retiró del lugar caminando en dirección a calle Juan José Paso. Casi inmediatamente [Marcos Scalia] retrocedió en su vehículo y alcanzó a Bajbuj nuevamente y desde la ventanilla del rodado lo llamó a fin de que se acercara, momento este en que nuevamente extrajo su arma de fuego –la cual posteriormente resultó ser una pistola Bersa 9 mm número fabril 17444, cargada con proyectil en recámara y apta para el disparo– y le exigió a aquél que le entregara su celular marca ZTE BLADE y la mochila, la cual tenía en su interior una camisa blanca, una babucha, una billetera, un par de zapatos, entre otros elementos, accionando en ese momento el percutor sin disparar, para luego retirarse del lugar. Minutos después la víctima logró dar aviso a efectivos policiales quienes lograron la aprehensión de Scalia en el interior del minimarket de la estación de servicio YPF de la calle Hipólito Irigoyen y Moreno de la ciudad de San Rafael dejando su vehículo estacionado frente al lugar. Finalmente se requisó el vehículo mencionado logrando el secuestro del arma de fuego antes descripta, la cual se encontraba sobre el asiento del conductor, debajo de un almohadón, hallando además los elementos sustraídos. Asimismo, en fecha y lugar no determinados, pero entre el día

[veintidós] de noviembre del año [dos mil trece] y el día [trece] de enero del [año dos mil diecinueve], [...] [Marcos Ezequiel Saclia Balmaceda] recibió un arma de fuego, tipo pistola, de color negra, marca Bersa, 9mm, número fabril 17444 la cual se encuentra declarada en la base de datos de la ANMAC, a nombre de la policía de Neuquén, presentando pedido de secuestro [...]» (conforme requerimiento de citación a juicio de fs. 182/189).

Para así decidir el tribunal valoró, entre otros elementos probatorios: acta de denuncia de fs. 1/2; informe del CEO de fs. 57/61; acta de procedimiento de fs. 3/5; informe de Policía Científica, Sección Balística de fs. 177/179; informe del RENAR de fs. 69 y las declaraciones testimoniales de la víctima Marcos Bajbuj, de María Joaquina Vílchez y de los efectivos policiales Miriam Giménez y Javier Ibáñez; como también los dichos del imputado Scalia Balmaceda emitidos al formular su descargo.

2.- Recurso de casación

El recurso se articula en función del art. 474, incs. 1 y 2 del CPP, por entender que la resolución cuestionada adolece de vicios formales y sustanciales que la invalidan como tal.

Entre los vicios formales, la defensa del imputado aduce irregularidades en el registro inicialmente practicado en el vehículo del imputado y peticona la **consecuente nulidad del acta de procedimiento** de fs. 3/5.

Ello toda vez, que el funcionario policial actuante no explicó la urgencia o el supuesto riesgo que debía existir para actuar de manera independiente y sin control jurisdiccional; circunstancia que, a criterio de la defensa, importa la inobservancia de los artículos 289 y 284 del CPP.

Explica que en las circunstancias de la aprehensión del imputado, el proceder del personal policial resultó ilegal y arbitrario, toda vez que violentaron la gaveta del automotor para abrirla.

Sostiene que, si bien el procedimiento se habría llevado a cabo en presencia de dos testigos, en el acta que instrumenta la medida ellos fueron individualizados, pero no constan sus firmas, conforme surge de fs. 5 de esos obrados.

En ese orden, también se agravia por entender que el testigo de actuación Franco Raúl Romero no puede ser testigo de nada, toda vez que la requisita se había iniciado sin su presencia y en virtud de que «no vio nada», según manifestó en audiencia de debate.

Por otro lado, refiere que cuando son citados los oficiales de policía a ratificar su actuación, no consta en las actas de fs. 10 y 11 qué es lo que ratifican.

A criterio de la defensa, las irregularidades denunciadas conducen a la violación de normas constitucionales, concretamente el derecho a la intimidad, legalidad y libertad ambulatoria tutelados por los artículos 18 y 19 de la CN.

En lo que respecto a los vicios sustanciales, el impugnante denuncia la errónea aplicación de la ley sustantiva.

En tal sentido, entiende que no surge de los fundamentos del fallo atacado razón suficiente para sostener la decisión de condenar a Scalia por el delito de robo agravado por el uso de arma de fuego. En esa dirección expresa que la valoración probatoria es contraria a la sana crítica racional y la sentencia es contradictoria.

Sostiene que Scalia negó haberle pedido, exigido o sustraído el teléfono celular a Bajbuj, que no tenía ninguna necesidad económica para sustraerle nada, y que este último reconoció en su denuncia de fs. 01 que fue él quien entregó la mochila al imputado para que la revisara y viera que no tenía nada.

En virtud de esas circunstancias, considera que el desapoderamiento ilegítimo –que es uno de los elementos típicos del robo– no se configuró.

Finalmente cuestiona el monto de la sanción impuesta y solicita que se aplique el mínimo de la pena que corresponda para los delitos de encubrimiento y portación de arma de guerra (art. 277 inc. 1° y 189 bis inc. 2°, 4° párrafo del CP).

Formula reserva de caso federal.

3.- Dictamen del Procurador General

A fs. 306/308 el Procurador contesta la vista conferida y se expide por el rechazo del remedio casatorio intentado.

Para así dictaminar entiende que el accionar policial se dio en respuesta a un llamado al 911 por parte de la víctima, inmediatamente después de sufrido el desapoderamiento, dando cuenta de la utilización en el hecho de un arma calibre .9 mm.

En ese marco destaca la legitimidad de la actuación de personal policial, y del procedimiento, configurando la aprehensión del imputado una aprehensión en flagrancia (art. 287 CPP), puesto que el acusado fue sorprendido inmediatamente después de cometido el injusto.

En relación a la calificación legal entiende que corresponde su rechazo pues la petición defensiva carece de asidero, en tanto el plexo probatorio fue apreciado en su conjunto y no en forma aislada como sostiene la defensa, quién hace hincapié en la declaración de su asistido.

Destaca que la res furtiva fue secuestrada en el rodado del encartado, al igual que el arma, siendo conteste esta circunstancia con lo denunciado por la víctima.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante

Por diversos motivos considero que el recurso de casación formulado por la defensa del acusado no puede prosperar. Paso a explicarlo.

De manera inicial entiendo que la motivación de la sentencia es suficiente para su mantenimiento como acto jurisdiccional válido, no adoleciendo de falencias que impliquen su anulación.

Ello a la luz de la reiterada jurisprudencia de esta Sala, en el sentido que tales defectos, para conllevar tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros); lo que en la especie no ocurre.

El defensor cuestiona la legalidad del procedimiento policial al inicio de estas actuaciones pues considera que no existía peligro de fuga, ni urgencia para proceder a la aprehensión y registro del vehículo de Scalia Balmaceda. Señala una serie de irregularidades que, a su criterio, causan una nulidad absoluta del acta de procedimiento y de todos los actos que de ella dependan.

Al respecto cabe afirmar que, según surge de las constancias de la causa, personal policial tomó conocimiento por frecuencia radial que se había producido un hecho ilícito. Así, Marcos Bajbuj alertó de lo ocurrido a los funcionarios policiales y así, a raíz de la intervención policial, se logró identificar al imputado, como también el secuestro de los objetos denunciados como sustraídos.

Ello me permite sostener que por las circunstancias objetivas previas a la realización de la medida cuestionada, resultó razonable y objetivamente justificada la actuación policial, que dio aviso a la ayudante fiscal una vez concluido el procedimiento.

De ese modo, resulta claro que la intervención de los funcionarios policiales se dio en el marco de una notitia criminis que legitimaba su actuación, intervención que dio lugar al secuestro de la mochila sustraída y del celular de la víctima como también del arma Bersa color negro, calibre .9 mm en el interior del rodado.

Es por ello que comparto el dictamen del Procurador cuando sostiene la legitimidad del procedimiento, configurando la aprehensión del imputado una aprehensión en flagrancia –conforme las previsiones del art. 287 del CPP–, habiendo sido Scalia Balmaceda sorprendido inmediatamente después de cometido el injusto.

Es decir, que tal como surge de la propia dinámica de los hechos investigados, según las constancias de la causa, las medidas llevadas a cabo por personal policial en los albores de la investigación se caracterizaron por la urgencia, sin que se advierta vulneración de ningún derecho o garantía que habilitara la declaración de nulidad del acta cuestionada por la defensa.

En cuanto a la falta de especificación de las fojas en las que obran los instrumentos que ratificaron la Oficial Inspectora Miriam Giménez Pedernera (fs. 10) y el Auxiliar Javier Ibáñez Aguilera (fs. 11) –quienes intervinieron en el procedimiento–, entiendo que se trató sólo de un error material sin la trascendencia que pretende el recurrente y cuya subsanación debió solicitar la defensa en la etapa procesal oportuna (art. 201 y 202 del CPP).

Por otro lado y en lo que concierne a la falta de firma de los testigos de actuación en el acta de procedimiento de fs. 3/5, entiendo que el reclamo de la defensa no puede prosperar, pues la nulidad que denuncia no absoluta como él afirma, sino de naturaleza relativa según se ha dicho en forma reiterada (L.S. 416-014, entre otros). Y, siendo así, este tipo de nulidad sólo puede ser opuesta, bajo pena de caducidad, en la oportunidad procesal establecida por el art. 366 CPP –t.o. Ley 9040–, lo que el quejoso no ha efectuado.

Asimismo, corresponde señalar que el impugnante, pudiendo hacerlo, no ha cuestionado la validez de este instrumento público, por lo que da plena fe de la existencia material de los hechos que se documentan como cumplidos ante los funcionarios públicos intervinientes, o que se mencionan como pasados en su presencia (art. 296 del CCC).

A ello cabe agregar que, sin perjuicio de que el impugnante destaque que el testigo de actuación habría referido en audiencia de debate «no haber visto nada», el procedimiento que aquí se cuestiona fue ratificado en esa misma audiencia por la otra testigo de actuación, María Joaquina Vílchez, y por los funcionarios policiales que intervinieron en él, es decir, Miriam Rosa Giménez y Javier Alejandro Ibáñez.

En virtud de esas consideraciones, resulta claro que las falencias denunciadas no ameritan la declaración de nulidad pretendida y, por ello, no pueden prosperar en esta instancia. A idéntica conclusión arribo en relación a los agravios relativos a la calificación legal en que han sido subsumidos los hechos que se le atribuyen al imputado.

A los fines de analizar la petición defensiva, tengo en cuenta que mediante la sentencia impugnada se condenó a Marcos Ezequiel Scalia Balmaceda a la pena de siete años y seis meses de prisión como autor de los delitos de robo agravado por el uso de arma de fuego habida y apta para el disparo, portación ilegal de arma de guerra y encubrimiento en tres hechos independientes, todo ello en concurso real (arts. 166, inc. 2°, segundo párrafo; 189 bis, inciso segundo, cuarto párrafo; 277 inc. 1°, apartado C y 55 del CP).

La defensa cuestiona la fundamentación de la sentencia en orden al delito de robo agravado por el uso de arma habida y apta para el disparo y, en tal sentido, considera que su pupilo sólo debe responder por el delito de encubrimiento y de portación ilegal de arma de guerra (fs. 280 vta.).

Ese reclamo no puede ser acogido pues considero que el juzgador ha valorado los elementos probatorios conforme las reglas de la sana crítica racional para tener por acreditada la plataforma fáctica contenida en el requerimiento de citación a juicio, que fuera calificada del modo que aquí se resiste.

Es que, según entiendo, el reclamo casatorio se sustenta tan sólo en apreciaciones diversas que revelan en última instancia una disconformidad con la valoración del plexo probatorio llevado a cabo por el sentenciante, pero que no alcanzan a conmover el razonamiento desarrollado por el a quo para decidir del modo en que lo hizo.

Ahora bien, en la labor de revisión de la sentencia cuestionada, advierto que el juzgador contó con elementos relevantes y decisivos para tener por acreditado el delito de robo agravado por el uso de arma de fuego apta para el disparo.

En ese sentido, el a quo consideró creíble el relato de la víctima Bajbuj que, a su vez, resultó avalado por el informe del C.E.O. (fs. 57/61), por el procedimiento cuya constancia obra a fs. 3/5 –acta que fue incorporada al debate con expresa conformidad de las partes–, y por las declaraciones testimoniales de Vilchez y de los efectivos actuantes Miriam Rosana Giménez y Javier Alejandro Ibáñez. Dicho esto, encuentro razón al juez de anterior instancia para desatender el descargo formulado por el imputado.

Ello, en cuanto manifestó que el día 13 de enero de 2019 se encontraba alojado en el hotel Tower; que se movilizaba en un Audi A3; que en el interior del rodado tenía una gran cantidad de dinero en efectivo que iba a destinar para adquirir una vivienda en San Rafael; que Nicolás Pulido y Marcos Bajbuj subieron a su vehículo; que Bajbuj iba en el asiento trasero; que advirtió que Bajbuj revisaba sus pertenencias y por eso pensó que le quería robar, por lo que detuvo la marcha del rodado y que le pidió a Bajbuj que descendiera del rodado.

En tal sentido, el acusado negó enfáticamente haberse apoderado de los bienes de la víctima, agregando que no tenía necesidad económica para ello.

Es que, frente al cuadro probatorio cargoso para el imputado, a mi criterio resultó debidamente configurado el tipo penal que la defensa resiste dado que para que se configure el tipo penal, basta con que el autor conozca de la ajenidad de la cosa y la ilegitimidad del apoderamiento.

Estos extremos se encuentran acreditados, por lo que advierto que el agravio de la defensa debe ser descartado en tanto se ha expuesto y construido a partir de una personal valoración de las pruebas que lo conducen a presentar un supuesto fáctico que ha sido debidamente descartado por el tribunal de juicio.

Finalmente, corresponde señalar que la consecuencia práctica del rechazo del agravio precedente me exime de abordar lo relativo al monto de la condena impuesta a Scalia Balmaceda. Ello, en tanto el agravio referido al quantum de la pena se funda en el cambio de calificación sugerido por el impugnante, el que al haber sido rechazado torna abstracto el cuestionamiento de la sanción.

En virtud de las consideraciones expuestas, advierto que los argumentos desarrollados por el sentenciante nada tienen de arbitrarios y resultan suficientes a los efectos del mantenimiento de la sentencia como acto procesal válido. Por tales razones y opinión concordante del señor Procurador General, doy respuesta negativa a la primera cuestión propuesta en el acuerdo que lidero. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo y Dr. Valerio. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Marcos Ezequiel Scalia Balmaceda.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva federal formulada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

11- OROPEL NUÑEZ. 01-07-20.

| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
|----|----------|----|------|------------|---------|---------|----------|---------|---------|---------|---------|-------------|---|--------------------------|
| - | B | - | - | PCC | - | - | A | - | - | - | - | - | - | 474 359 |

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=363>

Lex: Art. 167, inc. 2° CP. Art. 76 Bis y 76 Ter CP. Art. 2, 26, 30, 359, 418, 419 y 429 del CPP.

Vox: Poblado y banda. JAI cuestionado. Consentimiento fiscal. Pena de cumplimiento efectivo. Pena de ejecución condicional. Suspensión de juicio a prueba.

Summa:

El **JPC** condenó al nombrado **a la pena de tres años de prisión en suspenso**, como coautor del delito de robo agravado por ser en poblado y en banda (art. 167 inc. 2° del CP) y como autor del delito de robo simple (art. 164 del CP).

La **Fiscalía** interpone recurso de casación contra los resolutive 3° y 4° de la Sentencia N° 3738 (Art. 474 CPP).

El **Procurador General** mantiene el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 3738, pronunciada por el JPC N° 1- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Campos Rivas
- Roldán Pagano.
- Mopardo Dupox.
- Flores González
- Ferreyra Ordóñez
- Real Pereyra

Doctrina citada.

ALVAREZ GARDIOL, Ariel; "Estructura de una Teoría General del Derecho"; Editorial Fundación para el desarrollo de las Ciencias Jurídicas; Rosario, Santa Fe, Argentina; 2012; p79.

WRÓBLEWSKI, JERZY. "Constitución y teoría general de la interpretación jurídica"; traducción de Arantxa Azurza; civitas S.A.; Madrid; 1985; p. 47

SCJM. Dres.: **Palermo**. Adaro. Valerio (Disidencia).

Fallo.

CUIJ: 13-04879308-2/1((018501-737663)) FC/ OROPEL NUÑEZ MIGUEL ANGEL, BALMACEDA VERDU ABEL FERNANDO, GOMEZ MEDINA CAROLINA DEL CARMEN P/ ROBO AGRAVADO (737663) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104963450*

En Mendoza, el día primero de julio del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa CUIJ n° 13-04879308-2/1 caratulada “F. C/ OROPEL NÚÑEZ, MIGUEL ÁNGEL; BALMACEDA VERDÚ, ABEL FERNANDO Y GÓMEZ MEDINA, CAROLINA DEL CARMEN P/ ROBO AGRAVADO S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. OMAR A. PALERMO, segundo DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero DR. MARIO D. ADARO.

El titular de la Fiscalía de Instrucción n° 12 de la Unidad Fiscal de Robos y Hurtos, Dr. Juan Carlos Alessandra, formula recurso de casación contra los resolutivos 3° y 4° de la Sentencia n° 3.738 dictada por el Primer Juzgado Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial, por cuanto condenó a Miguel Ángel Oropel Núñez a la pena de tres años de prisión en suspenso, como coautor del delito de robo agravado por ser en poblado y en banda (art. 167 inc. 2° del CP) y como autor del delito de robo simple (art. 164 del CP) en los autos n° P-737.663/19 y P-31.017/18 respectivamente.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO:

1.- Sentencia recurrida

En lo que aquí resulta relevante, la decisión impugnada hizo lugar a la aplicación del procedimiento de juicio abreviado solicitada por las partes, revocó la suspensión del juicio a prueba dictada respecto de Miguel Ángel Oropel Núñez en los autos n° P-31.017/18 y lo condenó a la pena de tres años de prisión en suspenso por considerarlo autor penalmente responsable de los delitos de robo agravado por su comisión en poblado y en banda (autos P-737.663/19) y de robo simple (autos P-31.017/18). Asimismo, dispuso la inmediata libertad del condenado.

2.- Recurso de casación

El recurrente explica que la jueza interviniente consideró justo imponer la pena acordada para el acusado en modalidad de ejecución condicional –pese a que el acuerdo era por tres años de prisión en efectivo– en base a la falta de antecedentes penales de Oropel Núñez y a que la pena mínima de los delitos que se le atribuían permitía la aplicación del art. 26 del Código Penal.

Relata que la jueza entendió que existía una confrontación de normas, pues el art. 76 ter quinto párrafo del CP **impide la aplicación de pena en suspenso cuando se revoca la suspensión del juicio a prueba por la comisión de un delito**, mientras que el art. 30 del Código Procesal Penal nada dice al respecto, motivo por el cual –por mandato del art. 2 del CPP– debía aplicarse la interpretación más benigna para el acusado.

Contra esa decisión la Fiscalía plantea dos agravios por considerar que la decisión incurre en vicios in iudicando e in procedendo previstos por el art. 474 incs. 1 y 2 del CPP.

En el primer agravio se queja de que la decisión aplicó erróneamente el art. 76 y los siguientes del CP, que regulan el instituto de la suspensión del juicio a prueba.

En particular, se apartaría del art. 76 ter, párrafo quinto, que dispone que «cuando la realización del juicio fuese determinada por la comisión de un nuevo delito, la pena que se imponga no podrá ser dejada en suspenso», y del art. 76, que expresa que «la suspensión del juicio a prueba se regirá de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes. Ante la falta de regulación total o parcial, se aplicarán las disposiciones de este Título».

A juicio del recurrente, no existe incompatibilidad ni conflicto entre el quinto párrafo del art. 76 ter del CP y el art. 30 del CPP, pues el art. 76 del CP dispone que en materia de suspensión del juicio a prueba aquello que no esté expresamente regulado en las normas procesales debe regirse por la norma nacional, con lo cual el CP rige todos aquellos aspectos no tratados en la ley provincial, como todo lo referido a la pena de inhabilitación, el pago de multa, el tiempo por el cual se otorga la suspensión, las reglas de conducta y los efectos de la revocación.

La norma nacional no se aplica –según el criterio que propone– solamente ante la regulación expresa por parte de la norma procesal local –como el ofrecimiento de reparación a la víctima si no se ha constituido en actor civil–.

Explica que no se trata de aplicar la ley más benigna –como refiere la jueza a quo– sino de interpretar sistemáticamente ambas disposiciones normativas, una de las cuales remite a la legislación procesal en lo expresamente reglado, y mantiene la regulación de lo que hubiera omitido la ley procesal.

En el segundo agravio, el recurrente afirma que los arts. 359 y 418 y ss. del CPP requieren conformidad fiscal para aplicar el procedimiento especial del juicio abreviado inicial, que en el caso el Ministerio Público Fiscal no había prestado con el alcance dado por la jueza, específicamente respecto de la modalidad de la pena aplicada, toda vez que el acuerdo alcanzado con el acusado y su defensa lo fue por tres años de prisión en efectivo, y no en suspenso.

Afirma que la sentencia prescindió del alcance del acuerdo entre las partes, pues la conformidad fiscal alcanzaba única y exclusivamente a la pena de tres años de prisión en efectivo. El tipo de pena, su extensión y su modalidad resultaban fundamentales para el convenio, que se desvirtuó por completo con la modificación de oficio.

Refiere que el Ministerio Público Fiscal, como titular de la acción, prestó su consentimiento bajo ciertas condiciones, por lo que la modificación de esas condiciones por parte de la jueza excedió su función jurisdiccional.

La decisión se basó en una incorrecta interpretación de los alcances de la ley y transgredió el control de legalidad que el órgano jurisdiccional debe hacer para homologar o no el acuerdo. De modo tal que se arrogó facultades propias de las partes. Cita el **precedente «Real Pereyra»**, de este Tribunal, para afirmar que, en caso de no compartir los alcances del acuerdo, la jueza debió rechazar el juicio abreviado.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General mantiene el recurso planteado por el Fiscal de Instrucción y, en oportunidad de contestar la vista de ley, se remitió a los argumentos expresados en la impugnación.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante

Puesto a resolver el recurso formulado por el Fiscal de Instrucción de la Unidad Fiscal de Robos y Hurtos, adelanto que a mi entender corresponde rechazar la impugnación y confirmar la sentencia n° 3.738

pronunciada por el Primer Juzgado Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial, en base a las razones que a continuación se exponen.

a.- De forma preliminar debo destacar que, de la compulsión de los registros audiovisuales que acompañan la presente causa, surge que la jueza de la instancia previa fundamentó la imposición de pena respecto de Oropel Núñez del siguiente modo: «[...] quiero hacer saber a las partes y al imputado Oropel que respecto de la pena, que es la cuarta cuestión, entiendo que el señor Oropel no tiene antecedentes, no tiene condenas anteriores, por lo tanto, dado que la privación de la libertad es la ultima ratio y cuando no hay otras posibilidades, en este caso su situación encuadra dentro del artículo 26 del Código Penal, por lo tanto, más allá de lo que hayan pactado las partes el juez puede modificar el acuerdo siempre y cuando sea en beneficio del imputado. En este sentido, por eso he modificado en lugar de la pena en efectivo, tres años de prisión en suspenso. [...] **Si bien las partes pactaron la pena de tres años de prisión efectiva**, no podemos soslayar que Oropel Núñez no registra antecedentes, esto es, condenas anteriores a las causas en las que hoy es juzgado, y ello debe interpretarse en su favor.

A ello se suma que la pena mínima de los delitos que se le atribuyen en concurso real permite la aplicación del art. 26 del Código Penal.

En este sentido, existe una confrontación de normas respecto de la aplicación de la pena en suspenso, toda vez que el artículo 76 tercero, párrafo quinto, impide la aplicación de la pena en suspenso cuando se revoca la suspensión del juicio a prueba por la comisión de un delito. Frente a esta disposición, el artículo 30 del CPP nada dice al respecto, motivo por el cual ha de aplicarse la interpretación más benigna para el encausado, artículo 2 del CPP. Finalmente, no se ajusta a pautas equitativas: se aplica igual pena a ambos imputados siendo que Balmaceda registra numerosas condenas anteriores y debe ser declarado reincidente. Oropel es un hombre joven» -v. registro audiovisual, min. 06:20 y a 08:23-.

b.- Dicho esto, ingresaré al tratamiento de los dos motivos de agravio manifestados por el Fiscal de Instrucción. Tal como adelanté, ninguno de ellos resulta procedente pues el análisis pormenorizado de los argumentos invocados demuestra solamente su desacuerdo con la decisión de la jueza a quo, aunque no una verdadera oposición debidamente fundada en derecho.

i. En primer lugar, y en relación con el agravio vinculado la existencia de un vicio in iudicando en la decisión, a mi entender la crítica no logra demostrar la existencia de un error en la aplicación del derecho por parte de la jueza.

El representante del Ministerio Público Fiscal afirma que **debió aplicarse el art. 76 del CP**, que remite a los códigos procedimentales procesales para la regulación de la suspensión del juicio a prueba, salvo en aquellos supuestos de falta de regulación total o parcial, en los que rige la regulación del instituto contenida en el CP.

Según su razonamiento, esa norma debió motivar la aplicación de la regla contenida en el art. 76 ter quinto párrafo in fine del CP, según la cual «[c]uando la realización del juicio fuese determinada por la comisión de un nuevo delito, la pena que se imponga no podrá ser dejada en suspenso».

De forma tal que, para la acusación pública, no existe la «confrontación» de normas que invoca la jueza, pues una correcta y sistemática interpretación conduce a la solución que propone. Ahora bien, una crítica planteada en tales términos es insuficiente para conmovir la decisión en cuestión por al menos tres razones. Para comenzar, el recurrente no ha cuestionado la totalidad de los argumentos que empleó la jueza para sostener la solución que propuso –vgr., la incoherencia de acordar la misma pena para ambos acusados, a pesar de su diferente historial delictivo; la juventud de Oropel Núñez; su falta de antecedentes

penales, etc.—. En este sentido, la crítica es incompleta y se ha desentendido precisamente de los motivos que la jueza invocó para explicar la justicia material involucrada en el caso.

Dicho en otras palabras, el cuestionamiento se asienta solamente en la procedencia formal de la solución. Sin embargo, este defecto técnico en la argumentación, en sí mismo, no basta para rechazar la impugnación.

En segundo lugar —y en este punto, el defecto es decisivo—, la crítica falla en la base del razonamiento que propone. Ello en tanto el recurrente parte de la premisa de que la normativa procesal local presenta un caso de «falta de regulación», que activa la regulación subsidiaria del Código Penal, por aplicación del art. 76 de cuerpo normativo.

Este presupuesto no se encuentra libre de polémica. Para sostener tal proposición, el recurrente debió justificar por qué el CPP presenta una omisión de regulación, y que la falta de la cláusula no responde a una diferente voluntad del legislador provincial respecto del nacional.

Puesto en términos claros, el representante del Ministerio Público Fiscal debió exponer los motivos por los que considera que la diferente regulación entre el CP y el CPP puede implicar una falta de regulación que «active» la segunda norma de remisión contenida en el 76 CP.

En todo caso, esto no es un dato obvio pues el legislador no sólo regula mediante normas expresas, sino también mediante omisiones.

Máxime cuando la legislación procesal local es de fecha posterior a la nacional de fondo, por lo que puede presumirse que el legislador provincial, conociendo la regulación nacional, decidió reglar de una manera diferente el instituto.

Un tercer motivo conduce al rechazo del agravio. La jueza a quo entendió, como el fiscal, que el art. 76 ter quinto párrafo del CP era aplicable al caso, pero que se contradice —«confronta»— con el principio según el cual ante la duda debe interpretarse la ley en favor del acusado, dado que la detención es la ratio ultima, como prevé el art. 2 del CPP.

El recurrente, en su impugnación, nada dice sobre este argumento. Por el contrario, se ha limitado a señalar que es erróneo, porque el razonamiento correcto es el que él propone. Rechazar la fundamentación de la decisión sin explicar dónde radica su error, y en su lugar proponer una solución diferente que considera más adecuada, no resulta una argumentación suficiente para rebatir la decisión cuestionada, sino que revela solamente una mera discrepancia con su resolución, basada en el rol procesal que ocupa el recurrente.

ii. En segundo orden, y respecto del **vicio procedimental invocado**, el recurso tampoco puede recibir acogida favorable en esta instancia.

El agravio invocado por el representante del Ministerio Público Fiscal consistiría en que la jueza excedió sus facultades jurisdiccionales de control al imponer una pena en suspenso, en contradicción con la pena en efectivo que habían acordado las partes para solicitar el juicio abreviado.

El argumento no encuentra, a mi entender, sustento normativo alguno. Las normas invocadas por el fiscal son claras respecto de que el juez se encuentra imposibilitado para imponer una pena más gravosa que la acordada, mas no vedan la posibilidad de que imponga una menos gravosa.

De hecho, la norma implícita en el texto de la ley es una autorización para hacerlo. En efecto, el art. 359 último párrafo del CPP expresa que «**No se podrá imponer al imputado una sanción más grave que la solicitada por el Fiscal**», regla que también prevé el art. 420, segundo párrafo, del CPP. El recurrente afirma que, en caso de no estar de acuerdo con la pena solicitada, la jueza debió rechazar el juicio

abreviado y enviar la causa al subrogante legal. Tal interpretación de nuestra ley procesal no es la que ha sostenido esta Sala con anterioridad.

Así, en el **precedente «Campos Rivas»**, este Tribunal afirmó que la aceptación del procedimiento abreviado petitionado por las partes depende del análisis de los requisitos de admisibilidad correspondientes, y que luego de aceptado el juez debe llevar a cabo un examen de las pruebas colectadas para –recién luego– llegar a la solución. Esa solución, incluso, puede ser absolutoria, tal como se sostuvo en el precedente citado y se reafirmó **en «Roldán Pagano»**.

De manera tal que los argumentos formulados por el recurrente en relación a la pretendida existencia de vicios procedimentales no resultan idóneos para conmovir la sentencia pronunciada por el Primer Juzgado Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial.

c.- Por los motivos expuestos, propongo al acuerdo la contestación negativa de la primera cuestión planteada, con el consecuente rechazo del recurso de casación planteado por el Dr. Juan Carlos Alessandra, titular de la Fiscalía de Instrucción n° 12 de la Unidad Fiscal de Robos y Hurtos y la confirmación la sentencia n° 3.738 pronunciada por el Primer Juzgado Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el Dr. MARIO D. ADARO adhiere por sus fundamentos al voto que antecede.

Voto Dr. Valerio. Disidencia.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO, EN DISIDENCIA:

Puesto a resolver la cuestión en tratamiento, adelanto que –por los motivos que en lo sucesivo expondré– me permito disentir con la solución a la que arriban mis distinguidos colegas de Sala. A mi entender asiste razón al representante del Ministerio Público Fiscal cuando afirma que la resolución en crisis ha interpretado erróneamente la ley penal y ha incurrido en un exceso en el ejercicio de las facultades jurisdiccionales de control del acuerdo entre las partes. En lo sucesivo, enumeraré una serie de argumentos en los que me apoyo para arribar a esta conclusión.

1.- En primer lugar, y en punto a **la admisibilidad formal de la impugnación, a mi juicio luce errado exigir al representante del Ministerio Público Fiscal** una argumentación específica para justificar la aplicación de un mandato de la ley, cuando es exigido su cumplimiento expresamente por la Constitución.

Por el contrario, entiendo que cabe hacer lugar al recurso con la sola invocación de la ley, de cuyo texto expreso y su criterio pacífico de aplicación, se ha apartado la jueza sin brindar argumentos.

Así, en la especie era de aplicación el quinto párrafo del art. 76 ter que dispone que «[c]uando la realización del juicio fuese determinada por la comisión de un nuevo delito, la pena que se imponga no podrá ser en suspenso».

Ello, por cuanto en nuestro Código Procesal Penal no se ha regulado en este caso de la suspensión del juicio a prueba. De tal modo, corresponde aplicar el art. 76 bis del CP al disponer: «[a]nte la falta de regulación total o parcial, se aplicarán las disposiciones de este Título».

Con mayor razón cuando el art. 148 de la Constitución de Mendoza determina como deber jurídico de los jueces aplicar siempre la ley. Ello, además de establecer no solo el orden de prelación normativa, sino la supremacía del derecho nacional y federal sobre el local: «[l]os tribunales y jueces deben resolver siempre según la ley, y en el ejercicio de sus funciones procederán aplicando la Constitución, las leyes y tratados nacionales como ley suprema en todos los casos, y la Constitución de la Provincia como ley suprema respecto de las leyes que haya sancionado o sancionare la Legislatura».

Seguidamente, el art. 149 de la Constitución de Mendoza, además de «resolver según la ley», impone que «[l]as sentencias que pronuncien los tribunales y jueces letrados se fundarán en el texto expreso de la ley [...]» y continúa «[...] a falta de ésta, en los principios jurídicos de la legislación vigente en la materia respectiva, [...]» y recién dispone que «[...] y en defecto de éstos, en los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso».

Mandatos constitucionales provinciales en idéntico sentido del previsto en el art. 112 de la CN, que en la sección correspondiente al Poder Judicial señala el deber de «[...] desempeñar sus obligaciones, administrando justicia bien y legalmente, y en conformidad a lo que prescribe la Constitución».

A esta instancia le está vedado, en un caso como en el sub examine, bajo el pretexto de una escasa fundamentación del recurso, confirmar y afianzar una decisión judicial infundada, contraria a expresas directivas constitucionales y legales y autocontradictoria, cuando al resolver expresa: «En este sentido, existe una confrontación de normas respecto de la aplicación de la pena en suspenso, toda vez que el artículo 76 tercero, párrafo quinto, impide la aplicación de la pena en suspenso cuando se revoca la suspensión del juicio a prueba por la comisión de un delito. Frente a esta disposición, el artículo 30 del CPP nada dice al respecto, motivo por el cual ha de aplicarse la interpretación más benigna para el encausado, artículo 2 del CPP».

Se advierte así que su sentido **se aparta manifiesta, injustificada y doblemente del texto de la ley y su criterio pacífico de aplicación** en nuestro medio por los jueces. Se aparta doblemente del sistema jurídico vigente porque, primero lo hace respecto del art. 76 del C.P. que dispone qué norma corresponde aplicar y no la aplica; para luego invocar el art. 2 del CPP como si nos encontráramos ante un caso de interpretación más benigna de las normas (concepción que no comparto, por cuanto la duda es sobre las cuestiones de hecho, como lo dispone el art. 409 del CPP, y de la normas), pero que requeriría describir en qué consiste ese caso de duda (art. 2 CPP) lo que no hace.

Aún más grave es, cuando por sus consecuencias jurídicas esta línea de argumentación cuestionada puede derivar en una gravedad institucional, tanto por aceptarse en abstracto una práctica ilegítima e inconstitucional de los jueces, que se confunde con lo que se conoce como «autoritarismo judicial», como por los resultados contradictorios y absurdos que en concreto se advierten y exponen más adelante.

2.- En segundo lugar, como previo y en relación con el control de legalidad que deben ejercer los jueces por mandato constitucional (art. 112 de la Constitución Nacional y arts. 148 y 149 de la Constitución de Mendoza), considero que éste debe ser necesariamente –como es plenamente conocido en nuestro sistema y cultura jurídica– un control de acuerdo al mandato expreso de la ley, nunca contra legem; salvo cuando en debida forma se hace el control de constitucionalidad y se declara la inconstitucionalidad de la norma contenida en ley y no se aplica al caso. Pero no es éste el supuesto sometido a análisis.

3.- Tal como he sostenido, «...nuestro ordenamiento jurídico vigente que es el texto de la Constitución (“...según la establece la presente Constitución”) y establece el principio normativo constitucional, que se corresponde con el principio normativo convencional (**Convención de Viena**) y con el principio normativo legal (art. 19 de la C.N. y art. 3 de la C. de M.). n consecuencia, nuestro sistema jurídico es normativo, porque está constituido por reglas escritas a través de las cuales debemos comprender su sentido y se den configurar sus teorías (**Alvarez Gardiol, Ariel; “Estructura de una Teoría General del Derecho”; Editorial Fundación para el desarrollo de las Ciencias Jurídicas; Rosario, Santa Fe, Argentina; 2012; p79**)»... como ... «nuestro derecho es un ordenamiento jurídico normativo, jurídicamente sólo es posible y conveniente una interpretación normativa dentro del sistema jurídico vigente, porque tenemos como presupuesto que dicho sistema jurídico es consecuencia de un derecho democrático; es decir, que cuenta

con legitimidad democrática de origen y con legalidad democrática de ejercicio (formal y sustancial, de manera ininterrumpida desde 1983); y como condición, que ese sistema jurídico expresamente establece la supremacía de las normas y la obligación de cumplirlas» (conf. «**Félix, Emir Roberto y ots.**»).

Por ello, respecto de la interpretación de las normas en el sub examine de las reglas sobre suspensión del juicio a prueba, los jueces en el ejercicio de su función deben llevar adelante tal tarea –cuando corresponda– siguiendo las pautas interpretativas del sistema normativo argentino vigente: según la Constitución Nacional, los tratados –especialmente el art. 31 de la Convención de Viena– y las leyes.

Ello, sin perjuicio de la diversidad de criterios u opiniones y discusión sobre la naturaleza «sustancial» o «procesal» como de los alcances del instituto desde su sanción mediante la ley 24.316 (en 1.994) que la incorporó en el derecho argentino. Cuestiones que estimo quedaron definitivamente zanjadas con la sanción de la **ley 27.147** (del 2.015), al disponer el carácter «procesal» del instituto, mientras determinó como ley marco a las normas del Código Penal (art. 59 incs. 5, 6 y 7 y art. 76, del CP).

Lo que, en definitiva, resulta ser la posición más compatible y armónica con la distribución de competencias en la Constitución Nacional entre el Gobierno Federal y los Gobiernos Provinciales; como de una política criminal racional. De tal manera tenemos que, por mandato expreso del art. 76 del CP., se establece la regla general y su excepción. Ello surge claramente al disponer que «[l]a suspensión del juicio a prueba se regirá de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes. Ante la falta de regulación total o parcial, se aplicarán las disposiciones de este Título».

Pauta interpretativa obligatoria

Así, de acuerdo a la pauta interpretativa obligatoria como ley marco del instituto, tenemos que:

1) REGLA GENERAL, las normas que se aplican son en principio las procesales, según corresponda la competencia constitucional para su sanción, federal o local; y

2) EXCEPCIÓN, en caso de falta de regulación «procesal» (federal o local) sea total o parcial (por ausencia, silencio u omisión) se debe aplicar las normas del Código Penal, en forma total o parcial, según sea el caso.

En conclusión, en cuanto al instituto de la suspensión del juicio a prueba en primer lugar corresponde aplicar el Código Procesal Penal de Mendoza, y cuando alguna parte (o cuestión) no esté regulada, debe aplicarse en relación con esa parte el Código Penal. En el núcleo normativo de la cuestión ventilada en autos, tenemos que el Código Procesal Penal de Mendoza al regular la probation establece en el art. 30 las condiciones de procedibilidad, por lo que se debe estar a dicha regulación y no al art. 76 bis del CP.

Ello porque así dispusieron los legisladores en las leyes respectivas (Congreso y Legislatura); pero en cuanto a las distintas normas establecidas en los diversos párrafos del art. 76 ter tenemos que, salvo porque el artículo 31 del CPP remite y amplía lo dispuesto en el primer párrafo, en las demás cuestiones regladas en los restantes párrafos (efectos sobre la acción penal; sobre el conocimiento posterior de circunstancias que modifiquen el cumplimiento de las condiciones; cumplimiento o incumplimiento del plazo y las reglas; juicio por comisión de nuevo delito mientras gozaba del beneficio; condición de plazo para acceder por segunda vez a la suspensión; e imposibilidad de nuevo otorgamiento por incumplimiento de reglas), al no estar regulados en el Código Procesal Penal de Mendoza, corresponde, por disposición del art. 76 del CP y los arts. 148 y 149 de la Constitución de Mendoza, aplicar los párrafos segundo, tercero, cuarto, quinto, sexto y séptimo del art. 76 ter del CP.

En el sub lite, afirmó la a quo que existía «...una confrontación de normas respecto de la aplicación de la pena en suspenso, toda vez que el artículo 76 tercero, párrafo quinto, [del CP] impide la aplicación de la pena en suspenso cuando se revoca la suspensión del juicio a prueba por la comisión de un delito.

Frente a esta disposición, el artículo 30 del CPP nada dice al respecto, motivo por el cual ha de aplicarse la interpretación más benigna para el encausado, artículo 2 del CPP».

Ahora bien, resulta evidente que estamos ante una situación jurídica de falta de regulación «procesal» parcial de la suspensión del juicio a prueba por el Código Procesal Penal de Mendoza (y no como errónea –jurídica y gramaticalmente– denomina la jueza sentenciante de «confrontación de normas»). Entonces, ante la falta de regulación procesal, se impone el deber constitucional (que nace de la supremacía del art. 148 de la Constitución de Mendoza) de seguir lo dispuesto por la norma marco (art. 76 del CP) que dispone que corresponde aplicar lo dispuesto por el Código Penal.

Específicamente, en el caso en estudio, el párrafo quinto del artículo 76 ter del CP que obsta a la aplicación de una pena en forma condicional cuando el juicio (abreviado) se celebra –como en este caso– por la comisión de un delito mientras el acusado cumplía el plazo de una suspensión del juicio a prueba inicial previamente otorgado por otro delito.

Tanto la suspensión del juicio a prueba, como la condena de ejecución condicional, son criterios de oportunidad sancionados como parte de un sistema de progresividad en la sanción punitiva con el objeto –entre otros– de evitar la prisionización de delincuentes primarios que cometen delitos de escasa gravedad, lo que se deriva lógicamente de los requisitos de procedencia de estos institutos: la suspensión del procedimiento o el juicio a prueba se puede otorgar (entre otros requisitos) «[...] cuando sea de aplicación el artículo 26 del Código Penal» (art. 30 CPP) y la condenación condicional puede aplicarse «[e]n los casos de primera condena a pena de prisión que no exceda de tres años [...]» y «[...] fundada, bajo sanción de nulidad, en la personalidad moral del condenado, su actitud posterior al delito, los motivos que lo impulsaron a delinquir, la naturaleza del hecho y las demás circunstancias que demuestren la inconveniencia de aplicar efectivamente la privación de libertad [...]» (conf. art. 26 del CP). En consecuencia, la a quo no podía suspender el cumplimiento de la pena que imponía.

4.- A las razones antedichas se agrega que del lacónico enunciado de su línea interpretativa –contra legem, y por ello contra constitutionem y sin fundamentos– sobre la condición de imposición de pena cuando el juzgamiento lo sea por otro delito mientras gozaba de la suspensión del juicio a prueba, surge una contradicción de aplicación diferente y que al confrontarla con la conclusión a la que arriba, que la torna absurda por sus consecuencias. Veamos.

Así como «[s]in razones suficientes, a términos idénticos, que se utilizan en las reglas legales, no se les debería atribuir significados diferentes» (Wróblewski, Jerzy; **“Constitución y teoría general de la interpretación jurídica”**; traducción de Arantxa Azurza; civitas S.A.; Madrid; 1985; p. 47), tampoco a situaciones jurídicas normativas idénticas se las puede interpretar diferente bidireccionalmente o por distinto método o con otra pauta.

Según el extraño recorrido justificador –y con doble violación del sistema normativo vigente– seguido por la a quo en base a lo que denomina «interpretación más benigna», al disponer la no aplicación del párrafo quinto del art. 76 ter del CP e imponer la condena en forma condicional, colocó jurídicamente al acusado en posición de solicitar nuevamente la SJP por la aplicación del párrafo primero del art. 30 del C.P.P., que solo podía impedir la clausula obstativa prevista en la norma contenida en el párrafo sexto del mismo artículo cuando «[...] el nuevo delito ha sido cometido después de haber transcurrido ocho años a partir de la fecha de expiración del plazo por el cual hubiera sido suspendido el juicio en el proceso anterior [...]», que como se encuentra en idéntica situación jurídica que el quinto párrafo porque no está regulado expresamente de ninguna manera por el CPP de Mendoza la clausula obstativa temporal para acceder nuevamente al instituto y es evidente que resultaba más benigno porque evita la imposición de condena

aunque ella sea en suspenso, y no existe ninguna explicación o razón para aplicar distinto criterio interpretativo a ambos párrafos.

Entonces, al tener idénticas características estructural-normativa ambos párrafos, debe tener el mismo sistema de interpretación por aplicación del principio de igualdad (art. 16 de la C.N. y 7 de la Const. De Mendoza).

Esto demuestra que la interpretación de la jueza no fue adecuada ni consecuente consigo misma: contradictoria. Y absurda por sus consecuencias ya que elimina la progresividad en este aspecto y desvirtúa los fines de la suspensión del juicio a prueba.

5.- Por otra parte, la a quo se ha apartado del criterio pacíficamente empleado por los jueces, mediante una interpretación ajena al estándar de los tribunales que sorprende a ambas partes en la audiencia. Resulta evidente y no requiere ningún esfuerzo explicativo, que las partes realizaron otra interpretación sobre el sentido de las normas contenidas en los artículos de la ley de rito y sustancial, pues habían llegado a un acuerdo que suponía la inteligencia, que ahora invoca el representante del Ministerio Público Fiscal. La jueza, intempestivamente, de oficio y en violación al principio de legalidad, de constitucionalidad y a las facultades de control que le son conferidas a la jurisdicción, además de aplicar erróneamente las normas involucradas, vulneró el sistema acusatorio adversarial que rige en nuestro derecho y la inviolabilidad de la defensa en juicio de la persona y de los derechos previsto como garantía en el artículo 18 de la C.N.

Tal como fue ejercido en autos el mentado control de legalidad, implicó a mi juicio una clara violación del principio de constitucionalidad y legalidad, y con ello el debido proceso, pues –como se señaló antes– la Constitución de la Provincia indica en términos claros el modo en que debe ser llevado a cabo el control. Incumplir aquel mandato no significa solamente incumplir la ley –lo que ocurrió en el caso– sino el principio constitucional que indica cómo aplicar la ley. Además, la jueza ha violado su deber de imparcialidad (sobre los alcances de esta garantía procesal, encuentro pertinente –en honor a la **brevidad**– remitir a los precedentes «Mopardo Dupox», «Flores González» y «Ferreyra Ordóñez» –entre otros– de esta Sala Segunda, en los que me he expedido con mayor profundidad sobre el particular): por una lado, y aunque benefició parcialmente al acusado, tenemos que el art. 359 del CPP le impone al juez de garantías el deber jurídico que al acusado «le hará conocer sus derechos y los alcances del acuerdo logrado» y, con ello, la obligación de hacer conocer previamente su interpretación de la norma en cuestión que modifica el acuerdo de forma tal que el acusado y su defensor estén en condiciones de ejercer eficazmente la defensa, como la posibilidad de poder solicitar nuevamente la suspensión del juicio a prueba, que ut supra expliqué.

Por otra, el Ministerio Público Fiscal -que tiene la obligación de ejercer la acción penal y definir y ejercer la política de persecución penal- acordó en función del texto expreso de la ley y una pacífica jurisprudencia, sin oportunidad de alegar como parte frente a la sorpresiva decisión con una modificación contra legem de la inteligencia de la ley.

6.- Otro tanto debo decir respecto del uso de las facultades de control jurisdiccional llevado a cabo por la jueza en autos. Considero que, cuando se trata de un acuerdo entre las partes, la posibilidad del juez de salir de los márgenes del convenio es excepcional. El juez no puede ingresar en cuestiones que forman parte de las concesiones recíprocas que acusación y defensa llevan adelante para arribar a una resolución consensuada y anticipada.

Es decir, en las cuestiones propias del acuerdo. Por ello el art. 359 del C.P.P. impone el deber jurídico de explicar los derechos al acusado y los alcances del acuerdo, para que el acusado comprenda la situación y

salvo manifiesta arbitrariedad o que las partes las litiguen en la audiencia si el juzgador no coincide con el contenido del acuerdo de juicio abreviado propuesto por las partes, pues debe rechazarlo y enviar a que se realice un debate, con todas las garantías del debido proceso a las partes que prevé nuestro sistema jurídico para la realización del juicio común.

En nuestro sistema acusatorio de corte adversarial después de la sanción de la ley 9.040, es conveniente y de buena práctica procesal que el juez adopte una posición activa pero imparcial en la audiencia de juicio abreviado, que escuche en contradicción a las partes o proponga una re-discusión entre ellas de cuestiones que a su criterio puedan resultar conflictivas o novedosas o no tenidas en cuenta que modifiquen las circunstancias que fueron consideradas para el acuerdo, con mayor razón cuando modificación deriva de la opinión del juzgador que no están obligados a conocer las partes. Lo que está claro, a mi criterio, es que la facultad del juez sin perjuicio de la conducción activa de la audiencia está limitada a un control de legalidad, y que solamente puede rechazar –en todo o en parte– un acuerdo cuando éste es evidentemente contrario a la ley o de manifiesta arbitrariedad. De lo contrario, puede verse fatalmente afectada la garantía imparcialidad como la de imparcialidad del juzgador. Ahora bien, si el juzgador no coincide en la solución a la que arriban las partes puede rechazar la procedencia del juicio abreviado, sin perjuicio de que, cuando no coincida por cuestiones que exceden el control de legalidad, como cuando se trata de la «política criminal y de persecución penal del Ministerio Público Fiscal» cuyo diseño corresponde al Procurador General y el control de ella es de la Legislatura por intermedio de la Comisión Bicameral creada por el **art. 32 de la Ley 6721. incs. 6 y 7 de la Ley 8008** modificada por la ley 8911, también pueda dejar a salvo su criterio. Lo que no tiene habilitado hacer es efectuar variaciones sustanciales del acuerdo.

Este temperamento es concordante con la estructura del juicio abreviado en nuestro sistema acusatorio adversarial. En los casos en los que la causa se resuelve mediante un juicio común, donde en el debate las partes en contradicción acercan los elementos probatorios para brindar al juez la información con la que pueda tomar y ser el responsable de la decisión.

Sin embargo, cuando el asunto se dilucida mediante juicio abreviado, el responsable de las concesiones que realice sobre el ejercicio de la acción pública es directamente el Ministerio Público Fiscal, al igual que lo es la defensa por lo que a ella compete. Ahora bien, en este caso la jueza realizó una interpretación errónea e inconstitucional de la ley y se excedió en el ejercicio de sus facultades jurisdiccionales de control sostuvo al momento de decidir una inteligencia contra legem y contra constitutionem de las normas penales y procesales, en cuyo texto expreso se basaba el acuerdo de juicio abreviado, sorprendiendo al recurrente y violando con ello la intervención del Ministerio Público Fiscal (inc. 2° del art. 198 del C.P.P.), por lo que corresponde declarar la nulidad de la resolución recurrida. Por lo expuesto, considero que corresponde responder de manera afirmativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia, fallando en definitiva se RESUELVE:

1.- Rechazar el recurso de casación planteado por el Dr. Juan Carlos Alessandra, titular de la Fiscalía de Instrucción n° 12 de la Unidad Fiscal de Robos y Hurto, y confirmar la sentencia n° 3.738 pronunciada por el Primer Juzgado Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial.

2.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro (en disidencia)

DR. MARIO D. ADARO Ministro

12- OVIEDO SALAS. 02-07-20.

| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 54 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
|----|----------|----|-------------------|------------|---------|---------|-----------|---------|-----------|---------|---------|-------------|---|------------|
| - | B | - | AI ANA | PCE | - | - | CO | - | CI | - | - | - | - | 474 |

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=361>

Lex: Art. 166 inc. 2°, 1° párrafo, 1° supuesto, 166 inc. 2°, 3° párrafo, 167 inc. 2° y 54 del CP.

Vox: Robo agravado. Arma impropia. Arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudo de ningún modo tenerse por acreditada. Poblado y banda. Concurso ideal. Valoración de la prueba. Reconocimiento en rueda de personas.

Summa:

El **TPC** condenó al nombrado a la pena de **cinco años de prisión** e inhabilitación absoluta por todo el tiempo de la condena, por resultar co-autor del delito de robo agravado por el uso de arma, robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudo de ningún modo tenerse por acreditada y robo agravado por ser en poblado y en banda, todo en concurso ideal (arts. 166 inc. 2° primer supuesto, 166 inc. 2°, 3° párrafo, 167 inc. 2° y 54 del Cód. Penal).

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1° y 2 CPP).

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 723, pronunciada por el TPC N° 1- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros.

SCJM. Dres.: **Valerio**. Adaro. Palermo.

Fallo.

CUIJ: 13-04878636-1/1((018601-58153)) F C/ OVIEDO SALAS FACUNDO ALBERTO, MOGRO JORGE MANUEL Y SHME - MENOR- P/ ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA EN GRADO DE TENTATIVA (58153) (58153/17) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104962722*

En Mendoza, a los dos días del mes de julio del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04878636-1/1 caratulada "F. C/ OVIEDO SALAS, FACUNDO ALBERTO... P/ ROBO... S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. MARIO D. ADARO y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

La defensa de Facundo Alberto Oviedo Salas interpone recurso de casación (fs. 824/826 vta.) contra la sentencia N° 723 en tanto condena al nombrado a la pena de cinco años de prisión e inhabilitación absoluta por todo el tiempo de la condena, por resultar co-autor del delito de robo agravado por el uso de arma, robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudo de ningún modo tenerse por acreditada y robo agravado por ser en poblado y en banda, todo en concurso ideal (arts. 166 inc. 2° primer supuesto, 166 inc. 2°, 3° párrafo, 167 inc. 2° y 54 del Cód. Penal), pronunciamiento dictado por el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- Resolución recurrida

La sentencia establece que el 18 de julio de 2017 aproximadamente a las 2 horas, en calle Zanjón de los Ciruelos del Barrio Sargento Cabral, Las Heras, el imputado recurrente Oviedo Salas, junto al imputado Mogro y a otro sujeto, interceptaron a Leandro Choque. El tercer sujeto le apuntaba a la cabeza con un arma de fuego y Oviedo Salas lo tomó por el cuello y le puso un cuchillo en esa zona manifestándole «sacate todo o te matamos», mientras Mogro le apuntó con un cuchillo en el estómago, a la vez que le sacaban un camperón rojo en la parte superior y negro abajo, una campera verde claro marca Adidas con tres rayas en las mangas de color negro, zapatillas Nike de color blanco con detalles naranja, un teléfono celular, una llave con una correa y una tarjeta Red Bus obligando a la víctima a retirarse del lugar, quedándose con la res furtiva.

2.- Recurso de casación

Se queja el recurrente porque la prueba ha sido arbitrariamente valorada, y no es suficiente para alcanzar el grado de certeza requerido, desde que no fue sometido a reconocimiento en rueda de personas ni identificado por la víctima, sino por su forma de vestir, según surge de la testimonial de la víctima.

Agrega que la policía manifestó que aquella no pudo reconocerlo sino por su ropa, lo que constituye una determinación incierta, habiendo su parte interpuesto una nulidad al reconocimiento de objetos, por estar notificado ilegalmente, desde que no se le hizo conocer la hora y en consecuencia no lo pudo controlar.

Destaca que su pupilo no participó en ese hecho, y que no hay prueba de ello; que el cuchillo que se encontró no fue reconocido por la víctima. Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador opina que el recurso debe ser rechazado, entre otros motivos, porque el imputado fue reconocido espontáneamente por la víctima, y aprehendido en las inmediaciones del lugar del hecho portando la res furtiva, con un cuchillo entre sus prendas.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso de casación debe ser rechazado.

Ello por cuanto la motivación de la sentencia es suficiente a los fines de su mantenimiento como acto jurisdiccional válido, a tenor de la jurisprudencia de este Cuerpo en el sentido que los posibles defectos de la resolución, para conllevar la extrema solución de su nulidad, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (L.S. **186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros**), lo que a la luz de la revisión efectuada, no ocurre.

Así, la inferior tuvo en cuenta la totalidad de las pruebas rendidas, entre ellas, el acta de procedimiento de fs. 7/8, testimonios de la víctima, su hermano y de los policías intervinientes, que coinciden en que al imputado recurrente lo encontraron poco tiempo después del robo, en las cercanías del lugar en que éste se produjo; que fue reconocido espontáneamente desde el móvil policial en el que se trasladaba la víctima junto con su hermano, por la vestimenta que llevaba puesta, lo que generó su inmediata detención.

Dicho señalamiento no fue incierto, como esgrime el censurante, discrepando con el criterio con el que la sentenciante valoró las pruebas, sin brindar adecuadas razones que conduzcan a la revocación de la decisión adoptada, por lo que los agravios formulados de esta forma no pueden ser acogidos, tal como se ha expedido con anterioridad esta Sala (L.S. 400-240, 407-155, entre otros).

Este defecto se evidencia en otros tramos de la queja, por ejemplo, cuando el impugnante asevera que no hay prueba que vincule a su asistido como partícipe en el robo, o bien, que la colectada no fue correctamente analizada (recurso, fs. 824 vta.), extremos carentes de sustento en estas actuaciones, en las que se comprobó que la ponderación de los elementos probatorios ha sido efectuada de conformidad con las reglas de la sana crítica racional, cuyo apartamiento se invocó pero no se pudo demostrar.

Con relación a la vestimenta que llevaba puesta el encausado y motivó el reconocimiento del recurrente, corresponde consignar que era la que le había robado al damnificado, ostentando la campera sustraída características particulares, como apunta la a quo, desechando a la luz del conjunto de las pruebas incorporadas, que se trate de una igual, ya que era roja y negra y tenía la marca –Classic– cosida en una chapita de metal.

A esto se suma que se le encontró entre dicha ropa un cuchillo, que según surge de autos, es el arma que este sujeto usó para llevar a cabo el robo.

Asimismo, el acta de procedimiento de fs. 7/8 no fue objetada en su validez, por lo que da plena fe de la existencia material de los hechos que se documentan como cumplidos ante el funcionario público interviniente, o que se mencionan como pasados en su presencia (L.S. 368- 199, entre otros; art. 296 CCC), justificando la a quo profusa y objetivamente, los motivos por los que los testimonios que concuerdan entre sí y con la prueba instrumental, son creíbles, lo que la lleva a concluir lógicamente en que el encartado recurrente fue encontrado en «...posesión de la res furtivae y de los elementos para cometer el delito, cerca de la escena del robo y a poco tiempo de acontecido el asalto en cuestión» (fundamentos, fs. 817).

El contundente cuadro cargoso reseñado no resulta conmovido por la impugnación presentada, toda vez que la nulidad del reconocimiento de objetos, basada en que esa medida fue notificada sin indicación de hora a la que se produciría, fue planteada y resuelta por la a quo durante el debate, limitándose en esta instancia el letrado a reiterarla, sin rebatir los sólidos argumentos que dio para rechazar la incidencia.

Esto es, que el asistente jurídico de Oviedo Salas no tenía objeciones que formular a la notificación de esa audiencia, pero que no se haría presente en la misma, lo que surge del registro de audio y video (minuto 4:50 y siguientes).

Además, la circunstancia de que no se haya sometido a este encartado a un reconocimiento en rueda de personas, o que no haya sido reconocido el cuchillo marca Tramontina que se le encontró al ser aprehendido, carece de relevancia frente a las probanzas ya referidas.

Por lo tanto, y opinión concordante del señor Procurador General, corresponde confirmar la sentencia cuestionada, por no adolecer de los vicios endilgados ni de arbitrariedad alguna. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro y Dr. Palermo. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DR. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DR. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DR. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Facundo Alberto Oviedo Salas.
- 2.- Tener presente las reservas formuladas.
- 3.- Imponer las costas al imputado recurrente vencido y diferir la regulación de honorarios para su oportunidad.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

13- QUIROGA PERRELLI. 03-07-20

| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 54 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
|----|----|----|-------------------|------------|---------|---------|----------|----------|-----------|---------|---------|-------------|---|------------|
| - | - | - | AI ANA | PCE | - | - | A | R | CI | - | - | - | - | 474 |

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=388>

Lex: Art. 166, inc. 2°, 3° párrafo, 1° supuesto, 54 y 166, inc. 2°, 1° párrafo, 1° supuesto del CP.

Vox: Robo agravado. Arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudo de ningún modo tenerse por acreditada. Concurso ideal. Arma impropia. Reconocimiento negativo en rueda.

Summa:

El **TPC** condenó al nombrado a la pena de **ocho años de prisión** como autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego, cuya aptitud para el disparo no pudo de ningún modo tenerse por acreditada, en concurso ideal con robo agravado por el uso de arma impropia (arts. 166, inc. 2°, 3° párrafo, primer supuesto, 54 y 166, inc. 2°, primer párrafo, primer supuesto del CP) y se lo declaró reincidente

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 del CPP).

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 926, pronunciada por el TPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Sobre concurso aparente de leyes.

- Campos Castro.
- Bullones Baeza.
- Pereira Soria. 04-05-20. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=338>

SCJM. Dres.: **Valerio**. Adaro. Palermo.

Fallo.

CUIJ: 13-05072382-2/1((018602-31783)) FC/ QUIROGA PERRELLI JOSE LUIS P/ ROBO AGRAVADO (31783) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105239102*

En Mendoza, a los tres días del mes de julio del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05072382-2/1 caratulada "F. C/ QUIROGA PERRELLI, JOSÉ LUIS P/ ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO ... S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO; segundo, DR. MARIO D. ADARO y tercero, DR. OMAR A. PALERMO.

La defensa de José Luis Quiroga Perrelli interpone recurso de casación contra la sentencia N° 926, mediante la que se condenó al nombrado a la pena de ocho años de prisión como autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego, cuya aptitud para el disparo no pudo de ningún modo tenerse por acreditada, en concurso ideal con robo agravado por el uso de arma impropia (arts. 166, inc. 2°, 3° párrafo, primer supuesto, 54 y 166, inc. 2°, primer párrafo, primer supuesto del CP) y se lo declaró reincidente.

El pronunciamiento fue dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial en autos N° P-31.783/19.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- La sentencia recurrida

El tribunal impugnado resolvió del modo precedentemente señalado, por considerar acreditado que «[...] para fecha 21 de mayo de 2019, siendo aproximadamente las 22:45 horas en la estación de servicios Servi Lub, sita en calle Mathus Hoyos 7425, de Colonia Segovia, departamento de Guaymallén, [José Luis Quiroga Perrelli] y un sujeto masculino [...] no habido ni identificado; sustrajeron a [Miguel Eduardo Contreras Aguaisol], empleado de la estación de servicios, previo a apuntarlo con un arma de fuego tipo revólver y golpearlo con la cacha de la misma en el labio, tres mil quinientos veinticinco pesos aproximadamente y una botella de 1 litro de aceite marca AMA 20W50; y a [Guillermo Matías Durán Luján], en circunstancias en que éste ingresó al local comercial, lo apuntaron con un arma de fuego, sustra[y]éndole un teléfono celular marca [Sony],[...], de color negro, número de línea 261- 5138404, con el servicio de la empresa [Movistar], con un vidrio templado que se encontraba "comido" en las puntas, una billetera de color marrón, mil doscientos pesos en efectivo, un carnet de conducir a nombre de [Durán], el comprobante del seguro en la compañía [Agro Salta] del rodado marca VW [Gol], dominio KEB-496, la tarjeta verde y la cédula azul a nombre de [Durán] respecto del mismo rodado, y dos notas de entrega correspondientes a un servicio técnico realizado a dos impresoras; dándose a la fuga seguidamente a pie» (fundamentos, fs. 270). Para así decidir, la sentenciante valoró las declaraciones de las víctimas, Miguel Contreras Aguaisol y Guillermo Durán Luján, la del testigo Maturano Cepeda como también los reconocimientos efectuados en rueda de personas, las constancias y fotografías de las cámaras de seguridad analizadas por la División de Delitos Tecnológicos, y los informes realizados por la Unidad Investigativa de Guaymallén. Asimismo, ponderó las declaraciones de los testigos ofrecidos por la

defensa, Walter Ochoa, Ludmila Merlo y Yanina Esquivel, y la versión de los hechos brindada por el acusado en ejercicio de su derecho de defensa material.

2.- El recurso de casación de la defensa de José Luis Quiroga Perrelli

Las recurrentes promueven su impugnación a tenor de lo dispuesto por el art. 475, inc. 2° del CPP por considerar que existen vicios in procedendo en la resolución que cuestionan. Señalan que en la sentencia recurrida se verifica una incorrecta apreciación de la prueba y que no se ha llegado a la certeza necesaria acerca de la autoría ni de cómo y en qué circunstancias ocurrieron los hechos. En ese sentido, expresan que una de las víctimas –Miguel Contreras Aguaisol– no reconoció al imputado en la rueda de reconocimiento de fs. 116, lo que fue ratificado en audiencia de debate al dar una descripción física que no coincide con la de Quiroga Perrelli. Asimismo, sostienen que la otra víctima –Guillermo Durán– tampoco reconoció al imputado cuando personal policial le exhibió el álbum fotográfico en el que se encontraba incorporada la fotografía de Quiroga Perrelli y que durante el debate nunca manifestó haber visto las caras de los autores del hecho, en tanto uno se encontraba de espaldas –haciendo de “campana”– y el otro estaba encapuchado y con gorra. En ese orden, ponen de resalto que el testigo Maturano Cepeda tampoco pudo identificar a las personas que participaron en el asalto. Por otro lado, destacan que no se ha contado con prueba de mayor rigor, tales como rastros de huellas dactilares, que incrimine a su defendido, toda vez que Policía Científica no pudo ingresar a la estación de servicio a realizar las tareas pertinentes por voluntad de su propietario –Luis Caperón–, conforme surge del acta de procedimiento de fs. 06/07 y de la declaración que prestó en audiencia de debate.

Las recurrentes cuestionan que la sentenciante no haya hecho lugar a la solicitud de incorporar como nueva prueba el allanamiento practicado en autos N° P-710.261/19, en virtud del cual se aprehendió al imputado. Señalan que el procedimiento resulta pertinente porque de él surge que en el domicilio no se encontraron armas, ni documentación de otras personas fuera de las que habitaban allí y tampoco dinero en efectivo. Finalmente, consideran que la a quo sólo se ha valido de prueba testimonial para condenar a su defendido, a pesar de que tan sólo uno de los testigos –Guillermo Durán– manifestó reconocer al autor del hecho. En virtud de esas consideraciones, la impugnante solicita que se anule la sentencia cuestionada y se remitan las presentes actuaciones al Tribunal Penal Colegiado que corresponda a fin de que se sustancie un nuevo debate. Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General expresa que corresponde rechazar sustancialmente el recurso de casación bajo estudio, en tanto las recurrentes valoran indicios y prueba de forma aislada a fin de restarles la fuerza convictiva que surge de su tratamiento conjunto. En tal sentido, considera que de ninguna manera puede concluirse que la sentencia cuestionada esté contradictoriamente motivada, que su motivación sea ilógica, falsa o arbitraria, o que se aparte de la sana crítica racional, por lo que el planteo defensivo no puede prosperar.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Por diversas razones estimo que corresponde rechazar el recurso de casación deducido por la defensa del imputado José Luis Quiroga Perrelli, conforme se explicará a continuación.

Tal como surge del planteo recursivo, los agravios casatorios giran en torno a la valoración probatoria desarrollada por la sentenciante en los fundamentos impugnados.

Desde esa perspectiva, las recurrentes sostienen no se ha podido acreditar la participación de su defendido en el hecho, en virtud de que:

- a) las víctimas no identificaron al acusado en las ruedas de reconocimiento practicadas y que sus declaraciones durante el debate eran concordantes con la imposibilidad de hacerlo;
- b) no se llevó a cabo levantamiento de huellas en el escenario de los hechos, lo que impide que el robo se atribuya a Quiroga Perrelli; y que
- c) no se hizo lugar a la nueva prueba solicitada por esa defensa, demostrativa de que el imputado no es el autor de delito endilgado.

En función de ello será abordado el caso bajo estudio.

a) Acerca de la supuesta falta de reconocimiento del acusado por las víctimas

En primer lugar corresponde señalar que, más allá que las recurrentes consideren que las víctimas no han individualizado a su defendido, tal afirmación no se adecua a las constancias de la causa.

En efecto, las declaraciones brindadas por Durán Luján y Contreras Aguaisol – víctimas de autos– no sólo han sido contundentes, precisas, coherentes, persistentes y despojadas de ganancialidad, sino que resultan coincidentes con lo manifestado por el testigo Maturano Cepeda -quien vio a los autores cuando se daban a la fuga- y las videofilmaciones de las cámaras de seguridad de la estación de servicio, tal como sostuvo la jueza a quo a fs. 270 vta. de sus fundamentos.

Estas circunstancias, si bien no resultan suficientes para determinar la participación de Quiroga Perelli, sí dan cuenta de cómo se desarrollaron los hechos investigados, contrariamente a lo argumentado por las impugnantes.

En segundo lugar, en lo que concierne a la falta de reconocimiento, debe señalarse que tampoco acierta la defensa del imputado.

Es que una de las víctimas –Durán Luján- sí reconoció con contundencia al imputado como quien portaba «el arma, quien lo amenazara y golpeará a su compañero» (fundamentos, fs. 270 vta.), y este reconocimiento no operó en solitario para crear en la sentenciante la convicción referida a la autoría del imputado, como sostiene la defensa.

Por el contrario, esa circunstancia, sumada a las constancias audiovisuales y a las características personales y de vestimenta que aportaron de modo coincidente las víctimas, permitió al personal policial identificar a Quiroga Perrelli a través de su usuario de facebook.

De ello da cuenta la descripción aportada a fs. 01 vta., descripción morfológica de fs. 64, desgrabado de fs. 96/97 de la División Delitos Tecnológicos e Informe de la Unidad de Robos y Hurtos agregado a fs. 25/27, como refirió la sentenciante.

Dicho de otro modo, la afirmación defensiva referida a la falta de reconocimiento no es acertada, puesto que no sólo Durán Luján lo ha reconocido de manera contundente, sino que ese señalamiento, a su vez, encuentra respaldo en los otros elementos de prueba referidos precedentemente. Por ello, el agravio bajo estudio no puede prosperar en esta instancia.

b) Sobre las medidas investigativas llevadas a cabo en la presente causa

Por otro lado, la defensa de Quiroga Perrelli cuestiona la condena recaída en su contra, por entender que ante la falta de levantamiento de huellas dactilares en el lugar del hecho, no puede atribuirse el mismo a su defendido.

Al respecto, corresponde destacar que la medida de prueba sugerida no resulta ser la única posibilidad de investigación y tampoco determinante para atribuir a una persona determinada su responsabilidad en un hecho.

Así, lo ha demostrado la sentenciante al señalar que los datos aportados por las víctimas de autos, el testigo Maturano y las constancias audiovisuales registradas por las cámaras de videovigilancia de la estación de servicio resultaron conducentes a la investigación llevada a cabo por personal policial, la que encuentra respaldo en el reconocimiento en rueda de personas que, con posterioridad, efectuó Durán Luján.

Es por ello que, aún cuando la medida de prueba alegada no se llevó a cabo en las presentes actuaciones, otros elementos de convicción incorporados a la causa con la conformidad de las partes permitieron a la jueza a quo llegar al grado de certeza necesario para resolver del modo en que lo hizo.

Si bien, este razonamiento puede no ser compartido por las recurrentes, no se advierte ninguna arbitrariedad en él que derive en su descalificación, por lo que este cuestionamiento también debe ser rechazado.

c) Acerca del rechazo de la nueva prueba ofrecida por la defensa

La defensa también se agravia porque la jueza de sentencia no hizo lugar a su solicitud de incorporar como nueva prueba el acta de allanamiento practicado en autos N° P710.261/19.

En relación a este agravio, corresponde señalar que tampoco puede prosperar, en tanto no se advierte la pertinencia del ofrecimiento a fin de desacreditar la autoría de Quiroga Perrelli en relación a los hechos objeto del proceso, como pretende su defensa técnica.

En ese orden, si bien la defensa sostiene que cuando su defendido resultó aprehendido –como consecuencia del allanamiento aludido– no tenía en su poder, ni se encontró en la vivienda ningún arma o efectos relacionados al delito, tal argumento no resulta suficiente para sacarlo del escenario del acontecimiento investigado.

Es que la circunstancia de que una persona no tenga en su poder, tiempo después del hecho, elementos vinculados con éste no deriva necesariamente en que no haya participado en él.

Por el contrario, múltiples hipótesis pueden derivarse de esa premisa y ninguna de ellas conducirá ineludiblemente a sostener que Quiroga Perrelli no estuvo la noche de los hechos en la estación de servicio referida, sobre todo ante la existencia de suficiente prueba de cargo -como la precedentemente individualizada- que lo incrimina.

Asimismo, corresponde señalar que la a quo no soslayó la versión defensiva, sino que analizó detalladamente el relato brindado por el imputado y las declaraciones de los testigos ofrecidos en su favor, pero concluyó en que los mismos no eran consistentes en virtud de las profundas contradicciones en las que incurrieron.

Esta circunstancia, que no ha sido cuestionada por la defensa del imputado, sumada al análisis precedente me persuaden de que la solución que aquí se cuestiona ha sido acertada.

En definitiva, entiendo que en las presentes actuaciones se ha efectuado una adecuada valoración de los elementos de prueba incorporados, tanto de cargo como de descargo, sin que se advierta ningún defecto o arbitrariedad y, como consecuencia de ello, los agravios que pretenden descalificar esa tarea deben ser rechazados.

Calificación legal. Concurso aparente.

En lo que concierne a la calificación jurídica en que han sido subsumidos los hechos investigados y no obstante no haber sido cuestionada por el recurrente, considero oportuno recordar el criterio que he mantenido en relación a la forma en que concurren las formas calificadas de robo, conforme se expresó en los precedentes «Campos Castro», «Bullones Baeza» y «Pereira Soria».

Por lo expuesto, corresponde dar repuesta negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO, por sus fundamentos, adhiere al voto que antecede.

Voto Dr. Palermo. Ampliatorio.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, EN VOTO AMPLIATORIO, DIJO:

Puesto a resolver el recurso de casación deducido por la defensa de José Luis Quiroga Perrelli, comparto la conclusión a la que llegan mis colegas de Sala, basada en la valoración probatoria efectuada en esta instancia.

Sin perjuicio de ello y aún cuando no ha sido motivo de agravio, corresponde dejar a salvo la posición que he adoptado respecto del modo en que concurren los tipos penales de robo agravado por el uso de arma impropia (art. 166, inc. 2°, primer párrafo, primer supuesto del CP) y robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada (art. 166, inc. 2°, 3° párrafo, primer supuesto del CP), conforme se desarrolló en **autos «Pereira Soria»**. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de José Luis Quiroga Perrelli y, en consecuencia, confirmar la sentencia N° 926, dictada por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de esta Primera Circunscripción Judicial.
- 2.- Tener presente la reserva del caso federal.
- 3.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

14- JARA ZAMORA. 17-07-20.

| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
|----|----|----|------|-------------------------|------------|------------|------------|------------|------------|------------|------------|----------------|---|------------|
| - | - | - | - | PCE IA | - | - | A | R | - | - | - | - | - | 474 |

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=381>

Lex: Art. 167 inc. 4° en función con el art. 163 inc. 4° del CP.

Vox: Robo agravado. Escalamiento. Sana crítica. Calificación legal. Monto de la pena.

Summa:

El **TPC** condenó al nombrado a la pena de **tres años y seis meses de prisión** e inhabilitación absoluta por todo el tiempo de la condena, como autor penalmente responsable del delito de robo agravado por escalamiento (art. 167 inc. 4° en función con el art. 163 inc. 4° del CP.) declarándose, asimismo, reincidente a los términos del art. 50 del CP.

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1° y 2 CPP).

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 636 (10-05-19), pronunciada por el TPC N° 1- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Sobre concurso aparente de leyes. No es un concurso ideal. Art. 54 CP:

- Pereira Soria. 04-05-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=338>
- Mopardo Dupox.
- Flores González.
- Ferreyra Ordóñez.

SCJM. Dres.: **Valerio.** Palermo. Adaro.

Fallo.

CUIJ: 13-04964860-4/1((018601-5)) FISCAL Y QUERELLANTE PARTICULAR C/ JARA ZAMORA VICTOR EMANUEL Y CAMPOS VALDERRAMA ANTONY ELIAS P/ ROBO AGRAVADO POR ESCALAMIENTO (5) (7472/16) (59008/3) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105135132*

En Mendoza, a los diecisiete días del mes de julio del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04964860-4/1 caratulada "FC/JARA ZAMORA, VÍCTOR EMANUEL Y CAMPOS VALDERRAMA, ANTONY ELÍAS P/ROBO AGRAVADO POR ESCALAMIENTO S/CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. OMAR A. PALERMO, y tercero el DR. MARIO D. ADARO.

La defensa técnica del encausado Víctor Emanuel Jara Zamora interpone recurso de casación (fs. 1586/1604) contra la sentencia N° 636 de fecha 10 de mayo de 2019 (fs. 1556 y vta.) y sus fundamentos (fs. 1557/1576 vta.) mediante la cual se condenó al nombrado a la pena de tres años y seis meses de prisión e inhabilitación absoluta por todo el tiempo de la condena, como autor penalmente responsable del delito de robo agravado por escalamiento (art. 167 inc. 4° en función con el art. 163 inc. 4° del CP.) que se le atribuyó en el marco del legajo N° 5/N° 7.472/16/59008/3, declarándose, asimismo, reincidente a los términos del art. 50 del CP.

El pronunciamiento fue dictado por el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial. De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas y honorarios.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

Como lo adelantara, el tribunal de sentencia condenó al acusado Víctor Emanuel Jara Zamora como autor del delito de robo agravado por escalamiento a la pena de tres años y seis meses de prisión e inhabilitación absoluta por todo el tiempo de la condena como Para así resolver, tuvo por acreditado que «[e]l día 10 de agosto de 2016, alrededor de las 22.20 hs., Víctor Emanuel Jara Zamora junto a otra persona de sexo masculino, previo escalar la reja de aproximadamente dos metros de alto del cierre perimetral de la vivienda de la Sra. Ingrid Eleonora Petkovic, sita en calle Echeverría 755, de Tunuyán, Mendoza, y luego de forcejear con la víctima, le sustraen una cadena de oro con un dije del mismo material y un manojo de tres llaves, para luego darse a la fuga Jara saltando la puerta de la casa en cuestión y el compañero por la casa colindante» (ver fundamentos, fs. 1566).

Para llegar a esa conclusión, la jueza interviniente consideró que la materialidad del hecho delictivo intimado, si bien no resultó discutida por las partes durante la contienda judicial, en tanto que ninguno de los sujetos procesales intervinientes desconocieron o controvirtieron la efectiva ocurrencia del robo, quedó demostrada, principalmente, mediante las declaraciones testimoniales Ingrid Petkovic, Silvia Petkovic, Dolores González y de Dalila Ballesteros, así como los testimonios brindados por los funcionarios policiales Carlos Vargas y Diego Totola, quienes actuaron en las tareas de investigativas inmediatamente posteriores. En cuanto a la participación del acusado ese suceso criminoso, estimó que ese extremo de la imputación delictiva resultó demostrado, más allá de toda duda razonable, porque el sujeto fue

aprehendido en situación de cuasi flagrancia y, además, en tanto fue reconocido espontáneamente como uno de los autores del hecho por las dos mujeres –Dolores González y de Dalila Ballesteros– que lo persiguieron durante un trayecto de la huida del inmueble de la denunciante.

Ese cuadro probatorio luce completado con el resto de los elementos de prueba debidamente incorporados, entre ellos: el acta de procedimiento de fs. 1, el acta de aprehensión de fs. 3, el informe del CEO de fs. 230/234, los datos contenidos en el libro de novedades de fs. 787/798, y, además, la declaración testimonial del Aux. Diego Totola.

2.- Recurso de casación

El medio impugnativo incoado por la parte defensora ha sido motivado en la norma prevista por el art. 474 inc. 1° y 2° del CPP., es decir, por adolecer el pronunciamiento cuestionado de vicios in iudicando e in procedendo que lo descalifican como acto jurisdiccional válido.

Luego de discurrir en orden a los requisitos de admisibilidad del recurso interpuesto, desde el punto de vista de lo que suponen los vicios formales, la defensa sostiene que el tribunal de sentencia ha valorado arbitrariamente la prueba rendida en autos, lo que –según la tesis defensora– provoca que la fundamentación del fallo impugnado resulte errónea y contradictoria, y, por tanto, nula a los términos del art. 416, inc. 4° de la norma adjetiva.

Para fundar su argumento, centraliza su crítica en la inexistencia de elementos probatorios determinantes que permitan acreditar con la certeza requerida, la participación del encartado en el hecho investigado. Para ello, en contra de las afirmaciones contenidas en los fundamentos del fallo en crisis, refiere que no hubo persecución del imputado, lo que impide calificar el delito como un caso de flagrancia.

Indica que la presencia de su pupilo en cercanías de la terminal de ómnibus del departamento de Tunuyán con posterioridad al hecho, fue debidamente aclarada por éste durante el curso del debate.

Agrega que otro dato que impide vincular al acusado con el robo investigado, es que, al momento de ser aprehendido por personal policial, no se encontraron en su poder ninguno de los elementos sustraídos a la víctima.

Por último, controvierte que haya existido coincidencia con la vestimenta y características morfológicas de su representado.

Concluye afirmando que la sana crítica racional incluye la experiencia común como parámetro, por lo que, si el plexo probatorio hubiese sido valorado a la luz de estas reglas, nunca se hubiera arribado a tener por comprobada la intervención material de Jara Zamora en el suceso delictivo intimado.

En orden a los vicios sustanciales, advierte que la calificación legal dada al hecho por el tribunal a quo y la pena impuesta resultan completamente arbitrarias y contrarias a los principios del debido proceso, carga de la prueba e in dubio pro reo, porque no han sido producto de un exhaustivo y pormenorizado razonamiento y vinculación de la conclusión con los hechos realmente probados en autos.

Finalmente, por entender directamente afectadas a la solución del caso garantías constitucionales, formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

A fs. 1635/1636 se encuentra agregado el dictamen del Procurador General quien, luego de analizar los cuestionamientos formulados por la recurrente, y de señalar que el recurso procede formalmente, aconseja que no sea acogido desde el aspecto sustancial. Afirma que la sentencia en ningún momento habla de una persecución continua ni de un delito en flagrancia.

En este sentido refiere que el imputado fue visto salir saltando del lugar del robo y emprender la fuga, siendo perseguido varias cuadras por los testigos González y Ballesteros.

Ellas luego reconocieron al encartado fisonómicamente –la primera y por las vestimentas la segunda– a escasos momentos desde que abandonaran la persecución, y a unas cuerdas pero en la misma calle donde tuvieron que dejar de perseguirlo.

Entonces, claramente surge que, quien saltó primero desde la casa de la víctima y fue perseguido, era la misma persona que fue aprehendido por el personal policial.

Refiere que ese análisis descarta cualquier justificación defensiva del imputado, en el sentido que estaba cerca de la terminal, corriendo, con la campera en la mano, y vestido de la forma descrita por la testigo Ballesteros, por otro motivo que no fuera huir de la persecución de las testigos y eventualmente del accionar policial.

Expresa que la aprehensión del acusado sin la res furtiva se debió a que, desde el momento en que huyó del domicilio de la víctima, no llevaba nada consigo, y que esto fue lo que manifestaron las testigos que lo vieron saltar y emprender la fuga.

Puntualiza en que, inversamente a lo sostenido por la recurrente, la testigo Ballesteros describe al imputado por sus vestimentas, la que resulta coincidente con la que efectivamente llevaba el acusado al momento de la aprehensión.

En definitiva, entiende que debe rechazarse el recurso de casación intentado y, en consecuencia, confirmarse en su totalidad la sentencia impugnada, dado que no luce arbitraria.

De este modo entiende que la valoración de las pruebas e indicios se ha efectuado bajo las reglas de la sana crítica racional y, además, la aplicación del derecho sustantivo también ha sido correcta.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Puestos en consideración los motivos de agravio expuestos por la defensa del imputado, adelanto mi posición en el sentido que corresponde rechazar el recurso articulado, ello por las razones que serán detalladas a continuación.

De modo previo debo señalar que la censura intentada resulta formalmente admisible, toda vez que la resolución recurrida –sentencia condenatoria– es de aquellas consideradas definitivas (art. 475 del CPP.), la parte recurrente se encuentra legitimada para impugnarla (art. 478 del CPP.) y lo ha efectuado a través de planteos que encuadran dentro de los motivos previstos por el art. 474 del CPP.

Además, se ha dado cumplimiento al requisito de fundamentación requerido por el art. 480 del citado código ritual. Superado ese valladar formal, conviene ahora ingresar en los aspectos sustanciales que plantea la queja casatoria. Veamos.

a) Vicios in procedendo

Como agravio casatorio central, la recurrente plantea que el tribunal de mérito ha valorado en forma arbitraria el material probatorio de la causa pues, según afirma en su recurso, los elementos reunidos no resultan suficientes para conformar el grado de certeza requerido para arribar al dictado de una sentencia condenatoria, específicamente, al tener por cierta la participación de Jara Zamora en los hechos intimados.

En ese sentido, sostiene que la sentencia aquí impugnada no constituye una derivación razonada de las constancias de la causa, en tanto la sentenciante ha ponderado la prueba legalmente incorporada en contraposición a los postulados de la sana crítica racional, siendo este el vicio del que hace derivar el pedido para que este Cuerpo anule el decisorio en crisis y ordene el reenvío de los presentes al subrogante legal a los fines de realizar un nuevo juicio.

Anticipadamente, me parece importante destacar que la resolución en análisis no padece defecto alguno y su motivación resulta suficiente para su mantenimiento como acto jurisdiccional válido, desde que no adolece de falencias que impliquen su anulación.

Ello a la luz de la reiterada jurisprudencia de esta Sala, en el sentido que tales defectos, para conllevar tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros), lo que en la especie no ocurre.

Lo afirmado en el párrafo anterior resulta de apreciar que, en lo que aquí resulta pertinente, los elementos probatorios reunidos y legalmente incorporados a la causa, han sido adecuadamente ponderados por el tribunal de juicio, en un todo de acuerdo con lo imponen los arts. 206 y 409 del CPP.

Esto es, en rigurosa observancia de las reglas de la **sana crítica** racional y de sus postulados de libre valoración de la prueba con los límites que surgen de los principios lógicos de coherencia (identidad, no contradicción y tercero excluido) y de derivación (razón suficiente) y de la experiencia común.

La censurante no ha podido demostrar, a más de su genérica presentación, el apartamiento de estas reglas.

En esa labor, resulta fácilmente apreciable que la sentenciante detalló minuciosamente los elementos de convicción que le permitieron tener por acreditado, en cuanto aquí resulta pertinente para la solución de la queja incoada, la efectiva intervención material del acusado en los hechos que constituyeron el objeto del proceso.

Además, fundó adecuadamente el valor otorgado a ellos, luego de cotejar de modo prolijo unos con otros, de manera tal de llevar a cabo una valoración integral y coordinada de los mismos.

Por su parte justificó las razones que la condujeron a descartar peso convictivo a ciertos elementos presentados como cargos por el acusador público, marginándolos, de ese modo, del razonamiento inductivo por el que alcanzó el grado de certeza sobre el extremo de la imputación delictiva aquí cuestionado –autoría– por la defensora.

Al respecto, estimo conveniente recordar que un recurso de casación que invoca la infracción a las reglas de valoración de la prueba, para lograr conmovir los fundamentos de la sentencia impugnada, debe contener el análisis de todo el cuadro convictivo evaluado y, en función de éste, demostrar lo decisivo del vicio que se denuncia.

Ello porque es sabido que arbitrariedad no significa mera disconformidad con la solución adoptada por el sentenciante.

De allí que resulte inconducente una argumentación impugnativa que, desde la órbita de lo que suponen los vicios formales, se contente sólo con reproches aislados o que tome las pruebas de manera desconectadas o que esgrima un defecto carente de trascendencia en una apreciación integrada de ellas. En tales supuestos, al no efectuar un abordaje que agote las distintas premisas que sostienen la conclusión que causa agravio, la crítica del recurso no alcanza para enervar la fundamentación de la decisión del tribunal sentenciante.

Éste es precisamente el defecto que advierto en la presentación de la defensa en cuanto tacha de arbitraria la fundamentación de la sentencia. No sólo hace una consideración fragmentaria de los argumentos tenidos en cuenta por la juzgadora a fin de sustentar la conclusión que aquí se embate, sino que, además, lejos de dar mayores precisiones respecto del modo en que la sentenciante ha incurrido en vicios de arbitrariedad en la motivación de su solución, simplemente los evoca.

Sentado cuanto precede, y sobre la base de las consideraciones expuestas, corresponde ahora ingresar en el tratamiento particular de los argumentos utilizados por la recurrente en la construcción de su crítica

formal. Del modo en que lo adelantara, la letrada entiende que no existe prueba que vincule al acusado con los hechos investigados.

Para sustentar su tesis desincriminante, propone las siguientes premisas:

- a) no hubo persecución contra el imputado, lo que impide sostener que se trató de un delito en flagrancia;
- b) su representado explicó adecuadamente porqué se encontraba en el lugar en el que fue aprehendido por los funcionarios policiales;
- c) no se hallaron en poder de Jara Zamora ninguno de los bienes denunciados como sustraídos; y, por último,
- d) no existió coincidencia entre las características morfológicas ni sobre las prendas de vestir que fueron informadas al personal policial, con aquellas que presentó el acusado al momento de su detención.

Presentados de ese modo los agravios defensivos, entiendo que sus esfuerzos no son suficientes para alcanzar lo que se propone, esto es, hacer decaer la validez del razonamiento de la jueza sentenciante en lo que respecta –particularmente– a la contundencia del caudal probatorio para tener por cierto que el imputado fue autor del delito imputado.

Ello por cuanto, según se advierte, el examen pormenorizado de las premisas en las que la recurrente sostiene su planteo, contrastado con las constancias de la causa y los fundamentos de la sentencia impugnada, conducen al rechazo total de este tramo de su impugnación.

En efecto, analizado el discurrir lógico por el que atraviesa la fundamentación de la pieza impugnada se observa que, tras verificar –y comprobar– la objetiva ocurrencia del hecho objeto del proceso –aspecto no cuestionado– esto es, que en la noche del 10 de agosto de 2016, la señora Ingrid Petkovic fue víctima de un robo ocurrido en la parte interna del jardín delantero de su domicilio, el tribunal de sentencia concluyó en que la participación del imputado en el hecho resultó acreditada más allá de toda duda razonable.

Ello dada «[l]a circunstancia de que Jara fue aprehendido en situación de cuasi flagrancia y la de que fue reconocido como uno de los autores por las dos mujeres que lo persiguieron desde la casa de la víctima» (ver fundamentos, fs. 1567 vta.).

En el despliegue argumental efectuado para justificar la decisión alcanzada, explicó que la certeza sobre ese extremo de la imputación surgía, principalmente, de las declaraciones testimoniales prestadas durante el debate por parte de Dolores González y Dalila Ballesteros, las que estimó corroboradas con los restantes elementos de prueba de carácter objetivo y subjetivo que fueron legalmente incorporados a la causa.

En ese orden, destacó la correspondencia de aquellos relatos con la información que surgía de la actuación policial, la que fuera registrada en diversos instrumentos, tales como: el acta de procedimiento de fs. 1, el acta de aprehensión de fs. 3, el informe del CEO de fs. 230/234 y el libro de novedades de fs. 787/798 (ver fundamentos, fs. 1568 vta.).

Cuadro probatorio que completó con el testimonio efectuado por el funcionario policial que materializó la aprehensión de Jara Zamora, producida en las inmediaciones del lugar donde se perpetró el delito.

Comparto las conclusiones a las que arriba la magistrada de la instancia anterior, por cuanto estimo que existen buenos motivos para confirmar el razonamiento expuesto, desde que concurren una serie de elementos que, analizados en conjunto, no sólo le dan sentido a la hipótesis incriminatoria formulada en la sentencia, sino que, además, paralelamente habilitan a rechazar todos los cuestionamientos efectuados por la recurrente.

En primer lugar, varias razones me inclinan a coincidir plenamente en el análisis de valoración que realiza la sentencia sobre los testimonios de Dolores González y Dalila Ballesteros, puesto que se trata de manifestaciones que aportan datos esenciales en la reconstrucción del ilícito investigado y, principalmente, en la acreditación de la autoría en el mismo de parte del acusado.

De la compulsión de las constancias de la causa, y tal como fue debidamente analizado en los fundamentos que acompañan el fallo en análisis, fácilmente se comprueba que se trata de testigos privilegiadas del hecho. Ese carácter resulta, por un lado, de haber resultado demostrado que ambas se encontraban a escasos metros de la propiedad de la víctima, a bordo de un vehículo –camioneta– conducida por González.

Esta circunstancia que les permitió escuchar el pedido de auxilio –gritos– que efectuó la denunciante al momento de ser sorprendida y atacada violentamente por los agresores en el interior de su propiedad y, además, acercarse con el rodado hasta la puerta de ingreso al inmueble y, desde allí, visualizar cuando uno de los sujetos –a la postre, Jara Zamora– emprendió la huida del lugar, haciéndolo por encima de la puerta de reja de la vivienda –medianera– que da hacia la calle.

Toda esta secuencia, como bien lo apunta la sentencia, fue vivenciada por las testigos de referencia a escasos metros de donde se desarrolló, a una cercanía no mucho mayor al ancho de la vereda (ver fundamentos, fs. 1568).

Por otro lado, el valor de sus relatos también se encuentra en que, tras observar esa secuencia de los acontecimientos, inmediatamente decidieron iniciar la persecución del nombrado trasladándose en el vehículo precitado.

Acierta la sentenciante cuando aprecia la coincidencia entre González y Ballesteros cuando se pronunciaron en el debate acerca de este tramo de los acontecimientos. Ambas coincidieron cuando señalaron que el imputado, al marcharse del lugar, salió por calle Echeverría hacia el norte.

Asimismo, también relataron idénticamente el itinerario seguido por éste, las maniobras que debieron efectuar a bordo de la camioneta en la que se trasladaban para intentar seguirlo y que, además, en un momento, desistieron de continuar con la persecución.

También fueron contestes y concordantes al referir que, tras perderlo de vista, decidieron conducirse hacia la terminal de ómnibus porque sabían que siempre había agentes de policía, pero que, antes de arribar a destino, comprobaron que los uniformados habían detenido a una persona, que coincidía con aquella a la que habían perseguido (ver fundamentos, fs. 1567).

Desde allí que el contenido de sus testimonios no puede ser desconocido, ni mucho menos desvinculado de la lógica interpretativa seguida por la jueza a quo en la comprobación del tópico en crisis.

Aun cuando la credibilidad de sus testimonios ha sido puesta en tela de juicio por la recurrente, quien soslaya por completo la información proveniente de sus declaraciones, estimo que el grado de «confiabilidad» que les reconoce la sentencia a sus manifestaciones ha sido correctamente asignado y fundado.

Al respecto, no puedo sino compartir plenamente con esa apreciación dado que, a la coincidencia en sus testimonios acerca de las circunstancias que rodearon el hecho, se adiciona que ambas fueron contestes y concordantes al confirmar la identidad de Jara Zamora con uno de los autores del delito en cuestión.

Así pues, conforme se desprende de los fundamentos de la resolución que la defensa impugna, específicamente de la transcripción de sus declaraciones en debate, se destaca que al ser interrogadas en juicio acerca de si sujeto que vieron aprehendido por personal policial en las cercanías de la terminal de ómnibus del departamento de Tunuyán era el mismo que ellas habían perseguido y, por ende, aquel que

vieron salir del domicilio de la víctima, tanto González como Ballesteros respondieron concluyentemente de modo asertivo (ver fundamentos, fs. 1558 vta. y fs. 1559 respectivamente).

Sin dudas, se trata de una información absolutamente relevante en orden a la acreditación de la autoría del acusado, dada la dinámica que asumieron los hechos. A propósito de esa individualización inmediata, la jueza también apreció que cada una de las testigos reconoció a Jara por distintos motivos.

Así, mientras González dijo que tuvo contacto visual con esa persona, lo que le permitió reconocer al sujeto tanto por su ropa como por su rostro, Ballesteros refirió que no le vio la cara, pero que supo que se trataba del mismo sujeto por la vestimenta que utilizaba.

Comparto la apreciación de la jueza de sentencia cuando justifica esa situación en que pudo deberse a los distintos puntos de atención que cada una de ellas tuvo en consideración. Por esta razón, no existen razones válidas ni consistentes que habiliten un cierto margen de duda acerca del acierto de esas identificaciones. A propósito de esto, el tribunal de mérito asigna varios pasajes de los fundamentos del fallo para despejar cualquier incertidumbre que permita desconfiar de estos reconocimientos espontáneos que ambas testigos realizaron en el momento de la aprehensión.

Prolijamente no sólo analiza intrínsecamente el contenido de sus declaraciones, sino que las aprecia y valora dentro del marco contextual en que se produjeron para, desde allí, puntualizar en los motivos que dotaban de confianza a las identificaciones logradas.

Esto se puede notar claramente cuando la jueza examina, entre otros aspectos: la inexistencia de vallas visuales y la proximidad de distancia entre las reconocientes y el sujeto reconocido; el nivel de concentración perceptiva de ellas; la inmediatez de la persecución y el momento de la aprehensión, además de la falta de dispersión atencional (ver fundamentos, fs. 1568 y vta.)

En segundo lugar, advierto que la corrección del razonamiento seguido por la jueza interviniente para dar por cierta la autoría de Jara Zamora en el hecho investigado encuentra respaldo, además, en las actuaciones que dan cuenta de la labor policial.

La razón principal de ello es que, como bien lo afirma la sentenciante, aquellas identificaciones espontáneas se integran y se complementan, en términos probatorios, con la información que circulaba por la frecuencia policial, que fuera aportada inmediatamente de ocurrido el suceso tanto por la víctima como por el progenitor de la testigo Ballesteros, quien paralelamente que mantenía comunicación con su hija que se conducía a bordo del vehículo con el que perseguían al imputado, por otro teléfono se comunicaba al 911, transmitiendo toda la información que aquella le suministraba.

Sobre este aspecto, la sentencia repara en diversos puntos. Por un lado, en que los datos que circulaban por la frecuencia policial indicaban que los sujetos involucrados en el robo vestían camperas largas - «camperones»- de color oscuro con capucha, y que uno de ellos medía aproximadamente un metro con setenta y cinco centímetros de altura, de tez trigueña y cabello semilargo (ver acta de procedimiento, fs. 1).

Por otro lado, que según surge del informe del desgrabado de las comunicaciones entre el personal policial que se encontraba patrullando la zona aledaña al domicilio de la víctima y el Centro Estratégico de Operaciones –CEO–, los actuantes observaron que un sujeto vestido de negro transitaba por calle Echeverría y Pueyrredón (ver informe, fs. 231).

Datos a los que suma la ubicación geográfica en la que se produjo la aprehensión de Jara Zamora, esto es, en calle Irigoyen y Sarmiento (ver acta de aprehensión, fs. 3).

A partir de analizar esa información, y tras valorar que la testigo Ballesteros mencionó las calles Echeverría y Pueyrredón cuando describió la persecución del imputado, y precisó que la última calle en que lo

visualizaron fue en calle Irigoyen, ya que luego éste se dirigió hacia el norte, la sentenciante concluyó en que la correspondencia y compatibilidad entre la información proveniente de fuentes diversas, se constituía en una razón más para vincular al aprehendido por la policía con la persona que las testigos siguieron desde el domicilio de la víctima (ver fundamentos, fs. 1569).

Finalmente, este cuadro probatorio e indiciario se completa en la sentencia con las declaraciones efectuadas por el Aux. Totola, funcionario policial que aprehendió a Jara Zamora, quien aseguró que al recibir la información que uno de los responsables vestía jeans y campera oscura, comenzaron el rastillaje.

Refirió que, a unas cuadras del lugar del hecho, más precisamente sobre calle Irigoyen, individualizan a un sujeto que presentaba la misma vestimenta que la detallada a través de la frecuencia, con la particularidad que se desplazaba corriendo sobre dicha arteria, haciéndolo con la campera en la mano, más precisamente, sacándose esa prenda. Nótese que, como bien lo apunta la resolución en crisis, el mismo acusado admitió en su descargo, que iba trotando hacia la terminal (ver fundamentos, fs. 1569).

Desde allí, la jueza de sentencia señaló que no sólo se verificaba una relación de coincidencia entre la información suministrada por frecuencia radial a las fuerzas de seguridad en orden al tipo de vestimenta sino, también, respecto de las características morfológicas del encartado.

Prueba de ello resulta de observar que, en cuanto a las prendas de vestir del incuso, el acta de aprehensión comprueba objetivamente que Jara Zamora llevaba puesto un pantalón de jeans azul y campera negra.

Esas prendas fueron luego analizadas por personal de la delegación de Policía Científica del Valle de Uco, de cuyo informe agregado a fs. 304/305 se valió el tribunal a quo para comprobar que, además del color oscuro de la campera, ésta tenía capucha, que era otra de las referencias de identificación que circulaba al momento de la búsqueda.

En base a todo lo hasta aquí analizado, no puedo más que compartir las conclusiones a las que arriba la magistrada interviniente, cuando construye el silogismo incriminatorio a partir de valorar que se verifica el siguiente cuadro indiciario: «Jara corriendo por la calle Irigoyen, la misma calle que indicaron las testigos González y Ballesteros como última ruta de fuga del sujeto que ellas siguieron, Jara vestido con una campera negra con capucha, Jara corriendo y sacándose la campera, e inexistencia de otros transeúntes eventuales de similares características, lo que unida a la prueba directa consistente de la identificación posterior que de él hacen las Sras. González y Ballesteros, despejan toda duda acerca de la efectiva intervención de Víctor Jara en el hecho aquí juzgado» (ver fundamentos, fs. 1569 y vta.).

Por consiguiente, advierto que este profuso cuadro probatorio cargoso no ha sido rebatido de manera suficiente por la recurrente, quien no analiza ni refuta convincentemente la certeza alcanzada acerca de la intervención de su representado en el hecho enrostrado a partir de su contenido. De tal manera sus críticas aparecen como aisladas, en base a premisas que no encuentran sustento alguno en las constancias de la causa.

De allí que la duda que intenta introducir la defensa sobre aquel extremo de la imputación delictiva, no puede ser considerada a los efectos de hacer decaer el razonamiento plasmado en la sentencia analizada, porque el sentido de los elementos de convicción destacados precedentemente, no han sido desvirtuados por la defensa, ni explicados convincentemente por el imputado al momento de realizar su descargo. Entiendo que los argumentos hasta aquí brindados también son útiles para contestar y contrarrestar cada uno de los motivos de censura alegados genéricamente por la recurrente.

Así, en contra de las afirmaciones defensistas, entiendo que ha quedado suficientemente demostrada la efectiva persecución del acusado por parte de dos personas que, sin ser víctimas del hecho, asumieron

ese comportamiento de forma inmediatamente posterior a la comisión del ilícito contra la propiedad de la víctima.

Además, estimo que tampoco existe margen para la duda acerca de la coincidencia entre las características morfológicas y de vestimentas que fueron informadas al personal policial actuante durante las tareas de investigación, con las que efectivamente se constataron en quien resultó aprehendido, minutos después de consumado el ilícito, y en las inmediaciones del lugar del hecho.

Como se analizó, la prueba es contundente y coincidente al respecto. Del mismo modo, comparto los argumentos dados por el tribunal a quo cuando analiza –y descarta– algunas de las premisas que ya integraron los argumentos de la defensa del imputado durante el debate, y que hoy se reeditan a modo de agravio casatorio. En tal sentido, acierta la sentencia cuando descarta como elementos desincriminante la ausencia de bienes sustraídos en poder del acusado al tiempo de su aprehensión.

Del mismo modo, advierto que esa circunstancia no representa un motivo o razón válida que lo desvinculen del delito investigado, dado que «[e]n el hecho intervinieron dos personas y no sabemos cuál de ellas es la que tomó el botín o la que conservó el mismo» (ver fundamentos, fs. 1570 vta.).

Resta mencionar que ninguna de las circunstancias comprobadas de tiempo, lugar y modo en las que se perpetró el hecho objeto del proceso, y que no resultaron cuestionadas por la defensa, se corresponden con las explicaciones brindadas por el acusado al ejercer su defensa material en debate, esto es, cuando adujo los motivos de su presencia en el departamento de Tunuyán, y más precisamente, en las cercanías de la terminal de ómnibus (ver fundamentos, fs. 1557 vta./1558).

En definitiva, y como lo adelantara, queda claro que no sólo es errónea la crítica defensiva, sino que tampoco se advierten vicios en el análisis integral de los elementos de prueba valorados por el tribunal de juicio.

Estimo que, sobre este tramo de su impugnación, donde la recurrente cuestiona el razonamiento seguido por el tribunal de juicio para justificar el grado de certeza probatoria alcanzado para tener por acreditada la participación –en calidad de autor– del imputado Jara Zamora en los hechos intimados, a más de la manifiesta imprecisión y de la falta de concreción con que son presentados, los agravios casatorios sólo representan argumentos y afirmaciones propios de la posición asumida que evidencian una mera discrepancia con la labor intelectual del tribunal de mérito en la fundamentación del fallo, carentes de virtualidad para desvirtuar la validez de la sentencia impugnada. Lo que conduce, de modo indubitable, a su desestimación.

b) Vicios in iudicando

En este nivel deben incluirse los agravios acerca de la calificación legal de los hechos y de la motivación del monto de pena aplicado. Estimo que ambos deben ser descartados de plano.

Calificación legal

En primer lugar, como puede apreciarse en una primera lectura del recurso de casación incoado, la defensa se limita a indicar que «[l]a sentencia es arbitraria por contener una deficiente fundamentación de la calificación legal» (ver recurso, fs. 1603) sin explicar de manera alguna en qué consistió el error del tribunal de juicio y cuáles son los argumentos que sustentan su posición.

En consecuencia, las consideraciones abstractas en relación con los fundamentos jurídicos de la sentencia le impiden a este máximo tribunal valorar cuál sería el vicio que falsearía las conclusiones alcanzadas por la juez sentenciante al momento de aplicar el derecho. Más aún cuando no se advierte error alguno en la calificación en la que fueron encuadrados los hechos que se tuvieron por acreditados.

Monto de la pena

En segundo lugar, por similares razones entiendo que también debe desestimarse el cuestionamiento defensivo en orden a la fundamentación del fallo sobre el quantum de penalidad aplicado al acusado. Estimo importante destacar que la recurrente no sólo menciona erróneamente la pena aplicada a su defendido, al señalar que Jara Zamora fue condenado a cuatro años de prisión, lo que es incorrecto. Sino que, además, tampoco otorga aquí mayores precisiones respecto de la manera en que el tribunal a quo ha incurrido en arbitrariedad en su razonamiento.

A lo sumo, este agravio se extrae del fragmento del recurso mediante el cual se expresa, vagamente, que «[l]a calificación legal dada al hecho por el Tribunal y la pena impuesta resultan completamente arbitrarias y contrarias a los principios del debido proceso, carga de la prueba e in dubio pro reo, porque no han sido producto de un exhaustivo y pormenorizado razonamiento y vinculación de la conclusión con los hechos realmente probados en autos» [sic] (ver recurso, fs. 1589).

Por el contrario, la jueza interviniente ha hecho expresas sus motivos, en la medida en que, consciente de la entidad del hecho acusado, entendió que la pena de tres años y seis meses de prisión resultaba adecuada respuesta al ilícito cometido por el imputado.

Penalidad a la cuya estimación arribó luego de ponderar razonada y adecuadamente que las circunstancias agravantes y atenuantes verificadas en el caso determinaban su convencimiento en el sentido de que «[s]i bien la pena justa debe superar el mínimo de la escala penal, no debe separarse de ella de modo significativo» (ver fundamentos, fs. 1576).

En consecuencia, de acuerdo con la valoración realizada en la sentencia de las pautas legales de mensuración de la pena previstas en los arts. 40 y 41 del CP, a partir de la calificación legal asignada al hecho, la tarea del tribunal de instancia anterior se muestra ajustada al principio de legalidad, toda vez que la pena impuesta se encuentra dentro de la escala penal aplicable y cercano a su mínimo.

Además, se aprecia razonablemente fundada. Por todo ello, éste segmento de la crítica casatoria también debe ser desestimado.

c) Conclusión

Por las razones precedentemente expuestas, entiendo que los agravios deducidos no deben prosperar y, en coincidencia con lo expuesto por el señor Procurador General, corresponde contestar negativamente la primera cuestión planteada, confirmándose la sentencia impugnada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo y Dr. Adaro. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, el DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede. SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando, en definitiva, RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa del imputado.
- 2.- Téngase presente la reserva del caso federal.
- 3.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro.

15- CUELLO LEDESMA. 17-07-20.

| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
|----|----|----|------|--------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|-------------|---|-----|
| - | - | - | AI | PCE | - | - | A | R | - | - | - | - | - | 474 |

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200717_FcCuello.pdf

Lex: Art. 166 inc. 2°, 1° párrafo, 1° supuesto del CP. Art. 164 del CP. Art. 2 del CPP. Art. 38 de la Ley 9106.

Vox: Robo agravado. Arma impropia. Duda. Robo simple. Principio de intermediación. Credibilidad del testimonio de la víctima. Unidad de la prueba. Valoración de la prueba. Juicio de cesura.

Summa:

El TPC condenó al nombrado a la pena de **cinco años y seis meses de prisión** como autor del delito de robo agravado por el uso de arma (art. 166 inc. 2°, primer párrafo del CP) y lo declaró reincidente.

La **defensa** interpone recurso de casación.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** resolvió lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa, y casar el resolutive I de la sentencia del TPC, que deberá quedar redactado de la siguiente forma: «**Condenar a Julio César Cuello Ledesma**, ya filiado, como autor penalmente responsable del delito de **robo simple**, previsto y penado por el art. 164 del Código Penal...». Ordenó la remisión al TPC a fin de que OGAP siga el trámite de ley, conforme al resultado aquí arribado (art. 486 del C.P.P.). En tal sentido, y resultando la situación análoga a la prevista en el art. 38 de la ley 9106. Por mayoría entendió que la circunstancia material que daba fundamento a la agravación del robo no se encuentra acreditada con certeza positiva, imponiéndose la duda. En disidencia, se realizaron observaciones sobre el valor probatorio de la declaración de la víctima y el principio de intermediación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 806, pronunciada por el TPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/consultar.php>

- Tejada, Julio.
- Luna García.
- Zeballos Verduguez.
- Flores Suárez.
- Brizuela Pérez. 16-04-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180416_FcBPH.pdf
- Funes Naballe. 08-04-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200408_FcFND.pdf
- Vergara Martínez. 08-04-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200408_FcVMM.pdf
- Talma Agüero.
- Rodríguez, Gonzalo.
- Vera Morales. 06-06-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190606_FcVMJ.pdf
- González, Daniel.

Doctrina citada.

BACIGALUPO Enrique. "El debido proceso penal"; Ed. Hammurabi; Buenos Aires; 2005; p. 97

Parágrafos destacados.

“Para esto último será imprescindible formar juicio acerca de si, en las circunstancias ambientales del caso, se daban condiciones para una clase de observación compatible con la riqueza de datos ofrecidos, y si la hacía posible la propia naturaleza del hecho (conf. «Zeballos Verduguez», «Flores Suárez», «Brizuela Pérez», entre otros)”

“Al respecto, es criterio constante de esta Sala que los defectos de motivación de la sentencia, para conllevar la extrema solución de su nulidad, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (conf. «Funes Naballe», «Vergara Martínez», entre muchos otros) lo que, a la luz de la revisión efectuada, no ocurre.”

“La falta de credibilidad de la víctima no puede presumirse, debe probarla quien la alega. No se trata de trasladar las malas prácticas inquisitivas dirigidas en otras épocas a los sospechados, imputados o acusados, pero ahora a quienes son víctimas.”

SCJM. Dres.: **Adaro.** Palermo. Valerio (Disidencia).

Fallo.

CUIJ: 13-05026224-8/1((018602-107321)) FC/ CUELLO LEDESMA JULIO CESAR P/ ROBO AGRAVADO (107321) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105191459*

En Mendoza, a los diecisiete días del mes de julio del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-05026224-8 caratulada “F. c/ CUELLO LEDESMA, JULIO CÉSAR P/ ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA S/ RECURSO DE CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. OMAR A. PALERMO y tercero DR. JOSÉ V. VALERIO.

La defensa oficial, en representación de Julio César Cuello Ledesma, formula recurso de casación contra la sentencia n° 806 del Tribunal Penal Colegiado n° 2 de la Primera Circunscripción Judicial, por cuanto condenó a su defendido a la pena de 5 años y seis meses de prisión por considerarlo culpable del delito de robo agravado por el uso de arma (art. 166 inc. 2°, primer párrafo del CP) y lo declaró reincidente, hecho investigado en los autos n° P-107.321/18.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

La resolución impugnada tuvo por acreditado que «el 29 de diciembre de 2.018, siendo aproximadamente las 14.45 horas, el ciudadano Julio César Cuello Ledesma en compañía de un sujeto masculino no identificado ni habido [...], previo romper un candado ubicado en un portón de la Chacarita “Don Rubio”, ubicada en calle Haití y Maza de Gutiérrez, Maipú, Mendoza, ingresaron al predio de la misma y se apoderaron de una bolsa con cables de cobre. Tal situación fue advertida por el dueño de la chacarita, Oscar Roberto Saiff Morales, quien al ver a los sujetos comenzó a increparlos, motivo por el cual el sujeto ni identificado ni habido [...] se dio a la fuga con los elementos sustraídos, mientras que el ciudadano Julio César Cuello Ledesma intentó darse a la fuga pasando por arriba de una parva de caños y extrayendo un cuchillo tipo tramontina con el que le manifestó a la víctima “no se me acerquen porque les voy a pegar un puntazo”» –conf. fs. 190 vta. y 191–. Para arribar a tal conclusión, el juez Salinas valoró principalmente las declaraciones testimoniales de Oscar Roberto Saiff, Ricardo González, Luis Carlos Mogro y Gerardo Daniel Sánchez.

2.- Recurso de casación

La defensa formula recurso de casación con fundamento en el art. 474 incs. 1 y 2 del CPP, por considerar que la sentencia pronunciada incurrió en vicios in iudicando e in procedendo al momento de valorar la prueba incorporada a la causa, lo que condujo a la violación de las reglas de mérito según la sana crítica racional y de fundamentación de las resoluciones, y a aplicar una calificación errónea al caso. Explica la defensa que la impugnación no pretende cuestionar la materialidad del hecho ni la participación del imputado en él, sino la existencia de un cuchillo con el que se fundó la agravante de la calificación jurídica aplicada. A su juicio, no se encuentra acreditada la utilización del cuchillo por parte de Cuello Ledesma, por lo que la calificación correcta es la de robo simple prevista por el art. 164 del CP. La defensa explica que la víctima dijo haber visto al imputado con el cuchillo mientras corría, que los policías detuvieron al

atacante y le dijeron que el cuchillo no era importante, y se retiraron. La víctima afirmó que se quedó buscando y que encontró el cuchillo en cuestión entre unos caños de la chacarita. A esta versión la defensa opone las declaraciones que los oficiales Sánchez y Mogro prestaron durante la investigación, en las que afirmaron que las víctimas no refirieron nada sobre un cuchillo. Luego, en el debate, estos efectivos policiales dijeron que la víctima sí había manifestado que había un cuchillo, pero al serles expuesta la contradicción con su declaración previa, dijeron que no recordaban con exactitud en razón del tiempo transcurrido y la cantidad de procedimientos que normalmente llevan adelante. A criterio de la defensa, la declaración que prestaron durante la investigación es más espontánea. Sánchez dijo haber realizado una inspección ocular y no haber encontrado nada, porque la víctima no mencionó ningún cuchillo. Lo mismo sostuvo Mogro. Por otra parte, el cuchillo habría sido encontrado y levantado por la víctima –que dijo haber tomado los recaudos necesarios– pero luego no se hicieron pericias de ninguna índole para intentar levantar huellas y cotejarlas con las del acusado.

Tampoco se incorporó un informe del CEO que podría haber despejado dudas. A ello se suma que en el acta de procedimiento de fs. 1 no se menciona el cuchillo, a pesar de que el ayudante fiscal que intervenía ordenó la realización de una inspección ocular. Por último, alega la defensa que, si el acusado hubiera ido armado, sería esperable que hubiese empleado el cuchillo para amedrentar a las víctimas. No fue lo que ocurrió, pues logró ser atacado por las víctimas que lo golpearon y ataron hasta que llegó la policía, que lo encontró con politraumatismos, una mano fracturada, lastimado y con sangre en la cara. Afirma la defensa que la aparición de un cuchillo en tales circunstancias es compatible con los robos anteriores que las víctimas mencionaron, antes que con su empleo por parte de Cuello Ledesma.

En definitiva, la sentencia carecería del nexo lógico necesario entre la prueba recibida y las conclusiones a las que arribó el juez, pues no se respetó el principio lógico de razón suficiente que exige que la prueba en que se funda la sentencia sólo permita arribar a una única conclusión. Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

En oportunidad de dictaminar sobre el recurso planteado por la defensa, el señor Procurador General sostiene que el mismo resulta procedente desde el punto de vista formal, aunque debe ser rechazado en el fondo.

Explica que la defensa propone un análisis ex novo de todo lo que ya ha sido analizado y discutido en el debate, y que la casación no puede constituirse en otra instancia de lo que ya ha pasado la confrontación contradictoria. Agrega que el juez explicó que tanto Saiff como González indicaron que el imputado corría con un cuchillo en la mano, y que sus relatos aparecían sinceros y creíbles, sin que hubiera razones para pensar que podían mentir al respecto. Ambos indicaron que el imputado los amenazaba con darle un puntazo, y que luego pasó por encima de unos caños, sufrió un fuerte golpe y ahí podría haber perdido el arma.

El efectivo Mogro recordó que las víctimas afirmaron que el acusado llevaba un cuchillo, y que efectuaron una búsqueda rápida porque era muy difícil buscar entre la chatarra, y porque el acusado se encontraba aprehendido en el lugar y debía ser trasladado a una comisaría. Esas circunstancias, a criterio del juez, conspiraron contra una mejor búsqueda. En relación al hallazgo, tanto Saiff como González expresaron que no encontraron inmediatamente el cuchillo dada las características del lugar y los caños apilados. Respecto de la posibilidad de que el cuchillo correspondiera a otro asalto, refiere el Procurador General que ello es una elucubración defensiva pues no se sabe si en las oportunidades aludidas se emplearon armas de esa índole.

Además, las víctimas buscaron entre los caños en los que cayó el acusado.

En definitiva, a criterio del titular del Ministerio Público Fiscal el juez a quo ha dado un tratamiento adecuado a los planteos de la defensa, que ameritan el rechazo del recurso de casación intentado.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Puesto a resolver la cuestión en tratamiento, adelanto que a mi entender corresponde hacer lugar al recurso de la defensa, en base a las razones que expondré en lo sucesivo.

De forma preliminar, cabe recordar que este Tribunal ha sostenido con anterioridad que, en materia probatoria, la función de este Cuerpo consiste en verificar esencialmente tres extremos: (a) que el juez de sentencia contó con suficiente prueba en relación a la plataforma fáctica investigada y la intervención que en ésta le cupo al encausado para dictar su condena; (b) que esa prueba fue producida e incorporada sin quebrantar derechos o garantías fundamentales y en correctas condiciones de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción; y (c) que la valoración de la sentencia se encuentra motivada de una manera lógica y convincente («**Tejada, Julio**», «**Luna García**», entre otros).

El recurso de la defensa se circunscribe a los puntos (a) y (c) del párrafo anterior, lo cual trae aparejadas consecuencias en la aplicación sustancial del derecho.

Así, afirma el recurrente que **la sentencia adolece de una valoración arbitraria de la prueba en punto a la acreditación del empleo de un cuchillo por parte de Cuello Ledesma**, y que esa valoración arbitraria deriva en una condena agravada que no reúne la prueba necesaria para alcanzar el grado de certeza requerido por la etapa procesal.

Corresponde entonces analizar el razonamiento que llevó adelante el juez a quo, a efectos de evaluar si las premisas en que se basa resultan capaces de sostener lógicamente la conclusión a la que arriba, esto es, que Cuello Ledesma portaba un cuchillo al momento de cometer el delito.

Es conveniente aclarar, en este punto, que **no se encuentra cuestionada la existencia de la figura básica de robo –esto es, su materialidad–, ni la intervención del acusado en él, sino solamente la cuestión sobre si portaba o no un cuchillo al momento de cometerlo.**

En este orden observo que el juez de la instancia anterior ha tenido en cuenta, en punto a la existencia del cuchillo, las declaraciones de la víctima Saiff y su empleado González, así como la de los policías que arribaron al lugar y detuvieron al acusado.

Al respecto, afirmó: i) que las víctimas **impresionaron como sinceras, confiables**, con relatos coincidentes y sin motivos para mentir o conflictos con el imputado, y que el hecho de haber sufrido robos con anterioridad no era suficiente para afirmar la existencia de animosidad en contra del imputado, en especial si González, que no fue víctima de esos hechos, coincidía en su versión con Saiff; ii) que en el debate González dijo que «vio algo que brillaba»; iii) que Saiff y González señalaron que el acusado los amenazó con darles un puntazo si se acercaban y coincidían en explicar que no encontraron el cuchillo en el momento porque el lugar del hecho es una chacarita, pero que luego se quedaron buscando y apareció; iv) que la fractura en mano derecha del acusado puede explicar que haya perdido el cuchillo en la caída; v) que es dable pensar que -a diferencia de su cómplice Cuello Ledesma detuviera su huida justamente porque tenía un cuchillo pues sino, no hubiera tomado esa actitud frente a dos personas; y vi) que coincidía con la defensa respecto del déficit en procedimiento de secuestro y huellas, pero que –aun aceptados esos cuestionamientos–, la prueba permitía concluir en la portación del cuchillo por parte de Cuello Ledesma (sentencia, fs. 191/192 vta.).

Ahora bien, a mi entender, **existen argumentos para sostener que algunas de las proposiciones lógicas que expone la sentencia impugnada no se ajustan a las reglas de la sana crítica racional.**

La arbitrariedad del razonamiento **se sitúa en la falta de abordaje, por parte del a quo, de elementos que permiten descreer de la presencia del cuchillo.**

Este incompleto mérito probatorio torna injustificada la decisión en tanto no permite considerar superada la duda y, de ese modo, alcanzado el grado de certeza necesario. Veamos.

En primer lugar, advierto que el a quo no ha hecho ninguna consideración en punto a las inconsistencias –que la defensa refiere en su recurso y que manifestó en su alegato oral durante el debate– entre las declaraciones de los efectivos policiales Sánchez y Mogro y las de las víctimas.

La ausencia de justificación alguna al respecto contrasta con las constancias de la causa que, por el contrario, brindan sustento al argumento recursivo.

Por una parte, el efectivo policial Gerardo Daniel Sánchez declaró durante la investigación que la víctima no le manifestó haber visto elemento alguno, que él mismo no había visto nada durante la aprehensión y que no le constaba la existencia de un cuchillo.

Aclaró que hizo una inspección ocular en el lugar del hecho, pero no «buscó» nada porque la víctima no había mencionado ningún cuchillo –ver acta de declaración testimonial de fs. 37, ofrecida como prueba por el Ministerio Público Fiscal a fs. 176 vta. y por la defensa a fs. 177–.

Lo mismo ocurre con el efectivo policial Luis Carlos Mogro Vidaurre, quien declaró que la víctima no manifestó nada en relación a un cuchillo y que no se encontró ningún elemento en el lugar del hecho –v. fs. 38, 176 vta. y 177 respectivamente–.

Por otra parte, el a quo tuvo por válida la declaración de Oscar Roberto Saiff Morales, víctima del robo, quien dijo haber visto al acusado con un cuchillo, que comunicó esa circunstancia a la Policía, pero que los efectivos se retiraron del lugar sin encontrar el arma.

En este punto advierto una primera falencia argumentativa en la sentencia, que socava la justificación de la convicción a la que puede arribarse respecto de la intervención del cuchillo en el suceso.

El a quo nada ha dicho sobre las inconsistencias entre lo que los efectivos policiales declararon durante el debate y lo que dijeron en la investigación penal preparatoria, y tampoco entre la diferente versión que ello implica respecto de la declaración de las víctimas.

En segundo orden, también se advierten imprecisiones en la declaración de la víctima Ricardo González que no han sido evaluadas por el juez a quo.

Sobre el modo de evaluar la credibilidad de un testimonio, este Tribunal se ha expedido en otras oportunidades en las que se ha destacado que la determinación del crédito que merece el deponente es el momento de mayor dificultad, ya que se trata de evaluar su sinceridad; es decir, de saber si cuenta realmente lo que se cree que presencié.

Para ello deben considerarse las particularidades de la declaración, el modo de prestarla, la existencia o no de motivos –interés– para desfigurar u ocultar la verdad, la coherencia de la actual con anteriores manifestaciones recogidas en la causa.

También debería determinarse si gozó de una percepción de calidad de lo presenciado y si ha conservado con fidelidad los correspondientes datos.

Para esto último será imprescindible formar juicio acerca de si, en las circunstancias ambientales del caso, se daban condiciones para una **clase de observación** compatible con la riqueza de datos ofrecidos, y si la hacía posible la propia naturaleza del hecho (**conf. «Zeballos Verduguez», «Flores Suárez», «Brizuela Pérez», entre otros**).

Bajo estas pautas corresponde analizar la valoración de los testimonios que llevó a cabo el a quo. Desde la perspectiva externa, es decir, del «hablante», advierto que el juez no ha tomado en consideración para

evaluar la credibilidad del testimonio de González el hecho de que su declaración tenía virtualidad ratificatoria o contradictoria respecto de la de su empleador, el señor Saiff.

Por otra parte, y desde la perspectiva interna –«lo hablado»– cobra relevancia el hecho de que durante el debate no haya afirmado asertivamente que el elemento que Cuello Ledesma llevaba en sus manos era un cuchillo y se limitara a sostener que era «algo que brillaba», a pesar de haber estado junto a Saiff en el momento del hecho y de haber declarado durante la etapa instructora que «uno saca un cuchillo» –v. fs. 83, 176 vta. y 177–.

Estas circunstancias me impiden considerar, con el a quo, que los relatos impresionen como seguros y consistentes.

Debe tenerse presente que las inconsistencias en las declaraciones de los testigos mencionados son recurrentes en punto a la portación del arma por parte del acusado en el momento del hecho, no así en otros datos relevantes sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrió el evento, respecto de las cuales hay una marcada coherencia.

En tercer lugar, advierto que el a quo ha meritado la credibilidad del testigo víctima Saiff a través del descarte de razones para asignarle animosidad. Sin embargo, en esta sección la sentencia omite meritarse las alegaciones defensivas, según las cuales la descripción del hecho por parte de Saiff puede haberse visto sesgada por el hecho de «estar cansado» de ser víctima de este tipo de delitos, haber sufrido «no menos de cincuenta robos» y haber realizado «al menos veinte denuncias» –ver constancias audiovisuales del debate del día 01-10-19, min. 05:00 y ss.–.

Todo lo que explicó el a quo al respecto es que el hecho de haber sufrido robos anteriores no era suficiente para afirmar la existencia de animosidad en contra de este acusado en particular, máxime si González –que no había sido víctima de aquellos hechos– coincidía en su versión con Saiff.

La valoración que llevó a cabo el juez en este punto es particularmente problemática. Ya he señalado que la versión de González debe ser meritada a la luz de su relación de dependencia laboral respecto de Saiff. A ello cabe agregar que no consta que el empleado González no haya sido víctima también –como afirma el a quo– de alguno de los robos previos, lo cual por el contrario es probable dado su gran número.

Además, debe tenerse en cuenta que las declaraciones de González y Saiff no eran consistentes de modo absoluto respecto del cuchillo, como destaqué al meritarse el testimonio del primero. Respecto de la posible animosidad en particular contra Cuello Ledesma, advierto que el a quo no ha tomado en consideración que Oscar Roberto Saiff había sido víctima con anterioridad de un robo en esa misma propiedad efectuado por parte de Cuello Ledesma, quien fue condenado por ese hecho, dato que surge de las fichas de antecedentes penales agregadas a fs. 137 vta./138 ofrecidas por las partes.

Por último, tampoco fue meritado el hecho de que –según el acta de procedimientos de fs. 1 y vta.– la víctima dueña del inmueble dijo a los efectivos policiales que el predio contaba con cámaras de video que podían aportar elementos de convicción, más luego no las aportó, a pesar de haber tenido oportunidad de hacerlo al momento de realizar la denuncia y acercar el cuchillo que había encontrado en el lugar del hecho.

En cuarto lugar, entiendo pertinente analizar el mérito de la quebradura en la mano del acusado que el juez Salinas realizó como indicio de cargo.

En este tramo de la sentencia, señaló que «[d]ebe destacarse como un indicio más, que se encuentra probado que Cuello sufrió la fractura de su mano derecha -según se desprende del acta de procedimiento de fs. 1 y vta.-, y ello fortalece la versión de las víctimas, no sólo en relación a la aprehensión privada que

se produce, sino también en cuanto a la posibilidad de que efectivamente haya perdido el cuchillo en la caída» -fs. 192-.

Este indicio ha sido, a mi criterio, **erróneamente valorado por dos razones**.

En primer lugar, porque para asignarle valor alguno –sea de cargo o de descargo– el juez debió contar previamente con algún elemento que acreditase si el acusado era zurdo o diestro, pues de ello depende que tuviera sentido su razonamiento según el cual Cuello Ledesma portaba con esa mano el cuchillo al momento de la caída –pues de otro modo, a mi criterio no tendría relación la quebradura con la portación de un arma–, y según mi control, no se ofreció prueba alguna al respecto.

En segundo lugar, porque contrariamente a lo sostenido por el juez, el acta de procedimiento de fs. 1 vta. afirma que fue la mano izquierda, y no la derecha, la que el acusado se fracturó: «el suscripto [...] procede al traslado del aprehendido al Hospital Paroissiens para ser asistido en primera instancia, donde somos recibidos por la Dra. Castro María, quien diagnostica politraumatismo T.E.C. y fractura de mano izquierda, por lo que necesita ser trasladado al Hospital Central para ser asistido por un traumatólogo [...]».

En quinto y último lugar, debo destacar que el defecto de acreditación de la existencia de un cuchillo y de su empleo por parte del acusado en el hecho corresponde al Ministerio Público Fiscal, que contaba con medios probatorios a disposición –vgr. una pericia técnica– para determinar la existencia de posibles huellas del acusado en el cuchillo que la víctima recogió, con los cuidados pertinentes, del lugar del hecho. Lo dicho en los párrafos anteriores, a mi criterio, contraría la afirmación del juez a quo según la cual una pericia de la índole sugerida era innecesaria en tanto las demás pruebas colectadas permiten llegar a la conclusión de que Cuello Ledesma portaba un arma blanca.

Advierto que el defecto en la instrucción ha sido indebidamente trasladado al ámbito de competencia del acusado, mediante un relajamiento del estándar probatorio necesario para considerar acreditada la existencia del arma.

Lo dicho hasta aquí permite comprender las razones por las cuales la valoración probatoria efectuada por el juez a quo resulta, a mi juicio, arbitraria e insuficiente para justificar la acreditación de la portación de un cuchillo por parte de Cuello Ledesma.

La posición que aquí se sostiene no implica en modo alguno sugerir que sólo puede tenerse por acreditada el arma a través de su secuestro en el momento del hecho. No caben dudas de que, aun cuando el arma no es habida, existen otras maneras de probar su existencia, principalmente a través de la declaración de la víctima.

Sin embargo, en el caso concreto se han omitido considerar elementos que contradicen la versión de aquella y que generan un estado de duda sobre la intervención de un arma que obliga a no poder considerada acreditada la agravante en cuestión.

En suma, entiendo que la valoración de la prueba resulta arbitraria en la medida en que omite considerar elementos relevantes para el descubrimiento de la verdad, como así también analiza de manera parcial otros elementos probatorios incorporados al proceso, fortaleciendo injustificadamente aquellos tendientes a incriminar al acusado por el uso del cuchillo en el hecho objeto del proceso, y relativizando arbitrariamente los que desacreditarían la hipótesis.

En base a esto, puede afirmarse que la circunstancia material que daba fundamento a la agravación del robo cometido por el acusado Cuello Ledesma no se encuentra acreditada con certeza positiva. La valoración probatoria realizada en esta instancia obliga, sobre este punto, a aplicar el beneficio de la duda en relación al recurrente.

De manera tal que corresponde contestar afirmativamente la primera cuestión planteada y casar la sentencia recurrida. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el Dr. OMAR A. PALERMO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

Voto Dr. Valerio. Disidencia.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Me permito disentir con el acuerdo al que arriban mis distinguidos colegas de Sala respecto de la solución que corresponde al recurso de casación planteado por la defensa de Julio César Cuello Ledesma.

Considero apropiado rescatar algunas consideraciones que he formulado en anteriores oportunidades en relación a los **distintos grados de convicción** que supone el proceso penal.

El Código Procesal Penal exige a la actividad judicial que, a medida que el proceso avanza, los argumentos tengan cada vez mayor poder explicativo de esos fenómenos.

Así, al momento de imputar es suficiente un poder explicativo moderado: motivos bastantes para sospechar. Al elevarse la causa a juicio, ese poder explicativo incrementa: elementos de convicción suficientes.

Finalmente, el Código es claro al asignar a la **decisión condenatoria el deber de contar con el mayor poder explicativo posible**, al punto tal que en caso de **duda** -es decir, cuando el poder explicativo se ve menguado- obliga a absolver al acusado (ver al respecto, «Talma Agüero», «Rodríguez, Gonzalo», entre otros).

Ahora bien, a mi modo de ver, los fundamentos de la sentencia bajo examen reúnen los requisitos que debe contener, en especial el determinado en el inciso 2 del art. 411 del C.P.P. que exige una exposición concisa de los motivos de hecho y de derecho en que se basan y satisface el estándar de la cultura jurídica en nuestro medio.

En efecto, en nuestro modelo de república federal de gobierno (art. 1 de la C.N.) el enjuiciamiento previsto es por el sistema de juicio por jurados populares (arts. 24, inc. 1º del art. 75 y art. 118) y que en nuestra provincia ello se concretó para determinados delitos con la ley 9106.

Es decir, el sistema de enjuiciamiento en todos los casos debe ser acusatorio de tipo adversarial, y en los casos en que la ley así lo establezca, por juicio por jurados. Siempre debe ser mediante la oralidad, único método que materialmente es compatible con este sistema.

Por su parte, el art. 146 de la Constitución de Mendoza dispone que los procedimientos ante todos los tribunales de la Provincia serán públicos, salvo los casos en que la publicidad afecte la moral, la seguridad o el orden social.

Esta norma se refiere a lo público como opuesto a lo secreto, que era propio del sistema inquisitivo, no como en el sentido romano de opuesto a lo privado, como cosa pública o del Estado.

En consecuencia, la actuación en nuestros tribunales debe ser oral y a la vista del pueblo que es el soberano, y salvo las excepciones previstas que impiden que sea a la vista de todos, la oralidad se impone en todos los casos. Pero esa oralidad impone el principio de inmediación donde «... el juez debe configurar su juicio sobre la base de la impresión personal que ha obtenido del acusado y de los medios de prueba...».

Principio de inmediación

En definitiva, «... ese principio material de inmediación, según el cual el juez sólo debe dictar sentencia de acuerdo con la prueba del juicio oral» (**Enrique BACIGALUPO; “El debido proceso penal”; Ed. Hammurabi; Buenos Aires; 2005; p. 97).**

A ello debe agregarse que «[e]l principio de inmediación es, además, la consecuencia necesaria del reemplazo de la prueba tasada, propia del antiguo proceso secreto» (ob. cit, p. 98).

«La percepción directa de la prueba es, por el contrario, un presupuesto de su ponderación de la prueba en conciencia, que el moderno legislador delegó en el juez» «El juez que valora en conciencia la credibilidad de una declaración, por el contrario, sólo puede hacerlo si percibe directamente la declaración oral del testigo» (ob. cit.99). «Por todo ello, el principio de inmediación no es sólo un medio técnico. Tiene, además, una fuerte carga histórica político-institucional.

Constituye una clara reacción contra el formalismo de la cultura procesal propia de la justicia del antiguo régimen...» (ob. cit. p. 99). «El principio de inmediación, por lo tanto, es una consecuencia del triple fundamento del proceso liberal: publicidad, oralidad y juicio por jurados» (ob. cit. p.98). Finalmente, «...el principio de inmediación tiene relación con la garantía del juez predeterminado por la ley... el juez que tiene que haber percibido directamente la prueba es el que tiene que dictar sentencia y este es sólo el juez predeterminado por la ley.

Un juez que introduce, en su ponderación de la prueba, la obtenida mediante subrogación de otro, reemplaza la convicción del juez predeterminado por la ley por la de otro juez u otra persona (por ejemplo, un funcionario)» (ob. cit. p. 106).

Cuando la ley autoriza la incorporación de testimoniales (art. 400 y 401 del C.P.P.) hay que distinguir, por un lado, cuando ello es **porque existe un acuerdo probatorio (art. 368 C.P.P.) en el que no está discutido el hecho; y**, por el otro, cuando sólo existe **acuerdo de incorporación** del registro de la declaración anterior al debate (inc. 1° del art. 400 del C.P.P.), donde puede existir diferencia sobre la interpretación de lo declarado, entonces hay que tener en cuenta que «la comprensión es más que conocer el significado de las palabras dentro de un texto» (ob. cit. p. 112).

Pero cuando la incorporación es porque existen contradicciones entre los registros de anteriores declaraciones o constancias de lo que habría dicho (como en ocasiones en las actas de procedimientos) o cuando es para ayudar a la memoria del declarante, hay que tener en cuenta varios aspectos importantes. En primer lugar que lo único que esta legítimamente incorporado en el debate es lo efectivamente oralizado y no todo el registro de lo anteriormente declarado.

En segundo lugar, ante quien se efectivizó la declaración previa (no es lo mismo la realizada ante un funcionario que ante un juez).

En tercer lugar, que la inmediación le permite al juez natural competente (preordenado por la ley), al escuchar las explicaciones por parte del declarante del porqué de la **contradicción** o cuál versión -en definitiva- dice que es la correcta y sus razones, «percibir no sólo visual o acústicamente las palabras, dichas por el declarante, sino también si se ha podido ver la forma corporal de la expresión y su estado emocional en el momento de declarar» (ob. cit. p. 111).

Entonces, aplicadas estas consideraciones al caso en análisis, puede decirse que **la defensa** no puede pretender que en el recurso de casación se tome el frío significado de las palabras dentro de un texto que se encuentra en el registro de la previa declaración al debate, construyendo una duda sobre la credibilidad, y que se emita un juicio sin tener en cuenta las explicaciones y razones brindadas por el testigo y la percepción que tuvo de ellas el juez natural por medio de la inmediación, que lo llevó en definitiva a emitir una valoración sobre la credibilidad del deponente y la existencia del hecho, porque ello sería subrogar el juez natural irrazonablemente por simples registros y **violar el principio de la inmediación como una condición constitucional de la valoración de la prueba.**

Ello no significa, de modo alguno, erigir a la inmediación como un límite infranqueable para la revisión de las sentencias de instancias anteriores por parte de este Tribunal.

Lo antes expresado implica que cuando **un elemento de prueba ha sido valorado de acuerdo con el principio de la inmediación en sentido fuerte**, el recurrente debe aumentar su potencial argumental para demostrar el vicio en la ponderación y en la contribución de ésta al conjunto de valoraciones, porque los registros escritos de la investigación penal preparatoria tienen una relevancia reducida frente a la oralidad, con inmediación presencial o virtual, durante el debate.

En términos simples: a mayor presencia de la inmediación en la tarea de valoración de un elemento de prueba, mayores argumentos debe brindar el recurrente si su pretensión es revocatoria de la decisión jurisdiccional.

Dicho esto, corresponde señalar que -a mi juicio- la valoración probatoria llevada adelante por el juez de la instancia anterior es suficiente para considerar superado el estándar probatorio necesario para tener por acreditado el hecho con la extensión que se le asignó en la sentencia condenatoria impugnada, sin que las críticas que plantea la defensa logren conmovir su decisión.

Al respecto, es criterio constante de esta Sala que los defectos de motivación de la sentencia, para conllevar la extrema solución de su nulidad, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (conf. «**Funes Naballe**», «**Vergara Martínez**», entre muchos otros) lo que, a la luz de la revisión efectuada, no ocurre.

Ahora bien, la consideración de los argumentos planteados por la defensa no logra, a mi criterio, cimentar un cuestionamiento serio contra la sentencia.

La decisión se asienta principalmente en la **declaración de las víctimas**, que se ven reforzadas por la existencia de pruebas e indicios que completan suficientemente el cuadro probatorio.

En este sentido, la víctima Oscar Roberto Saiff Morales -dueño de la «chacarita»- se ha mantenido consistente en punto a la modalidad en que ocurrió el hecho, señalando que el imputado salió corriendo con una bolsa cuando él y González le gritaron y que, en un momento, el atacante detuvo su carrera y los amenazó afirmando que les daría «un puntazo» lo que provocó que detuvieran la persecución.

La víctima ilustró sobre el momento posterior en el que Cuello quiso pasar por encima de unos caños y cayó al piso, sufriendo un fuerte golpe.

La versión se vio sostenida en forma coherente por la declaración de la otra víctima del hecho, Ricardo Raúl González, quien también afirmó que el imputado los amenazó y que se golpeó cuando cedieron unos caños a través de los que intentaba huir.

Ambos testigos coinciden en que no encontraron inmediatamente el elemento que supuestamente había empleado Cuello, y describieron la dificultad para hallarlo debido a las características del lote, que se trata de un terreno que tiene muchos caños apilados, de distintos largos y anchos.

Advierto que el mérito que ha llevado a cabo el juez respecto de estas declaraciones es adecuado, sin que las circunstancias que la defensa pretende alegar para restarle valor logren demostrar otra cosa que una mera discrepancia de criterio. Los relatos fueron analizados en profundidad por el a quo, quien los calificó de sinceros y confiables.

Las críticas defensivas que intentan vincular la presencia del cuchillo en el mismo lugar donde cayó Cuello a robos anteriores aparece en este sentido como remota y desprovista de sustento racional.

Coincido en este punto con el señor Procurador General, quien considera que el argumento no es más que una elucubración defensiva, pues no se sabe si en las oportunidades aludidas se emplearon armas de esa índole.

Valoración del testimonio de la víctima.

La valoración del testimonio de la víctima siempre debe hacérselo por el mismo método, como lo impone el art. 7 de la Constitución de Mendoza (como en cualquier otro caso y por cualquier delito, porque no está permitido en nuestro derecho un doble o múltiple estándar de valoración), testimonio que debe abordarse sin el prejuicio de que miente o que tiene o puede tener oscuros intereses, ya que no es la víctima quien debe probar que dice la verdad.

La falta de credibilidad de la víctima no puede presumirse, debe probarla quien la alega. No se trata de trasladar las malas prácticas inquisitivas dirigidas en otras épocas a los sospechados, imputados o acusados, pero ahora a quienes son víctimas.

Sino que las partes en la audiencia y en contradicción en el examen y contraexamen del testigo (víctima) y luego en la valoración de sus dichos, cotejándolos con los diversos elementos de pruebas y evidencias, como la forma, el tiempo y las circunstancias de su percepción y las condiciones subjetivas de transmisión por parte del declarante, deben argumentar su teoría de la prueba según su teoría del caso.

Finalmente será el juez al exponer sucintamente sus fundamentos y en base a la sana crítica (siguiendo las reglas del recto razonamiento, la experiencia, la lógica, la ciencia, la física y la psicología) quien debe justificar porque es creíble o no el testigo o la información que aporta, y/o si tiene o no por acreditado el hecho.

Partiendo de considerar que la víctima es un testigo privilegiado del hecho, cualidad que resulta de su intervención como sujeto pasivo de un ilícito penal, no puede desconocerse que el sentido acreditante que pueda reconocérsele a su relato también depende de su consideración con el resto de los elementos probatorios existentes, que deben ser considerados y analizados por el juzgador al momento de adoptar una decisión como la que aquí se cuestiona.

Dicho de otro modo, el testimonio de la víctima constituye prueba esencial, pero la valoración de su versión de los hechos **no puede efectuarse de manera descontextualizada, ignorando el resto de la prueba incorporada (conf. «Vera Morales»)**.

Aplicando estas consideraciones al caso concreto, entiendo que el a quo ha meritado adecuadamente las declaraciones de Oscar Roberto Saiff Morales para concluir que contenía la verdadera versión de lo acontecido.

Al concentrarnos en este aspecto, advierto que la ponderación valorativa reconocida en la sentencia emerge, entre otros aspectos, de la permanencia del relato incriminatorio a lo largo de la marcha del proceso.

En este sentido, al repasar los dichos de la denuncia y de su testimonial en debate, el sentenciante sostuvo que «corresponde afirmar que el dueño de la chacarita, Sr. Saiff y su empleado, Sr González, han impresionado en sus relatos como sinceros y confiables, destacándose la coincidencia de sus relatos y descartándose la existencia de algún motivo para mentir o algún conflicto personal con el imputado. [...]

Discrepo en este punto con la defensa técnica, pues no advierto que el hecho de haber sufrido antes otros robos a su propiedad sea un elemento suficiente para afirmar una animosidad en contra del imputado y que lleven a Saiff a declarar en su contra.

Sobre todo cuando González, que no ha sido víctima de sustracciones anteriores, coincide en todo con Saiff». (fs. 191 vta. y 192)

Por otro lado, el juez sostuvo que el testimonio de las víctimas se veía reforzado por la versión de los oficiales Sánchez y Mogro, quienes declararon que las víctimas decían que el imputado tenía un cuchillo,

pero que no lo encontraron en ese momento, que la búsqueda fue rápida y que era difícil buscar debido a la existencia de chatarra.

También se mencionó que tenían premura debido a que el imputado estaba aprehendido en el lugar, circunstancias todas que explican que no encontrasen el cuchillo en ese momento y que una búsqueda más detenida -como la que refirieron Saiff y González- haya permitido el hallazgo.

Tampoco son válidas conjeturas que la experiencia común desvirtúa y nos lleva a descartarlas. No todas las personas son diestras o zurdas, hay personas "ambidiestras" (es decir, que tienen la capacidad de usar aparentemente con la misma habilidad elementos con ambas manos o pies), o que sin ser de habilidad idéntica o similar tienen cierta habilidad con la mano menos hábil, y finalmente, también la experiencia común nos evidencia que las circunstancias muchas veces llevan a que personas diestras o zurdas utilicen herramientas con la mano menos hábil.

Es decir, no hay una relación directa, necesaria, imprescindible entre la habilidad y el uso de un utensilio. En consecuencia, **si la premisa no es verdadera**, no puede justificarse como si fuera el resultado correcto de un supuesto silogismo, una premisa constituida por ciertos datos que se consideran dudosos.

Por último, el juez meritó como indicio que acredita los dichos de las víctimas la fractura en la mano de Cuello Ledesma -compatible con la caída que describen Saiff y González-.

Ahora bien, respecto de las posibles inconsistencias entre la declaración que los efectivos policiales realizaron en la investigación y la que efectuaron en el debate, debe tenerse presente que la crítica de la defensa omite considerar que el testimonio de las personas se basa en los recuerdos que éstas mantienen de un hecho, memorias que con el paso del tiempo pierden detalle y precisión.

Entre el hecho y el debate transcurrieron aproximadamente diez meses, en los cuales los oficiales continuaron sus labores al servicio de la seguridad -lo que implica la realización de procedimientos similares al de este caso-, lo cual a mi entender explica las inconsistencias que destaca la defensa.

En lo esencial los relatos se han mantenido coherentes, y ratifican los dichos de las víctimas que constituyen la prueba fundamental del hecho pues fueron testigos directos del suceso.

Conforme lo ha sostenido esta Sala con anterioridad, la valoración de elementos de convicción debe ser realizada de manera integral, vinculando los elementos de prueba entre sí.

Entiendo que el método de cotejo y valoración de la prueba utilizada por el sentenciante en el sub-lite es el que ha sostenido esta Sala en numerosas ocasiones anteriores, determinando que «[...] los medios de prueba no constituyen compartimientos estancos, porque cada uno de ellos se apoya en mayor o menor grado sobre los restantes. Unos y otros aparecen, finalmente, como los elementos de un todo, y será ese conjunto el que dará la prueba sintética y definitiva, aquélla sobre la cual se podrá levantar la reconstrucción de los hechos. Las diversas pruebas presentadas en un momento dado deben ser examinadas al mismo tiempo, pues el resultado global es el que cuenta...» (L.S. 388- 219).

De igual modo, que «[...] el sistema de la sana crítica racional, se encuentra íntimamente relacionado con el principio de la unidad de la prueba, e impone como regla la consideración de la prueba en su conjunto, pues muchas veces la certeza se obtiene de probanzas, que individualmente estudiadas pueden aparecer como débiles o imprecisas, pero complementadas y unidas entre sí, llevan al ánimo del juzgador la convicción acerca de la existencia de los hechos denunciados (L.S. 381-233; 382-107; 388-219; 398-42)» (conf. «González, Daniel», entre otros).

A mi juicio, el juez de instancia previa ha valorado de modo adecuado la prueba, mérito que le ha permitido tener por acreditada la existencia del arma que la defensa cuestiona. Vale destacar que al

testimonio de la víctima se agregan otros elementos de prueba que afianzan su credibilidad, sin que las críticas formuladas en esta instancia logren tachar su verosimilitud.

Los agravios planteados no superan la mera disconformidad con la valoración probatoria que ha efectuado el a quo, por lo que no resultan susceptibles de conmover su decisión.

De lo expuesto surge que el tribunal de juicio en base a los elementos de prueba antes detallados, llegó a la certeza necesaria en esta etapa procesal –sin que pueda predicarse la existencia de una duda razonable que habilite la aplicación del principio in dubio pro reo– para adoptar la decisión que aquí se cuestiona, plasmando su análisis en una resolución sin arbitrariedades y motivada de una manera lógica y convincente en cuanto a la acreditación del hecho y la intervención del acusado en los mismo.

Por los motivos expuestos, considero que corresponde rechazar el recurso de casación planteado por la defensa de Cuello Ledesma. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO DIJO: Atento al resultado al que se arriba en el punto anterior, corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa de Julio César Cuello Ledesma, y casar el resolutive I de la sentencia n° 806 del Tribunal Penal Colegiado n° 2 de la Primera Circunscripción Judicial, que deberá quedar redactado de la siguiente forma: «Condenar a Julio César Cuello Ledesma, ya filiado, como autor penalmente responsable del delito de robo simple, previsto y penado por el art. 164 del Código Penal, que se le atribuye en los autos n° P107.321/18 y de conformidad con lo dispuesto por los arts. 415, 556, 557, 558 y 560 del CPP».

En consecuencia, deberán remitirse las presentes actuaciones al Tribunal Penal Colegiado n° 2 a fin de que la OGAP siga el trámite de ley, conforme al resultado aquí arribado.

En tal sentido, y resultando la situación análoga a la prevista en el art. 38 de la ley n° 9.106, y por ser esta ley posterior a la ley 6.730 –y sus modificaciones– corresponde, en tanto resulte compatible, aplicar el procedimiento previsto en el inc. “b” de la citada norma. ASÍ VOTO. Sobre la misma cuestión, los Dres. OMAR A. PALERMO y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

1.- Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa de Julio César Cuello Ledesma, y casar el resolutive I de la sentencia n° 806 del Tribunal Penal Colegiado n° 2 de la Primera Circunscripción Judicial, que deberá quedar redactado de la siguiente forma: «**Condenar a Julio César Cuello Ledesma, ya filiado, como autor penalmente responsable del delito de robo simple**, previsto y penado por el art. 164 del Código Penal, que se le atribuye en los autos n° P-107.321/18 y de conformidad con lo dispuesto por los arts. 415, 556, 557, 558 y 560 del CPP».

2.- Remitir, en función del resolutive 1.-, las presentes actuaciones al Tribunal Penal Colegiado n° 2 a fin de que la OGAP siga el trámite de ley, conforme al resultado aquí arribado (art. 486 del C.P.P.). En tal sentido, y resultando la situación análoga a la prevista en el art. 38 de la ley n° 9.106, y por ser esta ley posterior a la ley 6.730 –y sus modificaciones– corresponde, en tanto resulte compatible, aplicar el procedimiento previsto en el inc. “b” de la citada norma.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

16- GARCIA SALOMON. 23-07-20.

| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
|----|----|----|-----------|------------|---------|---------|----------|---------|---------|---------|---------|-------------|---|------------|
| - | - | - | AI | PCE | - | - | A | - | - | - | - | - | - | 474 |

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=368>

Lex: Art. 166 inc. 2°, 1° párrafo, 1° supuesto del CP.

Vox: Robo agravado. Arma impropia. Valoración de la prueba.

Summa:

El **JPC** condenó al nombrado a la pena de **cinco años de prisión** como autor del delito de robo agravado por el uso de arma (art. 166 inc. 2°, primer párrafo, primer supuesto del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 4046, pronunciada por el TPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Berdejo Suarez
- García Echenique
- Escobar Jorge
- Funes Naballe. 08-04-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200408_FcFND.pdf
- Díaz Bustos
- Gómez Claudio

SCJM. Dres. **Adaro**. Valerio. Palermo.

Fallo:

CUIJ: 13-04886568-7/1((018502-715413)) FC/ GARCIA SALOMON P/ ROBO AGRAVADO (715413) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104971221*

En Mendoza, a los veintitrés días del mes de julio del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N°13-04886568-7/1 caratulada "F. C/ GARCÍA SALOMÓN, JORGE P/ ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA S/CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, Dr. MARIO D. ADARO, segundo Dr. JOSÉ V. VALERIO, y tercero Dr. OMAR A. PALERMO.

La defensa particular de Marcelo Jorge García Salomón interpone recurso de casación contra la sentencia N° 4046 que condenó al nombrado a la pena de cinco años de prisión como autor del delito de robo agravado por el uso de arma (art. 166 inc. 2°, primer párrafo, primer supuesto del CP); fallo pronunciado por el Segundo Juzgado Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

El tribunal de la instancia anterior ha tenido por acreditado que «el 26 de mayo de 2019, siendo las 9:00 horas aproximadamente en el domicilio donde residen Selva Lourdes Aguirre y Guillermo Horacio Mauro Jofre, Darío Rubén Bazan y Germán Isaac Rozas Astudillo, sito en calle Rioja 243 de ciudad de Mendoza, Marcelo Jorge García Salomón en compañía de un NN masculino, ingresaron al patio de planta alta del domicilio mencionado atravesando una reja de no más de un metro del alto y posteriormente accedieron a la habitación donde viven Darío Rubén Bazán y Germán Isaac Rozas Astudillo, la que no contaba en ese momento con medidas de seguridad, se apoderaron ilegítimamente de un acolchado color celeste, todo roto, una funda de almohada color naranja, una billetera color marrón de cuerina lisa con el DNI de Darío Bazán con domicilio en la Capital de la provincia de Córdoba, aproximadamente más de siete mil pesos, una camisa blanca con líneas verticales color grises con la parte interior del cuello de color rojo y los botones rojos; una bermuda color azul marca Rip Curl con líneas horizontales de propiedad de Darío Rubén Bazán, una cadena de acero quirúrgico larga con un dije de una cruz finita plateada, un teléfono celular de la compañía Movistar, un par de zapatillas marca Nike color negras con blanco, un par de zapatillas marca Nike color negras con detalles rojos; un cargador de teléfono marca Samsung, una billetera color marrón de cuero y adentro el documento chileno de Rozas Astudillo, una tarjeta Red Bus, papeles varios, una camisa color negra, una camisa color gris marca Zara, de propiedad de Germán Isaac Rozas Astudillo y otros bienes. En ese instante el NN es sorprendido por Guillermo Maure Jofré, quién emprendió la persecución del mismo perdiéndolo de vista en las inmediaciones del complejo de departamentos ubicado en calle San Juan y República de Siria». «Que paralelamente Darío Rubén Bazán, al constatar el faltante de bienes de su propiedad llamó a la policía y salió en busca de los autores y en ese momento observó a unos metros del lugar a García Salomón caminando por calle Zarate en dirección a calle San Juan, quién tenía en su poder variados bultos con cosas, al ver que uno de ellos estaba envuelto

en un acolchado color celeste que reconoce como de su propiedad, le manifiesta que le devuelva sus pertenencias ante lo que el sindicato emprendió la fuga arrojando en el trayecto parte de la res furtiva en diferentes sitios de su recorrido, y Bazán salió en persecución del mismo dándole alcance en inmediaciones de calle 9 de Julio y Virgen del Carmen de Cuyo, en el playón del frente de la municipalidad de la capital de Mendoza, donde García Salomón a fin de procurar su impunidad le exhibe de forma amenazante una navaja, a la vez que le manifiesta “ Que te pasa gil, yo no soy el otro flaco”, lo que ocasionó temor en Bazán y decidió retirarse del lugar dando aviso a la policía. Por lo que el personal policial del móvil 2998 de la Policía de Mendoza, advertidos por frecuencia policial del hecho se dirige a la zona y finalmente logran la aprehensión de Marcelo Jorge García Salomón en las inmediaciones de calle San Lorenzo y España de ciudad, quién aún tenía en su poder parte de la res furtiva, por lo que proceden a su aprehensión”.

Para así decidir, el tribunal valoró entre otros elementos probatorios, la declaración testimonial de Germán Rozas Astudillo, de Selva Lourdes Aguirre y de Guillermo Horacio Maure Jofré, el acta de procedimiento de fs. 17/18, el croquis ilustrativo de fs. 19/20, el informe de Policía Científica de fs. 51/52.

2.- Recurso de casación

El recurso se articula en función del art. 474 incs. 1 y 2 del CPP, por entender que la resolución cuestionada adolece de vicios formales y sustanciales que la invalidan como tal.

La defensa considera que existe una errónea aplicación de la ley penal toda vez que entiende que la utilización del arma fue esgrimida cuando el desapoderamiento ya se había consumado.

Así, razona que las circunstancias de espacio y de tiempo transcurrido entre el desapoderamiento y la utilización del arma, habilita a escindir ambos hechos, de lo que concluye que la exhibición de la navaja no se corresponde con la figura del art. 166 inc. 2° del CP en la que la a quo encuadró el hecho y, por ello, postula la aplicación del art. 162,149 bis y 55 del CP.

Considera que el plexo probatorio debió interpretarse a la luz del art. 2 del CPP.

Formula reserva de caso federal.

3.- Audiencia de informe oral

A fs. 108, se celebró la audiencia de informe oral solicitado oportunamente por la defensa de García Salomón.

En ella el Dr. Diego Pablo Henríquez Guevara solicitó la anulación parcial de la sentencia cuestionada por entender que en el caso concreto existió una errónea valoración de la prueba como una errónea interpretación de la ley sustantiva y, falta de motivación de la sentencia. Citó doctrina en apoyo de su petición.

Por su parte el Fiscal Adjunto Dr. Gonzalo Nazar, solicitó el rechazo del recurso interpuesto por la defensa de García Salomón por entender que la sentencia cuestionada no adolece de los vicios formales y sustantivos que pretende la defensa técnica; consideró que los argumentos expuestos constituyen una reedición de las consideraciones ya vertidas en el debate oral y rechazadas debidamente por el tribunal de instancia anterior

3.- Dictamen del señor Procurador General

A fs. 103/104, el Procurador contesta la vista de ley y aconseja el rechazo del remedio procesal intentado toda vez que la sentencia impugnada no adolece de los vicios que pretende la defensa.

En concreto el Procurador sostiene que los agravios giran en torno a la estrategia defensiva de escindir el hecho en dos momentos bien diferenciados para atenuar la calificación endilgada; sin embargo, considera que la pretensión debe ser rechazada toda vez que la misma carece de asidero probatorio.

Destaca asimismo que la defensa no niega la materialidad del hecho y la autoría de García Salomón. Dice en su dictamen, que la víctima se lanzó detrás del encartado luego de que éste consumara el desapoderamiento y, precisamente para poner fin a esta persecución, García Salomón extrajo su navaja y amenazó a Bazán para que dejara de seguirlo y de esa manera procurar su impunidad.

Asimismo considera que el tribunal analizó todas las circunstancias relativas al tiempo transcurrido y la distancia recorrida, entre el desapoderamiento y la exhibición de la navaja y que, lo que se debe considerar es el tiempo entre el desapoderamiento y la exhibición del arma impropia, no el de la aprehensión como pretende la defensa.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Por diversos motivos considero que el recurso de casación formulado por la defensa del acusado no puede prosperar. Paso a explicarlo.

De manera inicial entiendo que la motivación de la **sentencia es suficiente para su mantenimiento como acto jurisdiccional válido, no adoleciendo de falencias que impliquen su anulación**. Ello, a la luz de la reiterada jurisprudencia de esta Sala, en el sentido que tales defectos, para conllevar tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros), lo que en la especie no ocurre.

En efecto, el tribunal tuvo por acreditado que Marcelo Jorge García Salomón, junto a otro sujeto no individualizado, ingresaron el día 26 de mayo de 2019, a las 9 hs. aproximadamente, a la pensión ubicada en calle Rioja 243 de ciudad y se apoderaron ilegítimamente de bienes totalmente ajenos pertenecientes a las víctimas. En esas circunstancias, Darío Bazán advirtió la situación, dio aviso a la policía y salió en procura de los sujetos.

En calle Zarate y San Juan de Ciudad vio al acusado caminar con bienes que Bazán reconoció como propios. Por tal motivo, le pidió que le devolviera sus pertenencias, pero el acusado continuó con la huida mientras arrojaba parte de la res furtiva.

Bazán le dio alcance en las inmediaciones de la Municipalidad de la Capital y en ese momento García Salomón a fin de procurar su impunidad le exhibió de forma amenazante una navaja y mientras le decía «que te pasa gil, yo no soy el otro flaco».

Ello ocasionó temor en Bazán que se retiró del lugar, dando aviso a la policía que finalmente aprehendió al encartado en la calle San Lorenzo y España de Ciudad, con parte de los bienes sustraídos.

Estos extremos la jueza de la instancia anterior los encontró debidamente acreditados, acertadamente a mi criterio, con la denuncia de Darío Rubén Bazán (fs. 7/9), de Germán Rozas Astudillo (fs. 13/14), de Selva Lourdes Aguirre (fs. 37/38) y de Guillermo Horacio Maure Jofré; así como sus declaraciones testimoniales debidamente incorporadas con acuerdo de partes (fs. 64 vta.), el acta de procedimiento de fs. 17/18 vta. y el acta de secuestro de fs. 34 ; entre los elementos de prueba más relevantes.

Si bien la defensa pretende la aplicación del art. 2 del CPP, del relevamiento de las constancias aprecio que la a quo arribó a la convicción acerca de la existencia de los hechos denunciados al meritar la prueba de manera conjunta y complementada, cumpliendo de tal manera con el método de valoración de la prueba que valida la legitimidad de la sentencia cuestionada (ver al respecto “**Berdejo Suarez**”; “**García Echenique**”; “**Escobar Jorge**”, entre otros).

En efecto, debe señalarse que los testimonios de los denunciantes, aportaron de manera minuciosa, las circunstancias de tiempo, de modo y lugar y, sus declaraciones resultaron concordantes y contestes con lo manifestado por los oficiales policiales actuantes Jorge Martínez y Gabriel Pérez, quienes sostuvieron que al momento de proceder a la aprehensión de García Salomón, éste tenía en su poder parte de los bienes sustraídos y la navaja descripta por Darío Bazán.

En particular el testimonio de Darío Bazán resultó decisivo para tener por acreditada la existencia del arma impropia con la que García Salomón lo intimidó; en este sentido el testigo describió la navaja como de color plateado de unos cinco centímetros y con punta. Dato que resultó corroborado con el acta de procedimiento de fs. 1/2, como también con el acta de secuestro de fs. 34 y las fotografías que obran agregadas a fs. 35/36.

En definitiva, de la impugnación analizada advierto que el recurrente pretende una nueva revisión de todo lo que fue tratado en el debate y sometido a la contradicción de acusación y defensa, sin desvirtuar de manera adecuada el razonamiento del sentenciante.

Por lo que los cuestionamientos defensivos representan argumentos y afirmaciones propios de la posición asumida en el proceso en relación a la valoración del material probatorio, evidenciando una mera discrepancia con la labor intelectual del tribunal de juicio en la fundamentación del fallo, carentes de virtualidad para desvirtuar la validez de la sentencia cuestionada.

A idéntica solución arribo en orden a la pretensión de la defensa relativa a la errónea aplicación de la ley penal sustantiva.

Dos razones son las que me conducen a tal solución. La primera de ellas se vincula a los hechos acreditados mediante una correcta valoración de la totalidad del plexo probatorio, como ya lo expuse en las consideraciones que anteceden.

Este supuesto fáctico, que ha sido reconocido por la defensa técnica del encartado, me convence de la corrección en la aplicación de la norma legal prevista por el art. 166, inc. 2°, primer supuesto del CP.

Ello en tanto resultó acreditado que García Salomón, mientras se daba a la fuga, le exhibió una navaja a la víctima amedrentándola, precisamente para impedir que aquél continuara la persecución y así procurar su impunidad.

La segunda razón se vincula a la reiteración de lo reclamado durante del debate oral. Es que conforme surge de la sentencia impugnada por vía del recurso de casación y en lo que interesa decidir conforme al reclamo formulado, la jueza a quo descartó la hipótesis de la defensa expuesta durante los alegatos para resistir la acusación del Ministerio Público Fiscal, consistente en la escisión de los hechos, y así peticionar la figura del hurto simple (art. 162 del CP) en concurso real con amenazas agravadas por el uso de arma (art. 149 bis, segundo párrafo del CP).

El planteo por tanto no resulta novedoso en esta instancia casatoria, toda vez que constituye una reiteración de las consideraciones ya expuestas (ver fundamentos, fs. 74 vta, 75) y que la defensa no ha logrado refutar con nuevas argumentaciones que conduzcan a una respuesta diversa a la brindada por la jueza de sentencia que, como dije, entiendo correcta.

En este sentido ver «**Funes Naballe**»; «**Díaz Bustos**»; «**Gómez Claudio**», entre otros. Estas razones me conducen al rechazo del remedio casatorio así intentado.

De acuerdo a lo expuesto, y opinión concordante del señor Procurador General, doy respuesta negativa a la primera cuestión propuesta en el acuerdo que lidero. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio y Dr. Palermo. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los Dres. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los Dres. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los Dres. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a favor de Marcelo Jorge García Salomón.
- 2.- Tener presente la reserva federal formulada.
- 3.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

17- TANSILLO LEIVA. 24-07-20.

| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
|----|----|----|-----------|------------|---------|---------|------------|---------|---------|---------|---------|-------------|---|------------|
| - | - | - | AI | PCE | - | - | P1° | - | - | - | - | - | - | 474 |

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=319>

Lex: Art. 166 inc. 2°, 1° párrafo, 1° primer supuesto del CP.

Vox: Robo agravado. Arma impropia. Participación. Valoración de la prueba.

Summa:

El **TPC** condenó al nombrado a la pena de **cinco años de prisión** como partícipe primario del delito de robo agravado por el uso de arma (artículo 166 inc. 2° primer supuesto del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 del CPP).

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 457, pronunciada por el TPC N° 2- 1° CJ.

SCJM. Dres.: **Adaro.** Palermo. Valerio.

Fallo.

CUIJ: 13-04782792-7/1((018602-31459)) FC/ TANSILLO LEIVA DIEGO FRANCISCO P/ ROBO AGRAVADO (31459) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104861689*

En Mendoza, a los veinticuatro días del mes de julio del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04782792-7/1 caratulada "FC/ TANSILLO LEIVA, DIEGO FRANCISCO P/ ROBO AGRAVADO S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, Dr. MARIO D. ADARO, segundo Dr. OMAR A. PALERMO, y tercero Dr. JOSÉ V. VALERIO.

La defensa particular de Diego Francisco Tansillo Leiva, interpone recurso de casación (fs. 280/291) contra la sentencia N° 457 (fs. 267 y vta.) que lo condenó a la pena de cinco años de prisión como partícipe primario del delito de robo agravado por el uso de arma (artículo 166 inc. 2° primer supuesto del CP); fallo pronunciado por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre honorarios.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

El tribunal de juicio ha tenido por acreditado que «el 16 de abril de 2018 aproximadamente a las 17:00 horas dos sujetos masculinos aun no habidos ni identificados, en connivencia y previo acuerdo con Diego Francisco Tansillo Leiva, quién se encontraba en el lugar efectuando trabajos de metalurgia, se hicieron presentes en el club Polideportivo Martínez sito en calle Mathus Hoyos N° 1521 de Bermejo Guaymallén, y simulando solicitar el alquiler de una cancha se dirigieron al encargado Wilfredo Tito Chaira.

Seguidamente, uno de los sujetos extrajo un cuchillo de aproximadamente veinte centímetros, se lo colocó en el cuello a Chaira y junto al otro sujeto lo llevaron hasta el quiosco que funciona en el predio, en donde lo arrojaron al suelo y le ataron las manos con una remera. Uno de los sujetos le propinó un golpe a Chaira en una de sus piernas con una maza, mientras el otro se dirigió a una dependencia y se apoderó de aproximadamente cuarenta mil pesos en efectivo. Simultáneamente a esto y mientras los sujetos NN desplegaban la conducta descripta, Tansillo Leiva permanecía sentado cerca del negocio simulando recibir golpes por parte de los sujetos NN y gritando "no me peguen más".

Así las cosas y ya con el dinero en su poder, los sujetos NN se alejaron corriendo por la calle Mathus Hoyos hacia el oeste seguidos por Chaira, quién a esas alturas había logrado desatarse, mientras que Tansillo Leiva abordó su camioneta marca Nissan y condujo en dirección a los otros dos sujetos NN, en donde detuvo la marcha y facilitándoles la fuga, los hizo abordar el rodado, el cual se perdió de vista por calle Allayme». Para así decidir el tribunal de juicio ha valorado principalmente la declaración del imputado que negó su participación en el hecho investigado, así como las declaraciones testimoniales de Rodrigo Maraz, de Patxi Rodolfo Saavedra Pupatto y la de Wilfredo Tito Chaira.

2.- Recurso de casación

El recurso se interpone en función del art. 474 inc.1 y 2 del CPP, por entender que la resolución cuestionada adolece de vicios formales y sustantivos que la deslegitiman como tal. El defensor considera

que la sentencia adolece de una defectuosa e insuficiente motivación que proviene del apartamiento de las reglas de la sana crítica racional en la elaboración de las conclusiones del fallo.

El letrado puntualiza lo que a su criterio constituyen contradicciones en la valoración del plexo probatorio y que por ser tal lo conducen a peticionar la absolución de su asistido.

Finalmente, como vicio sustantivo, la defensa pretende que el acusado sea considerado partícipe secundario en el delito de robo agravado por el uso de arma y que, en consecuencia, se reduzca el monto de la condena. Formula reserva de caso federal.

3.- Dictamen del Procurador General

A fs. 303/304 vta. el Procurador contesta la vista de ley y aconseja el rechazo del recurso interpuesto por cuanto entiende que el recurrente pretende una revisión ex novo de todo lo que ya se ventiló en el debate respectivo.

En cuanto al cambio de calificación legal entiende que el planteo debe ser desestimado por que la petición no se encuentra avalada por ninguna razón ni consta de desarrollo de argumentos para justificar la procedencia del mismo por lo que aprecia que debe ser rechazado.

4.- Informe de audiencia oral

En la audiencia de informe oral del recurso, el Dr. Sánchez reiteró su reclamo relativo a la errónea valoración del plexo probatorio que, a su criterio condujeron al a quo a condenar a Tansillo Leiva de modo arbitrario.

Por su parte, el Fiscal Adjunto de la Procuración General, Dr. Nazar solicitó el rechazo del remedio intentado y ofreció las razones por las que el reclamo casatorio debe ser rechazado en tanto constituye la reedición de las cuestiones que ya han sido abordadas y tratadas por el sentenciante.

5.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Por diversos motivos considero que el recurso de casación formulado por la defensa del acusado no puede prosperar. Paso a explicarlo.

De manera inicial entiendo que la motivación de la sentencia es suficiente para su mantenimiento como acto jurisdiccional válido, no adoleciendo de falencias que impliquen su anulación.

Ello, a la luz de la reiterada jurisprudencia de esta Sala, en el sentido que tales defectos, para conllevar tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros); lo que en la especie no ocurre.

En este orden encuentro que la sentencia atacada contiene las razones que sustentan válidamente la condena impuesta a Tansillo Leiva, en tanto la queja se articula, en definitiva, a través de un análisis aislado y fragmentado de ciertos elementos probatorios en un intento por desvincular al imputado de los hechos investigados. En particular y en lo que interesa destacar, las partes no controvertieron la existencia material del hecho.

Esto es que dos personas que ingresaron al Club Polideportivo Martínez se acercaron a Chaira y a Tansillo Leiva. En ese momento, mediante la exhibición de un cuchillo, Chaira fue conducido hacia el interior del club, fue golpeado, maniatado e introducido en un kiosco, mientras que Tansillo Leiva quedó del lado de afuera del kiosco.

El sujeto que estaba junto a Tansillo, que no exhibió ningún tipo de arma, se dirigió hacia el departamento donde habitaba Chaira junto a su familia y sustrajo una suma de dinero que la víctima había colocado

horas antes debajo de la cama. Luego, se dirigió nuevamente al lugar en que estaba quien custodiaba a Chaira, le dijo que ya tenía el dinero y se retiraron del lugar.

En orden a la acreditación de la plataforma fáctica y a la intervención que le cupo a Tansillo Leiva, resultó concluyente el testimonio de Aniceta Gutiérrez Choque (fs. 92/93), esposa de Chaira Quispe. La testigo sostuvo que ella estaba en la parada de colectivos junto a su hija, cuando advirtió que pasaban dos individuos corriendo.

Uno de ellos llevando consigo la mochila de su hija, por lo que dedujo que habían robado en su casa. Advirtió también que venía corriendo su marido, a la vez que ella siguió a quienes le habían robado. A unos cincuenta metros logró ver que a la camioneta de Tansillo. Uno de ellos hizo un ademán de apuntarle con los dedos.

Luego, cuando le apuntan con elemento que describió como que tenía forma de “L”, uno sube del lado del acompañante y el otro en la caja de la camioneta. A su vez, el testimonio de Sergio Eduardo Luna Allende (fs. 106 y vta.) corrobora la declaración de Aniceta Gutiérrez Choque en cuanto sostuvo que vio pasar un camioneta doble cabina de color verde.

Agregó que vio a los autores del hecho subirse a la camioneta de Tansillo y que los perdió de vista. Conforme las constancias de la causa también quedó acreditado que el imputado conocía que en la vivienda de la víctima había dinero.

Ello por cuanto en horas del mediodía Tansillo había arreglado una canilla en el departamento de Chaira y en esa oportunidad vio que había dinero de la recaudación del fin de semana que la víctima había guardado en una bolsa debajo de la bacha y que luego trasladó al dormitorio y lo colocó debajo de la cama. Este extremo quedó acreditado por el testimonio de la víctima y el de Gutiérrez Choque.

Frente a este supuesto fáctico debidamente acreditado, el juzgador consideró que «el imputado participó por complicidad al aportar a los autores datos indispensables para que estos llevaran a cabo el apoderamiento ilegítimo de cosas muebles totalmente ajenas, utilizando un cuchillo empleándolo en la persona de la víctima Chaira, que también fue golpeado con una maza en la rodilla» (fundamentos, fs. 275). E

ste aspecto quedó acreditado con el informe de fs. 53, de Sección Necropsias y Lesiones donde consta que la víctima Wilfredo Tito Chaira Quispe presentó un hematoma de 3 cm de diámetro en cara externa de muslo derecho (fs. 53).

Al respecto entiendo oportuno destacar un dato que resulta relevante: el examen fue practicado al día siguiente en que ocurrieron los hechos objeto de la presente causa.

La defensa del acusado formula la queja tomando como eje de su reclamo la declaración de Tansillo Leiva, pero no releva la totalidad de las constancias de la causa ni realiza un análisis conjunto de los elementos probatorios sino que, como afirmé, efectúa una consideración fragmentaria de los argumentos tenidos en cuenta por el tribunal de mérito a fin de sustentar la conclusión que aquí se embate.

En este sentido, debe referirse que el juzgador también analizó el descargo formulado por Tansillo Leiva, cuando explicó que luego de lo sucedido, salió de la vivienda porque Chaira se lo pidió. A criterio del juzgador resultó una versión poco creíble puesto que, de haber sido así, tanto Tansillo como Chaira hubieran salido juntos del predio en la camioneta.

Los concluyentes testimonios de Chaira, Luna y de Gutiérrez Choque refutaron claramente su descargo del acusado en tanto indicaron que Chaira salió en procura de alcanzar a los asaltantes. En otro orden, la defensa destaca la llamada que hizo el imputado al **CEO**, asignándole un valor esencial, pero ciertamente

carece de la decisividad que pretende porque, tal como se afirma en la sentencia, existieron dos llamadas a aquel ámbito, con lo que el pretendido descargo resulta irrelevante.

En efecto, sobre el tema el juez de la instancia anterior, refirió que «[t]ampoco es cierto que Tansillo fue el único que llamó al CEO, ya que existió una llamada anterior a las 17:28:59 hs. (fs. 63) dando cuenta del suceso, y a las 17:44:47 hs. llamó Chaira (fs. 67)» (ver fundamentos, fs. 273).

Resulta claro que el recurso que invoca la infracción a las reglas que integran la sana crítica racional, debe contraponer un análisis de todo el cuadro convictivo meritado y, en función de éste, evidenciar la decisividad del vicio que se denuncia.

Por ello **resulta inconducente una argumentación impugnativa** que se contente sólo con reproches aislados que no atiendan al completo marco probatorio o que esgrima un defecto carente de trascendencia en una apreciación integrada de aquel. Del relevamiento hasta aquí efectuado surge acreditada la contribución de Tansillo Leiva en el desapoderamiento de la víctima.

Ello en tanto, a través del aporte de datos respecto de la vivienda de Chaira y del dinero que en ella había, colaboró en la producción del ilícito.

Asimismo, también prestó colaboración a los coautores en el momento de la fuga. Todo el cuadro probatorio analizado en los párrafos que anteceden permiten validar la conclusión del a quo en relación al aporte doloso de Tansillo al injusto de quiénes desapoderaron de los bienes de la víctima (fundamentos, fs. 275).

Con el relevamiento hasta aquí formulado entiendo que tanto la petición de la absolución de Tansillo Leiva, como el cambio de calificación respecto de la participación primaria del imputado tenida por acreditada no puede tener acogida favorable.

Resta formular una consideración en relación a la pena de cinco años de prisión impuesta a Tansillo Leiva, como partícipe primario del delito de robo agravado por el uso de arma (art. 166 inc. 2º primer supuesto del CP).

Al respecto debe señalarse que al rechazarse la pretensión de la defensa relativa al cambio de calificación legal, en cuanto al grado de participación que tuvo el acusado en el hecho, no corresponde expedirse sobre este aspecto.

Más allá de ello debe decirse que la **pena impuesta por el juzgador aparece fundada** conforme las pautas de los arts. 40 y 41 del CP; por lo que la aplicación del mínimo de la escala penal no aparece como arbitraria.

Por tales razones y opinión concordante del señor Procurador General, doy respuesta negativa a la primera cuestión propuesta en el acuerdo que lidero. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo y Dr. Valerio. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los Dres. OMAR A. PALERMO y JOSÉ V. VALERIO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los Dres OMAR A. PALERMO y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede. SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los Dres OMAR A. PALERMO y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se Resuelve:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa particular de Diego Francisco Tansillo Leiva.
- 2.- Tener presente la reserva federal formulada.
- 3.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

18- DIAZ CASTRO. 24-07-20

| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
|----|----|----|------------|------------|---------|------------|----------|---------|---------|---------|---------|-------------|---|------------|
| - | - | - | ANA | PCC | - | EGT | A | - | - | - | - | - | - | 474 |

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=334>

Lex: Art. 166 inc. 2°, 3° párrafo, 1° supuesto y 42 del CP.

Vox: Robo agravado. Arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse de ningún modo por acreditada. Tentativa.

Summa:

El TPC condenó al nombrado a la pena de **un año y seis meses de prisión** con los beneficios de ejecución condicional, como autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse de ningún modo por acreditada en grado de tentativa (art. 166 inc. 2° párr. 3°, primer supuesto y art. 42 del CP.).

La **defensa** interpone recurso de casación.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 568 (17-05-19), pronunciada por el TPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Geredus.
- Guiñazú Samo.

Parágrafos destacados.

“A modo de aclaración final, debo dejar a salvo la postura que sostengo en cuanto al modo en que debe practicarse la reducción de penalidad prevista en la primera parte del art. 44 del CP, –sub iudice–. En estos casos, soy de la opinión en que la escala penal en abstracto que resulta aplicable tiene como límite inferior dos tercios del mínimo y superior la mitad del máximo (ver al respecto “**Guiñazú Samo**”). (Dr. Valerio)

“Sin perjuicio de ello, debo aclarar que en orden a la conformación de la escala penal en abstracto para los casos de delitos en tentativa, me remito al criterio sostenido in re «**Geredus**», y que sustento desde entonces, toda vez que según entendí en aquella oportunidad –ocasión en la que adherí al voto del entonces ministro de este Cuerpo, Dr. Carlos Bohm– la pena prevista en la primera parte del artículo 44 del código sustancial, equivale a una escala que tiene como límite inferior un tercio del mínimo y superior la mitad del máximo.” (Dr. Adaro)

SCJM. **Valerio**. Adaro. Palermo.

Fallo.

CUIJ: 13-04820212-2/1((018602-146438)) FC/ DIAZ CASTRO FRANCO AGUSTIN P/ ROBO AGRAVADO (146438) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104901044*

En Mendoza, a los veinticuatro días del mes de julio del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04820212-2/1 caratulada “FC/DIAZ CASTRO, FRANCO AGUSTÍN P/ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO CUYA APTITUD PARA EL DISPARO NO PUEDA TENERSE DE NINGÚN MODO POR ACREDITADA EN CONCURSO IDEAL CON ROBO AGRAVADO POR SER COMETIDO EN LUGAR POBLADO Y EN BANDA EN GRADO DE TENTATIVA S/CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, Dr. JOSÉ V. VALERIO, segundo Dr. MARIO D. ADARO, y tercero el Dr. OMAR A. PALERMO.

A fs. 185/188 vta., los defensores del acusado Franco Agustín Díaz Castro interponen recurso extraordinario de casación contra la sentencia N° 568 de fecha 17 de mayo de 2019 (fs. 184 y vta.) y sus fundamentos que obran en soporte digital, mediante la cual se condenó al nombrado a la pena de un año y seis meses de prisión con los beneficios de ejecución condicional, como autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse de ningún modo por acreditada en grado de tentativa (art. 166 inc. 2° párr. 3°, primer supuesto y art. 42 del CP.) que se le atribuye en el marco de los autos N° P-146.438/17.

El pronunciamiento fue dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial. De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:

1.- La resolución recurrida

El tribunal impugnado resolvió del modo precedentemente señalado, al entender que la totalidad de las pruebas incorporadas a la causa le permitían tener por acreditado que «[e]l día 15 de octubre de 2017, siendo aproximadamente las 22.00 horas, el imputado Franco Agustín Díaz Castro, en asocio a un sujeto más no individualizado, interceptaron a Mauricio Rodríguez sobre calle Pedro Cruceño a la altura del Barrio Portal Cordillerano, próximo al destacamento policial de Perdriel, Luján de Cuyo.

Acto seguido, Díaz Castro apuntó a Rodríguez con un arma de fuego de fabricación casera compuesta de dos secciones de caño gris, tras lo cual, junto –en este caso– a otro sujeto no individualizado, comenzó un forcejeo con la víctima con fines de desapoderarlo de su bicicleta rodado veintiséis.

Ante esta situación, la víctima comenzó a gritar, alertando a vecinos, razón por la cual Díaz y el otro sujeto se dieron a la fuga sin consumir el desapoderamiento» (ver registros audiovisuales, “audiencia parte IV”, 0:01:51/0:07:30).

Para arribar a esa conclusión, el sentenciante consideró que esos hechos fueron demostrados en debate más allá de toda duda razonable, a partir del plexo probatorio producido y debidamente incorporado en la causa.

En particular, valoró la declaración de la víctima como fuente confiable de convencimiento, en razón de la persistencia de su relato desde el inicio de las presentes actuaciones, sumado a la falta de incoherencias y contradicciones internas que pudieran provocar fisuras en el relato.

Además de ello, estimó que los términos de sus expresiones contaron con respaldo probatorio objetivo en diversos elementos de corroboración externa, tales como el acta de procedimiento de fs. 1 y el informe del Centro Estratégico de Operaciones (CEO) de fs. 64, piezas que permitían acreditar las cualidades señaladas.

2.- Recurso de casación

Los defensores del acusado impugnan la resolución antes individualizada encuadrando su queja en razón de lo dispuesto por el art 474 inc. 2° del CPP, esto es, por entender que existen vicios in procedendo que la descalifican como acto jurisdiccional válido.

En ese sentido, los recurrentes plantean que la sentencia que condenó a su representado es nula porque contiene una motivación incompleta e ilegítima, derivada de la transgresión de las reglas de la sana crítica racional en la valoración de la prueba testimonial; circunstancia que encuadra en lo normado por el art. 416 inc. 4° del CPP.

Alegan que la construcción del razonamiento jurisdiccional por el que el tribunal de juicio concluyó asertivamente sobre los extremos de la imputación delictiva, tiene por base una serie de afirmaciones meramente dogmáticas y carentes de apoyatura en las constancias de la causa.

Así, cuestionan que el sentenciante sólo apreció la persistencia en el relato de la víctima y no valoró que el imputado sostuvo su versión de los hechos de modo invariable a lo largo de todo el proceso, al explicar que tomó dos piedras porque creyó que iban a seguir «delirándose» con el denunciante, con quien habían mantenido una discusión previa.

Versión que, además, estaría corroborada con las declaraciones concordantes de dos testigos que depusieron durante el debate –Sebastián Romero Díaz y Brian Fredes Castro–. De este modo, denuncian la valoración parcial de esos testimonios en perjuicio de la situación del imputado.

Asimismo, advierten que cuando el juzgador considera que el testimonio de la víctima resulta corroborado mediante prueba objetiva, como el llamado al CEO, o su manifestación ante los funcionarios que intervinieron en el procedimiento, ello importa no valorar que todos provienen de una misma fuente, de la que plausiblemente cabe esperar que no tenga motivos para retractarse de una denuncia como la formulada.

Por otro lado, entienden que la circunstancia de que el imputado haya manifestado que mantuvo una discusión previa con el denunciante, permite aseverar que no es posible considerar que éste pudiera cambiar su versión de los hechos.

En función de todo ello, tras asegurar que es manifiesta la arbitrariedad con la que el tribunal valoró la prueba reunida para extraer las premisas sobre las que apoyó el pronunciamiento cargoso aquí resistido, solicitan la nulidad del decisorio impugnado. Finalmente, por entender comprometidas garantías de orden constitucional, formulan reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General, tras evaluar la procedencia del recurso incoado por la defensa del imputado, advierte que debe ser rechazado sustancialmente y confirmarse la validez de la sentencia recurrida.

Al respecto, señala que la sentencia luce debidamente fundada, dado que surge de manera clara que el sentenciante contó con los elementos probatorios necesarios para lograr la certeza requerida para emitir un fallo condenatorio. En ese sentido, considera que no le asiste razón a los recurrentes cuando cuestionan la labor axiológica del sentenciante.

Ello por cuanto, por un lado, la sentencia explica adecuadamente porqué considera que la declaración de la víctima fue persistente a lo largo del tiempo, solución a la que arriba tras descartar incoherencias o contradicciones a su relato, y corroborar sus términos en prueba objetiva incorporada al debate.

Por otro lado, porque también se observa que el a quo se ocupó de exponer los motivos por los cuales entendía que las manifestaciones del imputado y los testigos propuestos por la defensa no lograban conmover el cuadro probatorio cargoso existente en su contra.

En suma, señala que el tribunal no hizo diferencias al valorar las pruebas de cargo y de descargo, sino que entendió, en base a la totalidad de las probanzas reunidas, apreciadas en su conjunto, que la versión acusatoria resultaba verosímil y que la explicación dada por el justiciable no reunía dichas características y, por ende, no logró conmover la conclusión a la que arribó.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Puestos en consideración los motivos de agravio invocados por la parte recurrente, adelanto mi posición en el sentido de que no corresponde hacer lugar a la presentación casatoria y, en consecuencia, debe confirmarse la sentencia proveniente del Segundo Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial.

Esta conclusión gravita en que la defensa intenta controvertir los hechos acreditados para el tribunal de juicio sin una estrategia adecuada.

En efecto, se desprende de la lectura integral de la pieza recursiva, la tarea de la defensa en la audiencia de juicio y los fundamentos esbozados oralmente por el tribunal de sentencia, que los recurrentes reeditan en esta instancia de revisión extraordinaria los mismos argumentos con los que controvirtieron la hipótesis acusatoria durante el debate, pero sin aportar mayores elementos capaces de demostrar el invocado apartamiento a las reglas de la sana crítica racional en la valoración de la prueba (ver registros audiovisuales, “audiencia parte III”, a partir de 0:37:51).

En ese sentido, observo que la motivación del fallo condenatorio cuestionado resulta suficiente para mantener el dictum como acto jurisdiccional válido, en tanto no adolece de falencias que impliquen su anulación, a tenor de la jurisprudencia reiterada de esta Sala que ha establecido que, para que los defectos en la fundamentación conlleven tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (L.S. 186-427, 153- 011, 354-218, 392-94 y 397-177), lo que en la especie no ocurre.

Lo afirmado precedentemente resulta de advertir que la ponderación de los medios de prueba contenida en la sentencia se ha llevado a cabo adecuadamente por el tribunal de mérito, quien no sólo respetó los principios de la lógica, de la psicología y de la experiencia común, sino que, además, detalló los elementos de convicción, el valor otorgado a ellos y los cotejó unos con otros de manera de tal de llevar a cabo una valoración integral y coordinada de aquellos.

Para, desde allí, analizar la hipótesis acusatoria, a la que el sentenciante juzgó como debidamente acreditada, y descartar paralelamente la hipótesis defensiva, la que es refutada con argumentos convincentes que son compartidos en esta instancia (ver registros audiovisuales, “audiencia parte IV”, a partir de 0:02:49).

En pocas palabras, la defensa sostiene que existe una disociación entre el plexo probatorio incorporado y las premisas de las que partió el tribunal de juicio para concluir afirmativamente respecto a la materialidad de los hechos y a la autoría que al imputado le cupo de él. Para afirmar lo anterior, los recurrentes ponen

en tela de juicio el razonamiento seguido en la sentencia para asignarle credibilidad al testimonio de la víctima.

Así, por un lado, sostienen que todos los elementos de corroboración objetiva utilizados por el sentenciante para validar su relato, provienen de una misma fuente de información –víctima–, de quien no cabe esperar la presencia de motivos para retractarse de la denuncia formulada.

Por otro lado, alegan que no se ha valorado con criterios igualitarios la persistencia en el relato del acusado quien, a lo largo de todo el proceso, ofreció una versión explicativa de los hechos que, además, cuenta con el respaldo de los testimonios constantes e invariables de dos testigos ofrecidos que confirman esa hipótesis alternativa a la acusatoria.

Al respecto, debo decir que no comparto tales afirmaciones de la defensa puesto que, analizadas las declaraciones prestadas por Mauricio Rodríguez durante el desarrollo de todo el proceso penal llevado a cabo, considero que adecuadamente el a quo ha concluido que ésta contenía la verdadera versión de lo acontecido.

En efecto, de la reproducción de las constancias audiovisuales en las que constan los fundamentos del fallo condenatorio puesto en crisis, surge que el sentenciante analizó detalladamente el testimonio de la víctima, y explicó por qué resultaba creíble.

Para ello, constató que se trataba de un relato persistente, que no presentaba incoherencias o contradicciones internas en orden a detalle de las circunstancias modales en que se desarrollaron los sucesos investigados (ver registro audiovisual, a partir de 0:02:56).

En orden a la persistencia del relato incriminante, el juez de la causa apreció que esa cualidad resultaba acreditada mediante las constancias probatorias incorporadas a la causa como prueba instrumental. En ese sentido, puntualizó en que, a través del acta de procedimiento de fs. 1, donde se asentó la información suministrada por Rodríguez al personal policial que lo entrevistó en el domicilio en el que se encontraba luego del suceso criminoso, y del desgrabado de las comunicaciones telefónicas realizadas con el Centro Estratégico de Operaciones de fs. 64 y vta., se describían del mismo modo los hechos tal y como fueron denunciados (ver registros audiovisuales, a partir de 00:03:15).

Además de esos elementos objetivos de corroboración periférica, la credibilidad del testimonio de la víctima fue justificada por el sentenciante cuando destacó que no existía correlato lógico y de sentido común entre, por un lado, la conducta asumida por el denunciante a lo largo de la marcha del proceso, y la versión exculpatoria propiciada por el imputado y por los testigos ofrecidos por la defensa que depusieron durante el debate.

Concretamente, el a quo entendió que la reacción de Rodríguez posterior al hecho, consistente en solicitar ayuda en un destacamento policial, a continuación alojarse en la casa de un tío ubicada en las inmediaciones del lugar, y posteriormente comunicarse telefónicamente al CEO para relatar lo sucedido, sumado a que mantuvo el mismo discurso a lo largo de todo el proceso hasta el mismo momento del debate oral, no representa un comportamiento que pueda condecirse con un simple altercado verbal como lo relató el acusado (ver registros audiovisuales, a partir de 00:05:04).

Frente a estos argumentos, según advierto, la defensa no ha explicado suficientemente porqué ese razonamiento del tribunal se ha basado en premisas o conclusiones arbitrarias. Alegar simplemente que los elementos de corroboración del testimonio del denunciante provienen de una misma fuente, sin siquiera articular motivos que permitan razonadamente cuestionar –y apartarse– del silogismo atacado, no representa una crítica que pueda ser atendida favorablemente en esta instancia.

En orden al segundo punto cuestionado por la defensa, mediante el que se insiste en darle valor a la hipótesis alternativa ofrecida por el acusado en desmedro de la acusatoria, por la que se lo ubica a Díaz Castro dentro de un marco fáctico diametralmente diverso al acreditado, también debe ser rechazado.

Cabe aclarar que, si bien este segmento de los agravios aparece reformulado como una crítica a la labor axiológica desarrollada en la sentencia sobre la prueba testimonial producida en debate, a la que tilda de parcial y perjudicial a los intereses del acusado, lo cierto es que con ello la parte recurrente encubre su pretensión de mostrar, en esta instancia, la verosimilitud de los dichos del encartado.

Sobre este aspecto, los defensores sostienen que se ha omitido valorar los testimonios de Sebastián Romero Díaz y de Brian Fredes Castro, los que respaldan la versión desincriminatoria dada en forma – también persistente– por su representado.

A mi modo de ver las cosas, el a quo ha analizado y explicado íntegramente no sólo los dichos del imputado, sino también las declaraciones de los testigos ofrecidos por la defensa durante la audiencia de juicio, en un razonamiento que estimo adecuadamente ajustado a las reglas de la sana crítica racional, y cuyo apartamiento los recurrentes han invocado, más no probado.

Del análisis de los fundamentos de la sentencia en revisión se desprende que no es cierto que sus declaraciones hayan sido omitidas de toda consideración como lo plantean los recurrentes, ni mucho menos que hayan recibido un trato desigual con relación al dispensado al testimonio de la víctima.

Por el contrario, sólo advierto que el sentenciante les ha asignado, fundadamente, un valor probatorio inferior al pretendido por los recurrentes, quienes sólo plantean al respecto una discrepancia en virtud del interés que representan, que no puede ser aquí atendida.

Por un lado, comparto la consideración del juez de la instancia anterior en el sentido de que no se corresponde la descripción de los hechos que efectúan estos testigos con el comportamiento asumido –y demostrado– por el denunciante luego del acontecimiento sufrido, tal como fue analizado precedentemente.

Además, estimo que también acierta el juzgador cuando descarta la veracidad de las declaraciones de ambos testigos –primos del acusado– luego de considerar que no encuentra sustento lógico que, según reglas generales de la experiencia común, un hecho de la nimiedad por ellos referida, pueda traer aparejado que varios sujetos armados concurrieran en un automóvil en búsqueda de Díaz Castro para vengarse, como lo declararon en debate (ver registros audiovisuales, a partir de 00:06:34).

A todo lo cual cabe agregar que el acto impugnado se encuentra satisfactoriamente fundado para concluir acerca de la inconsistencia de la hipótesis alternativa sustentada por el enjuiciado, quien adujo que sólo se trató de un simple cruce de palabras con la víctima, que sólo frotó entre sí dos piedras, y que todo se produjo por un altercado anterior en un partido de fútbol que compartieron entre sí. Según lo refiere el sentenciante, nada de ello encuentra correlato en la prueba colectada en la causa.

Por todo lo hasta aquí dicho, puedo concluir en que el recurso no constituye una crítica razonada de la sentencia, sino que plantea una discrepancia personal de los recurrentes con el criterio valorativo que utilizó el inferior para construir la plataforma fáctica, y por ello, insusceptible de conmover la decisión adoptada.

Por lo que, en virtud de las apreciaciones hechas puede afirmarse que la sentencia que condena a Franco Agustín Díaz Castro por el hecho calificado como robo agravado por el uso de arma cuya aptitud para el disparo no puede tenerse de ningún modo por acreditada en grado de tentativa, no contiene los vicios de razonamiento que la defensa le endilga, razón por la que debe mantenerse como un acto jurisdiccional válido.

A modo de aclaración final, debo dejar a salvo la postura que sostengo en cuanto al modo en que debe practicarse la reducción de penalidad prevista en la primera parte del art. 44 del CP, –sub iudice–. En estos casos, soy de la opinión en que la escala penal en abstracto que resulta aplicable tiene como límite inferior dos tercios del mínimo y superior la mitad del máximo (ver al respecto “**Guiñazú Samo**”).

De este modo, siendo el mínimo con el que está conminado el delito de robo de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse de ningún modo por acreditada (art. 166 inc. 2° párr. 3° primer supuesto del CP.) de tres años de prisión, la reducción legal referida determina un mínimo legal aplicable de dos años de prisión.

Sin perjuicio de que esa cantidad de pena es superior al año y seis meses de prisión impuestos en la sentencia recurrida, en la especie me veo imposibilitado de aplicar aquel criterio dada la vigencia de la prohibición de la reformatio in pejus consagrada por el último párrafo del art. 462 CPP.

En definitiva, al considerar que los agravios deducidos no deben prosperar y, en coincidencia con lo expuesto por el señor Procurador General, corresponde contestar negativamente la primera cuestión planteada, confirmándose la sentencia impugnada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Ampliatorio.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, EN VOTO AMPLIATORIO DIJO: Puesto a resolver la cuestión planteada debo señalar que coincido con la solución a la que llega mi colega preopinante y, en consecuencia, estimo que debe responderse de manera negativa a la primera cuestión planteada.

Sin perjuicio de ello, debo aclarar que en orden a la conformación de la escala penal en abstracto para los casos de delitos en tentativa, me remito al criterio sostenido in **re «Geredus»**, y que sustento desde entonces, toda vez que según entendí en aquella oportunidad –oportunidad en la que adherí al voto del entonces ministro de este Cuerpo, Dr. Carlos Bohm– la pena prevista en la primera parte del artículo 44 del código sustancial, equivale a una escala que tiene como límite inferior un tercio del mínimo y superior la mitad del máximo. ASÍ VOTO

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el Dr. OMAR A. PALERMO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO

Sobre la misma cuestión, los Dres. MARIO D. ADARO y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Atento al mérito que resulta del acuerdo precedente esta Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia, fallando en definitiva, RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Franco Agustín Díaz Castro.
- 2.- Tener presente la reserva del caso federal formulada por la defensa.
- 3.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

19- MARTINEZ REVECO. 29-07-20.

| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
|----|----|----|------|--------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|-------------|---|-----|
| - | - | - | AI | PCE | - | EGT | A | - | CR | UC | - | - | - | 474 |

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=298>

Lex: Art. 166 del CP. Art. 58 del CP.

Vox: Robo agravado. Arma impropia. Tentativa. Robo simple. Unificación de condena. Sistema aritmético. Sistema compositivo.

Summa:

El **Excma. Primera Cámara del Crimen** condenó al señalado a la pena de **cuatro años y seis meses** de prisión por el delito de robo agravado por el uso de arma impropia en grado de tentativa y robo simple en grado de tentativa. Revocó la condicionalidad de la condena de tres años de prisión concedida anteriormente por dicha Cámara y unificó la pena aplicable en estos autos en la pena única de **cinco años de prisión efectiva** (art. 58 del CP)

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1° y 2 CPP).

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 5547, pronunciada por Primera Cámara del Crimen (Hoy TPC N° 1) -2° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Vega Ríos. 27-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/sumfal.php?fallo=MTAwMDAwMDI3MDM=&tabla=c2M=>

Precedentes relacionados

I-Unificación. Art. 58 del CP (<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/consultar.php>)

- Distefano. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>
- Curia Bruera. 01-07-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210701_FcCuria.pdf
- Giménez. 23-06-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=606>
- Oros Macedo. 23-06-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210623_FcOroz.pdf
- Ríos Fernández. 27-05-22: <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=830>
- Godoy Echenique. 14-06-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=853>

SCJM. Dres.: **Valerio**. Adaro. Palermo (Licencia).

Fallo.

CUIJ: 13-04341386-9/1((020501-135632)) F. C/ MARTINEZ REVECO MARTIN ALAN P/ ROBO AGRAVADO POR USO DE ARMA EN GRADO DE TENT. A: MARIA ALEJANDRA NIN DE CARDONA GUILLEN (135632) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104417393*

En Mendoza, a los veintinueve días del mes de julio del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04341386-9/1 caratulada "F. C/ MARTÍNEZ REVECO MARTÍN P/ ROBO AGRAVADO POR USO DE ARMA EN GRADO DE TENTATIVA".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, el DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo, el DR. MARIO D. ADARO y tercero, el DR. OMAR A. PALERMO.

La titular de la Segunda Defensoría de Pobres y Ausentes de la Segunda Circunscripción Judicial, en representación de Martín Alan Martínez Reveco, interpone recurso de casación (fs. 309/311) contra la Sentencia n° 5547 y sus fundamentos, provenientes de la entonces Primera Cámara del Crimen de la Segunda Circunscripción Judicial (fs. 286 y fs. 290/304, respectivamente), en tanto que revocó la condicionalidad de la condena de 3 años de prisión concedida anteriormente por la entonces Primera Cámara del Crimen de dicha circunscripción y unificó la pena aplicable en estos autos en la pena única de 5 años de prisión efectiva (art. 58 del CP).

A su vez, a los fines establecidos por el art. 160 de la Constitución de la provincia de Mendoza, esta Sala Segunda plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

I.- La resolución recurrida

La entonces Primera Cámara del Crimen de la Segunda Circunscripción Judicial tuvo por corroborados los hechos que formaron parte del objeto procesal tratado en los autos n° P-135.632/17 y sus acumulados n° P-109.696/15.

Según se acreditó, Martín Martínez Reveco fue autor de los delitos que se le imputaban: robo agravado por el uso de arma impropia en grado de tentativa cometido el día 30 de mayo de 2017 -autos n° P2-135.632/17- y robo simple en grado de tentativa cometido el 6 de abril del año 2015 -autos acumulados n° P2-109.696/15-.

Tras fijar la pena aplicable en 4 años y 6 meses de prisión, el tribunal entendió que debía revocarse la pena de ejecución condicional concedida el día 7 de agosto de 2017 por la entonces Segunda Cámara del Crimen de la Segunda Circunscripción Judicial en el marco de los autos P-2 133.587/17.

De ese modo, el a quo procedió a individualizar la sanción aplicable en 5 años de prisión y sostuvo que, si bien en la presente causa la previsión del art. 27, primer párrafo, segunda parte del CP no se había cumplido, por cuanto al tiempo de dictarse la sentencia n° 1320 (7 de agosto de 2017), el imputado ya había cometido los delitos que fueron objeto de condena en este proceso (30 de mayo de 2017), dicha circunstancia no resultaba suficiente para conceder el pedido de la defensa, este es, la imposición de una sanción mínima que pudiese acumularse con la impuesta en dicha sentencia y que permitiese mantener la condicionalidad.

Para resolver en este sentido el tribunal consideró, por un lado, que la solución propiciada por el representante del imputado significaba una inadmisble suerte de «licuación» de los hechos ilícitos conocidos.

Por otro lado sostuvo que, si bien debía procurarse que toda persona imputada por diversos hechos sea sometida a un solo juicio, ello no resultaba posible en todos los casos puesto que, cuando la Segunda Cámara del Crimen dictó la sentencia n° 1320 –imponiendo la pena de tres años de ejecución condicional–, el presente proceso se encontraba aún con la instrucción incompleta (ver fundamentos, fs. 3003 vta.).

Con ello, además, señaló que la condicionalidad concedida a Martín Martínez Reveco debía revocarse puesto que no se cumplía con la pauta de «primera condena» prevista en el art. 26 del CP, y toda vez que el monto de la sanción individualizada no lo permitía.

Así, procedió a hacer efectivo el pedido del Ministerio Público Fiscal y, siguiendo la lógica del sistema «composicional» (por sobre el sistema «aritmético») fijó como pena única la sanción de 5 años de prisión en efectivo (ver fundamentos, fs. 304).

II.- El recurso de casación de la defensa

La defensa del acusado impugna la resolución antes individualizada en razón de lo dispuesto por el art. 474, inc. 1° del CPP, es decir, por considerar que la sentencia contiene vicios in iudicando e in procedendo. Sostiene que el tribunal ha aplicado de manera errónea las reglas del concurso de delitos. En este sentido, explica que el hecho juzgado en las presentes actuaciones es de fecha anterior a la sentencia n° 1320 dictada por la entonces Segunda Cámara del Crimen, razón por la que no correspondía una unificación de penas, sino una unificación de sentencias condenatorias. Repasa los extremos del art. 58 del CP y, con apoyo en doctrina, señala que la unificación de sentencias tiene lugar en la medida en que una persona haya sido juzgada en detrimento de las reglas del concurso de delitos.

Así indica que, cuando los hechos que conforman un concurso real son juzgados en forma independiente y recaen sentencias diferentes, debe aplicarse lo dispuesto en la primera parte de aquella norma, es decir que, ante el dictado de una primera sentencia condenatoria, el juez que pronuncia la segunda debe proceder a unificar las sentencias aplicando el art. 55 del CP.

Por ello, el recurrente afirma que los diversos hechos cometidos por su asistido debieron ser juzgados en un único proceso, lo que hubiese posibilitado el dictado de una única sentencia de ejecución condicional, de conformidad con las reglas de los arts. 55, 57 y 26 del CP.

En otro orden de ideas, el recurrente señala que la revocación de la condicionalidad de la ejecución de la pena concedida en la sentencia n° 1320 carece de fundamentos.

Explica que el acusado cumplió con las pautas de conducta que le fueron impuestas, se sometió a proceso y se presentó a todas las audiencias y citaciones en las que fue requerido. Advierte que el único argumento del magistrado interviniente ha sido el monto de la nueva pena y que no se ha analizado lo perjudicial que resulta una condena de efectivo cumplimiento para una persona de corta edad. Formula reserva del caso federal.

III.- El dictamen del Procurador General

Tras evaluar la procedencia formal del recurso incoado por la defensa, el Procurador General advierte que debe ser rechazado sustancialmente y confirmarse la validez de la sentencia recurrida. Repasa los fundamentos dados por el tribunal y concuerda que no era factible la pretensión de la defensa del acusado, en tanto que la imposición de una sanción mínima que se acumulara con la pena dictada en la sentencia n° 1320 y que mantuviera la condicionalidad implicaría una «licuación» de los hechos ilícitos

objeto de esta causa –inadmisible en casos de cierta gravedad–, y puesto que las causas transitaban distintas etapas procesales al tiempo de dictarse dicha sentencia.

Señala que, al no poder juzgarse todos los hechos en un mismo juicio, el tribunal precedió a unificar las condenas por encontrarse en condiciones de hacerlo.

Con ello, destaca que se aplicaron las reglas del método compositivo y que la sanción que propuso el Fiscal de Cámara resultaba razonable en atención a las penas impuestas en cada una de las sentencias.

Así, indica que fue justo y equitativo unificar la pena en cinco años de prisión, atento a las penas impuestas. Concluye al señalar que no le asiste razón al recurrente cuando afirma que el juez no explicó los motivos por los que revocó la condicionalidad de la pena que se le había concedido al acusado, puesto que la sentencia contiene los fundamentos de dicha decisión. No obstante, recuerda que en casos en que la pena excede el monto previsto en el art. 26 del CP, la misma debe ser de efectivo cumplimiento.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Puestos en consideración los puntos de agravio de la parte recurrente, considero que corresponde su rechazo y la confirmación de la sentencia cuestionada.

Según estimo, el presente caso demanda dilucidar si el tribunal a quo ha aplicado las reglas del art. 58 del CP, sobre unificación de condenas, de manera apropiada. Para ello, en primer lugar, detallaré los hechos y actuaciones relevantes (a).

Luego, en segundo lugar, precisaré por qué no corresponde acoger las pretensiones recursivas.

a. Las constancias de la causa

El estudio de las actuaciones indica, por un lado, que los hechos delictivos endilgados al acusado se cometieron los días seis de abril de 2015, ocho de abril de 2017 y treinta de mayo de 2017.

Asimismo, que el segundo de estos hechos en orden cronológico fue el primero en ser juzgado, marco en el que, el día 7 de agosto de 2017, la entonces Segunda Cámara del Crimen de la Segunda Circunscripción Judicial dictó la sentencia n° 1.320 e impuso al acusado la pena de tres años de prisión de ejecución condicional (ver fs. 276/283).

Por otro lado, las actuaciones demuestran que el primero y el tercero de aquellos hechos cometidos por Martínez Reveco –ocurridos con anterioridad al dictado de la sentencia mencionada–, fueron acreditados ante la entonces Primera Cámara del Crimen de la Segunda Circunscripción Judicial, dictándose en consecuencia la sentencia n° 5.547, en cuyo marco el tribunal impuso la pena de cuatro años y seis meses de prisión, revocó la condicionalidad de la pena dictada anteriormente por la entonces Segunda Cámara del Crimen, y dispuso la unificación de las condenas dictadas fijando la pena única de cinco años de prisión en modo efectiva (ver resolutive n° 1°, 2° y 3 de la sentencia obrante a fs. 286).

Como se advierte, el presente caso se presentaba ante el tribunal a quo como una violación a las reglas del concurso real puesto que, en cumplimiento del principio de la «pena única», los distintos hechos cometidos por el acusado debieron ser juzgados en un único juicio.

Esto fue notado por el tribunal de sentencia que, conforme con ello, procedió a unificar las condenas de Martínez Reveco (ver fundamentos, fs. 304).

b. Acerca de la unificación de condenas del acusado

Según ha explicado este Tribunal, en el caso de un concurso real de delitos se impone una única condenación, es decir, un único acto jurisdiccional por el que se condena al sujeto como autor de todos los delitos.

Es por ello que, ante un concurso real juzgado en pluralidad de sentencias, como en el presente caso, corresponde una unificación de condenas en la que el tribunal que impone la pena total puede aplicar su propio criterio dentro de la escala penal que se indica para la pena total en los arts. 55, 56 y 57.

Los únicos límites que tiene el tribunal que unifica condenas están dados, por un lado, por los hechos y la calificación legal establecida en la sentencia anterior y, por otro, en lo que respecta a las penas que caen con ese acto, en que no puede imponer una pena superior a la suma de todas las penas impuestas, ni menor a la pena mayor.

Con ello cabe agregar que, al unificar las condenas, la sentencia unificadora debe ser considerada la única condena válida con efectos jurídicos. Asimismo, que, siguiendo los parámetros referidos, debe aplicarse el método compositivo al momento de determinar el quantum de la pena única (ver causa «**Vega Ríos**»).

Con lo dicho hasta aquí conviene anticipar que, si bien el a quo sostuvo algunos argumentos que pueden considerarse inadecuados, conforme con el esquema mencionado, la pena única finalmente impuesta se muestra ajustada al mismo.

Efectivamente, para denegar el pedido de la defensa por la mantención de la condicionalidad, el tribunal de juicio indicó que en este caso no se cumplía con el requisito previsto en el art. 26 del CP, en la medida en que el acusado ya tenía una condena anterior –esta es, la dispuesta en la sentencia n° 1.320–. Por ello, entendió que, al no tratarse éste de un caso de «primera condena», no podía concederse el beneficio (ver fundamentos, fs. 303 vta. y fs. 304).

Esta premisa no es adecuada, puesto que una de las consecuencias de la unificación de condenas, según se estipuló, es que la sentencia unificadora debe ser considerada la única condena válida con efectos jurídicos y reemplaza a la anterior como una única condena para todos los delitos.

Dicho de otro modo, a los efectos del art. 26 del CP, la sentencia del tribunal a quo era la «primera condena», toda vez que la dictada por la entonces Segunda Cámara del Crimen de la Segunda Circunscripción Judicial dejó de tener efectos jurídicos.

Ahora bien, si bien es cierto que el tribunal a quo no realizó este tipo de razonamiento, también se advierte que la pena única finalmente impuesta –cinco años de prisión– respeta los límites que debe seguir el tribunal unificador, conforme con el esquema propiciado.

En efecto, conforme se ha detallado, el tribunal encargado de unificar condenas no puede imponer una pena superior a la suma de todas las penas impuestas, ni menor a la pena mayor. Llevada esta regla al caso de análisis, la escala que debe respetar el tribunal unificador se fija en un mínimo de cuatro años y seis meses –la pena impuesta mayor– y un máximo de siete años y seis meses –la suma de las penas impuestas–.

Determinado de este modo el rango dentro del que puede moverse el tribunal en tarea unificadora, se advierte, contrariamente a lo sugerido por la defensa, que el otorgamiento de una pena de ejecución condicional no era posible, atento a que el mínimo aplicable excede los tres años de prisión (art. 26 del CP).

Además, se observa que la pena finalmente impuesta por el a quo –cinco años de prisión–, se muestra ajustada a la escala penal aplicable, apenas alejada del mínimo posible y, sobre todo, determinada siguiendo los postulados del método compositivo y de manera proporcional de cara a todos los hechos cometidos por el acusado (ver fundamentos, fs. 304).

En consecuencia, por todo lo dicho, corresponde rechazar el recurso de casación presentado por la defensa de Martín Martínez Reveco y, en consecuencia, confirmar la sentencia proveniente de la entonces Primera Cámara del Crimen de la Segunda Circunscripción Judicial. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Atento al mérito que resulta del acuerdo precedente esta Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia, fallando en definitiva, RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuestos por la defensa de Martín Alan Martínez Reveco y, en consecuencia, confirmar la sentencia n° 5.547 y sus fundamentos, provenientes de la ex Primera Cámara del Crimen de la Segunda Circunscripción Judicial.
- 2.- Tener presente la reserva del caso federal formulada por la parte recurrente.
- 3.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 29 de julio de 2020.-

20- GUTIERREZ FARFAN. 29-07-20.

| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
|----|----------|-----------|-----------|------------|---------|---------|----------|----------|------------------------|-----------|---------|-------------|---|--------------------------|
| - | B | FS | AI | PCE | - | - | A | R | CI CR | UP | - | - | - | 474 -2° |

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=378>

Lex: Art. 166 inc. 2°, 3° párrafo, 167 inc. 4° en función del art. 163 inc. 6°, 54, 55, 89, 80 inc. 8° del CP.

Vox: Robo agravado. Arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada. Poblado y banda. Vehículo dejado en la vía pública. Concurso ideal. Concurso real. Lesiones leves dolosas. Sujeto pasivo. Acto jurisdiccional válido.

Summa:

El **TPC** condenó al nombrado a la pena de **doce años de prisión** con más la inhabilitación absoluta por igual término, como autor penalmente responsable del delito de:

- a- lesiones leves dolosas calificadas por la calidad del sujeto pasivo (art. 89 y 80 inc. 8° del CP)
- b- lesiones leves dolosas (art. 89 del CP)
- c- robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada en concurso ideal con robo agravado por ser en poblado y en banda (art. 166 inc. 2° párr. 3°; art. 54 y art. 167 inc. 2° del CP)
- d- robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse de ningún modo por acreditada en concurso ideal con robo agravado de vehículo dejado en la vía pública (art. 166 inc. 2° párr. 3°; art. 54 y art. 167 inc. 4° en función del art. 163 inc. 6° del CP)
- e- robo agravado por el uso de arma de fuego apta para el disparo en concurso ideal con robo agravado por ser en poblado y en banda (art. 166 inc. 2°, segundo supuesto, art. 54 y art. 167 inc. 2° del CP)

Asimismo, se lo declaró reincidente en virtud de lo normado por el art. 50 del CP, y se resolvió unificar aquella penalidad con la condena establecida mediante sentencia n° 4577 de fecha 26 de marzo de 2.018, la que fuera dictada por el Quinto Juzgado de Garantías.

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 2° CPP).

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 495 (12-04-19), pronunciada por el TPC N° 2- 1° CJ.

SCJM. Dres.: **Valerio.** Adaro. Palermo (Licencia).

Fallo.

CUIJ: 13-04959211-0/1((018602-89630)) FC/ GUTIERREZ FARFAN EMILIANO Y OTS P/ ROBO AGRAVADO (89630) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105128923*

En Mendoza, a los veintinueve días del mes de julio del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04959211-0/1 caratulada “F. C/GUTIERREZ FARFAN, EMILIANO ABEL; GUTIERREZ FARFAN, GUSTAVO ARIEL; BAZAN, DIEGO IVÁN Y HEREDIA CRUZ, ROBERTO CARLOS P/ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO... S/CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. MARIO D. ADARO, y tercero el DR. OMAR A. PALERMO.

A fs. 707/715 vta., el defensor oficial del acusado Gustavo Ariel Gutiérrez Farfán interpone recurso extraordinario de casación contra la sentencia N° 495 de fecha 12 de abril de 2019 (fs. 666/667 vta.) y sus fundamentos (fs. 670/683), mediante la cual se condenó al nombrado a la pena de doce años de prisión con más la inhabilitación absoluta por igual término, como autor penalmente responsable del delito de lesiones leves dolosas calificadas por la calidad del sujeto pasivo (art. 89 y 80 inc. 8° del CP) que se le atribuyó en el marco de los autos N° P26.212/17; autor penalmente responsable del delito de lesiones leves dolosas (art. 89 del CP) que se le atribuyó en el marco de los autos N° P-75.908/17; autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada en concurso ideal con robo agravado por ser en poblado y en banda (art. 166 inc. 2° párr. 3°; art. 54 y art. 167 inc. 2° del CP) que se le atribuyó en el marco de los autos N° P22.624/17; coautor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse de ningún modo por acreditada en concurso ideal con robo agravado de vehículo dejado en la vía pública (art. 166 inc. 2° párr. 3°; art. 54 y art. 167 inc. 4° en función del art. 163 inc. 6° del CP) que se le atribuyó en el marco de los autos N° P-87.840/16; y como coautor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego apta para el disparo en concurso ideal con robo agravado por ser en poblado y en banda (art. 166 inc. 2°, segundo supuesto, art. 54 y art. 167 inc. 2° del CP) que se le atribuyó en el marco de los autos N° P-89.630/16.

Asimismo, se lo declaró reincidente en virtud de lo normado por el art. 50 del CP, y se resolvió unificar aquella penalidad con la condena establecida mediante sentencia n° 4577 de fecha 26 de marzo de 2018, la que fuera dictada por el Quinto Juzgado de Garantías en el marco de los autos N° P-6.329/17, P.68.841/16 y P-19.161/17.

En virtud de esa unificación, se condenó al nombrado a la pena única de doce años de prisión con más la inhabilitación absoluta por igual término.

El pronunciamiento fue dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial. De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:

1.- La resolución recurrida

El tribunal impugnado condenó al acusado Gustavo Ariel Gutiérrez Farfán por los delitos y en la medida individualizada ut supra. Para resolver del modo precedentemente señalado entendió que, en la causa N°

P26.212/17, resultó acreditada la hipótesis fáctica que sustentó el requerimiento acusatorio de fs. 36/39 vta., esto es, que «[e]l día 15 de marzo de 2.017, siendo las 07.00 horas, personal de la División Robos y Hurtos de la Policía de Mendoza, realizó un allanamiento en el domicilio sito en calle Quintana s/n y callejón Los Chacareros, del distrito

El Algarrobal, departamento de Las Heras, autorizado por la titular del Primer Juzgado de Garantías en el marco de los autos N° P22.624/17, de trámite por ante la Unidad Fiscal de Robos Agravados, ocasión en la que GUSTAVO ARIEL GUTIERREZ FARFAN le propinó un golpe de puño en el rostro al Auxiliar Mayor MAURICIO GORDON SANCHEZ, provocándole lesiones con un tiempo de curación inferior a un mes» (ver fundamentos, fs. 670 vta./671).

Para así decidir, el a quo consideró que la totalidad de la prueba incorporada en esos obrados permitían concluir asertivamente sobre la existencia material del hecho intimado y la participación del acusado en el mismo. En particular, del plexo probatorio incorporado debidamente a la causa, valoró el acta de allanamiento de fs. 2 y el informe del Cuerpo Médico Forense de fs. 19, como también, la declaración en debate de Elio Ricardo Daniel Flores Godoy, como testigo presencial del suceso criminoso.

En cuanto a los hechos ventilados en los autos N° P-22.624/16, el sentenciante consideró suficientemente demostrada la hipótesis fáctica que sustentó el requerimiento acusatorio de fs. 449/457, en el que se describen los siguientes hechos: que «[e]l día 3 de marzo de 2017 a las 22.30 horas aproximadamente, en Ruta 34, km. 7, Villa Tulumaya de Lavalle, y mientras Mariana Estela Frachetti Puebla se encontraba en su domicilio junto a su pareja e hijo, fue sorprendida por GUTIERREZ GUSTAVO ARIEL (A) KISON (A)CACAROTO, GUTIERREZ EMILIANO (A)BACHI, BAZAN DIEGO (A)CHINO , HEREDIA ROBERTO (A) MOJO JOJO (A) RINGO, quienes previo simular ser policías de investigaciones y tratar de engañar a las víctimas, esgrimiendo armas de fuego, los amenazaron y se apoderaron de un televisor de 29 pulgadas, color gris marca Philco, un LED marca LG color negro de 21 pulgadas, un microondas color blanco, un equipo de audio color gris con dos parlantes de madera, un DVD negro, con sus cables y control remoto, una caja con CDs, una PC color negro sin sus tapas laterales, un monitor color negro, un LED de 20 pulgadas color negro y el equipo de audio de la PC de color negro, una máquina de coser marca Singer o Florencia, color blanca, cinco teléfonos celulares, dos sin funcionar, uno marca Samsung J1 A color negro activado de la empresa Claro con número 0261-6798821, y los dos restantes marca Samsung Galaxy Core II color blanco, uno activado en la empresa Movistar y otro en la empresa Claro, un alhajero con bijouterie varias, cadenas de rojo con dijes de oro y plata, una consola Play Station II color negra con sus controles y cables, ropas varias de hombre y adolescente, zapatillas, ojotas, camperas, ropas deportivas, muchas prendas, una carpa color azul de cuatro personas tipo iglú, dos pares de lentes recetados, medicamentos varios, billetera color beige conteniendo licencia de conducir, DNI., carnet de OSEP y OSPAT, tarjeta de débito del Banco Nación y Galicia, tarjeta de crédito Galicia Visa y Mastercard, Falabella Mastercard, Nevada y Nevada Visa, todo a nombre de Mariana Estela Frachetti, carnet de OSEP a nombre de Nicolás Vargas y dinero en efectivo, un maletín negro conteniendo papeles de trabajo, una notebook color negra, posiblemente Bangho del plan Conectar Igualdad asignada a Sergio Demonte, con su cargador y mouse, otro maletín de trabajo color negro, conteniendo papeles de trabajo y sellos de Sergio Demonte de la Comisión Mixta de Zona de la DGE de la provincia de Mendoza, una caja de herramientas de metal gastado, con herramientas varias pequeñas, un vehículo marca Fiat Siena dominio PBV-738, color gris, modelo 2015, con su tarjeta verde a nombre de Frachetti, para luego darse a la fuga» (ver fundamentos, fs. 677 vta.). Para decidir en tal sentido, el a quo valoró, entre otros elementos de prueba: el informe de

la División de Robos y Hurtos de fs. 19/22, el informe del CEO de fs. 62/65, del acta de exhibición de objetos de fs. 306/307, el desgrabado del CEO de fs. 242/247.

Asimismo, le asignó vital importancia al reconocimiento positivo en rueda de personas efectuado por las tres víctimas del hecho, oportunidad en que individualizaron al imputado como uno de los coautores del robo. A su vez, dentro de ese entramado probatorio, también ponderó las expresiones efectuadas por la ex pareja del acusado, Érica Navarro.

En cuanto a los hechos ventilados en la causa N° P-87.840/16, el tribunal de instancia anterior estimó que el tejido probatorio confirmaba la plataforma fáctica contenida en el requerimiento de citación a juicio de fs. 136/140. En ese sentido, tuvo por probado que «[e]l día 01 de setiembre de 2016 a las 20.40 horas aproximadamente, en calle Mathus Hoyos de Bermejo, Guaymallén, más precisamente en la Farmacia que está entre las calles Amure y Pinzón, Gustavo Ariel Gutiérrez Farfán y Roberto Heredia, interceptaron a Leonardo Jorge Jofré Estrella y previo apuntarlo con un arma de fuego le sustrajeron un vehículo marca Citroën C4, dominio HIA-211, un celular marca Motorola modelo “ de la empresa Claro, un teléfono marca Sony modelo Xperia, DNI, tarjeta de crédito del Banco HSBC, tarjeta de débito del Banco Santander Río, carnet de conducir, tarjeta médica, tarjeta de la obra social Unimed, y dinero en efectivo propiedad todo ello de la víctima, para luego darse a la fuga» (ver fundamentos, fs. 674). Para resolver en ese sentido, tras mencionar que los hechos ventilados en los presentes guardan relación con aquellos contenidos en los autos N° P-89.630/16, el sentenciante valoró especialmente las declaraciones testimoniales de Leonardo Jofré, Esteban Damián Simonini, de Melisa Paula Saraco y de Érica Vanina Navarro; cuyos términos consideró respaldados en los demás elementos de prueba colectados e incorporados, entre los que destacó: el acta de procedimiento policial de fs. 12, el informe técnico de policía científica de fs. 21/24 y 26/28, el informe técnico de la División Química Legal de Policía Científica de fs. 65/66, el informe de la Unidad Investigativa de Guaymallén de fs. 68/70, y el informe técnico del Laboratorio de Genética Forense de fs. 107/109. Por último, en cuanto a los sucesos criminosos que conforman el objeto de la acusación fiscal de la causa N° P-89.630/16, el sentenciante tuvo por acreditado con la certeza absoluta requerida para el dictado de una sentencia condenatoria los hechos narrados en el requerimiento fiscal de citación a juicio, a saber, que «[e]l día 06 de setiembre de 2016, cerca de las 22.30 horas, Gutiérrez Farfán Gustavo Ariel alias Kakaroto, en asoció con Emiliano Gutiérrez Farfán alias Bachi, Roberto Heredia y Cristian Eduardo Ríos Castillo, alias Negro, a bordo de un vehículo C4 y portando armas de fuego, llegaron al domicilio de Barrio 26 de Enero, M 30 C 02, de Las Heras, y se apoderaron de un vehículo VW Bora, dominio IDC-578, así como de un celular marca Samsung modelo S4, una tablet IPAD de 10 pulgadas, una notebook marca Toshiba, una cámara Go Pro modelo 2013, tarjeta verde del vehículo, tarjeta azul, licencia de conducir y carnet del seguro. En ese instante se produce un intercambio de disparos con la víctima, donde resultó finalmente herido Gutiérrez Farfán Gustavo en el cuadrante superior externo de la región pectoral izquierda, cara anterior y tercio distal del muslo derecho y cara anterior de pierna derecha tercio proximal» (ver fundamentos, fs. 679). Para así decidir, el a quo valoró la declaración de la víctima; los testimonios de Cristian Rodolfo Quinteros y de Érica Vanina Navarro; el acta de procedimiento de fs. 9, el croquis ilustrativo de fs. 10, el informe de la División Química Legal de fs. 20/26, el informe de la División Robos y Hurtos de fs. 41/42, el informe del Cuerpo Médico Forense de fs. 61, el informe del laboratorio de Genética Forense de fs. 100, y las demás pruebas válidamente incorporadas al proceso.

2.- Recurso de casación

La defensa del enjuiciado considera que la resolución referida padece de vicios in procedendo, conforme lo establecido por el art. 474 inc. 2° del CPP., que la descalifican como acto jurisdiccional válido.

Al canalizar jurídicamente la petición in pauperis efectuada por su asistido (fs. 703), el recurrente alega que en la pieza cuestionada el tribunal de juicio ha incurrido en la inobservancia de las reglas procesales referidas a la motivación de la sentencia y la violación de normas previstas bajo sanción de nulidad.

Desde allí, ataca la fundamentación del fallo por carecer de un nexo lógico entre la prueba recibida y las conclusiones a las que arribó el sentenciante; vicio por el que impetra su nulidad a tenor de lo normado por el art. 416 inc. 4° del CPP.

Imitando el orden seguido por el tribunal de mérito en el tratamiento de las causas en examen, plantea que en ninguna de ellas se ha logrado alcanzar el grado convictivo requerido para el dictado de una sentencia condenatoria en orden a la autoría del acusado en los hechos que se le imputan. En concreto, expresa que:

a.- En el marco de los autos N° P-26.212/17 cuestiona la labor jurisdiccional al advertir que se forzó la fundamentación para acreditar la autoría. Menciona que durante el debate no declaró la víctima de autos, y que tampoco se incorporó mediante lectura su testimonio ante la oposición de la defensa técnica. Lo que demuestra que no se pueda comprobar que su representado actuó en los hechos del modo en que se le enrostra, debiendo por ello ser absuelto según lo prevé el art. 2 del CPP.

b.- En relación a los autos N° P-87.840/16, el recurrente entiende que la prueba reunida no permite superar el ámbito de la duda en orden a la autoría de su representado. Refiere que el sustento probatorio de esta causa es el testimonio de Érica Navarro, ex pareja del acusado, cuyos términos han sido valorados por el sentenciante apartándose de las reglas de la sana crítica racional. Al respecto, advierte que su declaración aparece teñida de animosidad, además de no suministrar información fehaciente para determinar quiénes fueron los autores del robo investigado.

Considera que, de descartarse ese testimonio, sólo subsiste como prueba incriminante las prendas que fueron secuestradas del interior del automóvil Citroën C4 secuestrado, a partir de las que el Laboratorio de Genética Forense (fs. 109 y vta.) determinó un perfil genético mezcla de tres individuos, entre ellos el del Gustavo Gutiérrez Farfán. Pero señala que esa prueba sólo demuestra la presencia de su asistido en el interior del vehículo, más no que intervino en el desapoderamiento investigado.

De este modo, aduce que en autos se invirtió la carga de la prueba al pretender, en base a los fundamentos del fallo, que sea el imputado quien declare, lo que no sólo no respeta su derecho de abstención sino, tampoco, la presunción de inocencia. Por lo que solicita se absuelva al acusado por el beneficio de la duda.

c.- En el marco de los hechos investigados en los autos N° P-22.624/16, cuestiona el valor asignado a los reconocimientos en rueda de persona efectuados por las víctimas de autos. Al respecto, menciona que carecen de valor probatorio toda vez que cuando fueron ordenados y se efectivizaron, los rostros de las personas que eran los supuestos autores del ilícito habían adquirido conocimiento público a través de la prensa. Alega inversión de la carga probatoria cuando el sentenciante justifica el valor esencial asignado a esos reconocimientos en que hecho de que la defensa no incorporó ninguna evidencia que demuestre que las víctimas vieron puntualmente esas imágenes antes de efectuar la medida procesal. Asegura que, sin ese reconocimiento, no es posible acreditar la autoría del enjuiciado.

Ello por cuanto tampoco es posible valorar en sentido cargoso los dichos de Érica Navarro, porque no sólo presenta falta de objetividad, sino una marcada intensión de perjudicar al imputado. Con lo que solicita la absolución de su defendido.

d.- Por último, en referencia a los autos N° P-89.630/16, cuestiona el razonamiento seguido por el sentenciante para acreditar la autoría de su representado en el ilícito enrostrado, toda vez que, a su criterio, tampoco aquí la prueba valorada permite alcanzar la certeza apodíctica necesaria para demostrar

ese extremo de la imputación delictiva. Cuestiona la decisión del a quo de valorar en sentido cargoso el informe del Cuerpo Médico Forense de fs. 61 con dos argumentos: primero, que el profesional actuante no descartó que las heridas constatadas en el cuerpo del imputado pudieran tener un origen traumático distinto al uso de armas de fuego; segundo, que ese examen se realizó varios meses posteriores a que ocurrió el hecho investigado.

Todo lo cual, a su criterio, genera más dudas que certeza. Del mismo modo que lo planteado en los autos n° p-87.840/16, cuestiona el peso probatorio que le asigna la sentencia al informe del Laboratorio de Genética Forense sobre un gorro y un polar hallados en el interior del Citroën C4, ya que ese elemento solo puede constituir un indicio que no tiene respaldo probatorio en prueba independiente.

Considera que nuevamente el descubrimiento de la verdad depende del testimonio de Érica Navarro, cuyos términos fueron debidamente controvertidos por quien ejerció la defensa técnica del acusado durante el debate.

En conclusión, sostiene que la sentencia adolece de debida motivación, que no respeta el principio lógico de razón suficiente dado que las pruebas son ambivalentes y el sentenciante no ha expresado cuáles son los motivos que lo conducen a aceptar una de las posibles interpretaciones y a descartar otras. Por lo que, en atención a los agravios invocados, solicita se declare la nulidad de la sentencia.

Por entender comprometidas las garantías de defensa en juicio y debido proceso legal, formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Fiscal

Adjunto en lo Penal El representante del Ministerio Público Fiscal entiende que corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto (fs. 725/727). Después de resumir los motivos casatorios esgrimidos por el recurrente y dejar sentado que el recurso interpuesto procede formalmente, refuta cada uno de los argumentos defensivos y confirma la validez de la sentencia condenatoria.

En aquel sentido, reafirma el razonamiento del a quo en orden a la valoración integral de la prueba que compone la totalidad del plexo probatorio reunido e incorporado en las diversas causas seguidas en contra del acusado.

Por su parte, expresa que la estrategia defensiva consiste en aludir por separado a cada una de las causas para, desde allí, aislar ciertos indicios y pruebas con el fin de restarles el valor convictivo asignado correctamente la pieza impugnada.

En base a ello, concluye en que la sentencia no adolece de ninguno de los vicios que le endilga el casacionista, por lo que todos ellos deben ser rechazados.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Puestos en consideración los motivos de agravio expuestos por la defensa del imputado, adelanto mi posición en el sentido que corresponde rechazar el recurso articulado, ello por las razones que serán detalladas a continuación.

El núcleo central de la crítica formulada por el recurrente aparece circunscripto a hacer decaer la validez del razonamiento del tribunal de juicio.

Para ello, impugna toda la tarea de valoración de la prueba realizada en base a la cual el a quo, en relación a los hechos intimados en las diversas causas en tratamiento, estimó demostrada con el grado de certeza que requiere un pronunciamiento condenatorio la intervención material de Gustavo Ariel Gutiérrez Farfán en cada uno de aquellos.

En ese sentido, postula que la incorrecta valoración del plexo resulta del apartamiento de las reglas que impone el sistema de la sana crítica racional, vicio del que hace derivar el pedido para que este Cuerpo anule el decisorio en crisis y ordene la absolución del nombrado.

Preliminarmente, me parece importante destacar que la resolución en análisis no padece defecto alguno y su motivación resulta suficiente para su mantenimiento como acto jurisdiccional válido, desde que no adolece de falencias que impliquen su anulación.

Ello a la luz de la reiterada jurisprudencia de esta Sala, en el sentido que tales defectos, para conllevar tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros), lo que en la especie no ocurre.

Lo afirmado en el párrafo anterior resulta de apreciar que los elementos probatorios han sido adecuadamente ponderados, conforme lo imponen los arts. 206 y 409 del CPP., esto es, en rigurosa observancia de las reglas de la sana crítica racional y de sus postulados de libre valoración de la prueba con los límites que surgen de los principios lógicos de coherencia (identidad, no contradicción y tercero excluido) y de derivación (razón suficiente) y de la experiencia común; cuyo apartamiento la censurante no ha podido demostrar.

En esa labor, el sentenciante no sólo detalló los elementos de convicción obrantes en la causa, sino que también fundó adecuadamente el valor otorgado a ellos, luego de cotejar de modo prolijo unos con otros de manera tal de llevar a cabo una valoración integral y coordinada de aquellos.

Al respecto, estimo conveniente recordar que un recurso de casación que invoca la infracción a las reglas de valoración de la prueba, para lograr conmovir los fundamentos de la sentencia impugnada, debe contener el análisis de todo el cuadro convictivo evaluado y, en función de éste, demostrar lo decisivo del vicio que se denuncia.

Ello porque es sabido que arbitrariedad no significa mera disconformidad con la solución adoptada por el sentenciante.

De allí que resulte inconducente una argumentación impugnativa que, desde la órbita de lo que suponen los vicios formales, se contente sólo con reproches aislados o que tome las pruebas de manera desconectadas o que esgrima un defecto carente de trascendencia en una apreciación integrada de ellas. En tales supuestos, al no efectuar un abordaje que agote las distintas premisas que sostienen la conclusión que causa agravio, la crítica del recurso no alcanza para enervar la fundamentación de la decisión del tribunal sentenciante.

Éste es precisamente el defecto que advierto en la presentación de la defensa en cuanto tacha de arbitraria la fundamentación de la sentencia.

No sólo hace una consideración fragmentaria de los argumentos tenidos en cuenta por el juzgador a fin de sustentar la conclusión que aquí se embate sino que, además, lejos de dar mayores precisiones respecto del modo en que el sentenciante ha incurrido en vicios de contradicción, insuficiencia o irrazonabilidad en la motivación de su solución, simplemente los evoca. Veamos.

Antes de ingresar al tratamiento concreto de los múltiples puntos de agravio alegados por el impugnante, he de formular dos aclaraciones que tienen que ver con la metodología de abordaje que se adoptará en lo sucesivo.

En primer lugar, importa aclarar que los vicios sugeridos por la defensa del acusado giran alrededor de los argumentos mediante los cuales el tribunal de sentencia llegó a la solución condenatoria en autos N° P-26.212/17, P87.840/16, P-22.624/16 y P-89.630/16.

Motivo por el que, en lo que aquí concierne, no corresponde aquí dar tratamiento a las circunstancias propias de los autos N° P-75.908/17.

En segundo lugar, aprecio conveniente apartarme del orden de tratamiento seguido por el tribunal de juicio respecto de las diversas causas en las que se investigaron los hechos atribuidos al imputado.

Razones de orden lógico y metodológico sugieren la necesidad de respetar la cronología en que se produjeron esos acontecimientos.

Ello en tanto, seguir en el tratamiento del recurso impetrado el orden sucesivo en que se produjeron los hechos investigados, permite examinar correctamente si el razonamiento seguido por el sentenciante luce correcto, o adolece de los vicios que se le endilgan en el escrito recursivo impetrado, dado que muchos de los elementos de prueba han sido dotados de valor convictivo –también– a partir de una visión integral de los hechos juzgados.

En este sentido, luce pertinente traer aquí a colación lo que se ha referido por esta Sala en el sentido que «[...] los medios de prueba no constituyen compartimientos estancos, porque cada uno de ellos se apoya en mayor o menor grado sobre los restantes. Unos y otros aparecen, finalmente, como los elementos de un todo, y será ese conjunto el que dará la prueba sintética y definitiva, aquella sobre la cual se podrá levantar la reconstrucción de los hechos. Las diversas pruebas presentadas en un momento dado deben ser examinadas al mismo tiempo, pues el resultado global es el que cuenta» (L.S. 388- 219).

Asimismo se ha señalado que «el sistema de la sana crítica racional, se encuentra íntimamente relacionado con el principio de la unidad de la prueba, e impone como regla la consideración de la prueba en su conjunto, pues muchas veces la certeza se obtiene de probanzas, que individualmente estudiadas pueden aparecer como débiles o imprecisas, pero complementadas y unidas entre sí, llevan al ánimo del juzgador la convicción acerca de la existencia de los hechos denunciados (L.S. 381-233; 382-107; 388-219; 398-42)» (L.S. 401- 188).

Por lo que, al radicar esencialmente los planteos casatorios en una disconformidad defensiva con el modo en que el tribunal de juicio valoró la prueba, las circunstancias temporales referidas deben ser correcta y ordenadamente consideradas.

4.1. En el marco de los autos N° P-87.840/16, como lo adelantara, la defensa impugna el caudal probatorio reunido para concluir asertivamente sobre la intervención culpable de su representado en los hechos allí investigados. Así, con los mismos argumentos que fueran utilizados por quien asistió técnicamente al imputado durante el debate (ver fundamentos, fs. 674) cuestiona que: (a) el testimonio de Érica Navarro –ex pareja del imputado– es tendencioso y poco creíble, motivo por el que no puede ser ponderado como prueba de cargo; y, (b) que, descartado ese testimonio, no existe más prueba que acredite certeramente una participación de su asistido en los hechos cuya comisión se investigó en las referidas actuaciones. Sin embargo, estimo que no le asiste razón al recurrente puesto que parte de premisas que no encuentran respaldo en las constancias de la causa.

Así, en la acreditación de aquel extremo de la imputación que hoy resulta cuestionado, comparto con el sentenciante que el entrelazado probatorio guarda una ajustada razonabilidad de cómo ocurrieron los hechos, cuáles fueron las circunstancias de realización de los mismos, y –particularmente– quiénes fueron sus autores.

Es decir, observo que el iter lógico seguido por el a quo ha quedado debidamente expuesto en los fundamentos que se tienen a la vista, los que dotan de razón al resolutivo que hoy se cuestiona. En el marco de esta causa, quedó acreditado que, en horas de la tarde noche, dos sujetos le sustrajeron a la víctima –Leonardo Jofré– un automotor y otros bienes de su propiedad, en momentos en que se

encontraba comprando medicamentos en una farmacia ubicada en una localidad del departamento de Guaymallén, y habiendo dejado su vehículo estacionado sin medidas de seguridad con su hija de dos años en su interior. Tras apuntarle con armas de fuego no habidas, luego de la sustracción, se dieron a la fuga. En cuanto a la autoría en los hechos, quedó demostrado que los intervinientes fueron Roberto Heredia (que resultó condenado en juicio abreviado final), y el coimputado Gutiérrez Farfán. Para acreditar la situación procesal de éste último, el sentenciante valoró, entre otros, los siguientes elementos probatorios, a saber: (i) el acta de procedimiento de fs. 12, en que personal policial describe el hallazgo del Citroën C4, color gris oscuro, dominio HIA-211, que fuera sustraído ilegítimamente de su propietario el día siete de septiembre de 2.016 en la intersección de calle Maure y Araujo, Bermejo, Guaymallén.

Asimismo, los actuantes dejaron constancia de que el vehículo presentaba la ventanilla derecha dañada, a lo que agregaron la existencia de más orificios de similares características ubicados en diferentes partes del automóvil, todos los cuales mostraron una morfología compatible con el paso de un proyectil de arma de fuego (ver interpretación criminalística de fs. 24 vta.).

Ello permitió que la policía, en base a informaciones obtenidas en ese momento, vinculara ese hallazgo con otro hecho delictivo que, con similares características modales, se produjo en el departamento de Las Heras, el cual consistió en la sustracción de otro automotor – Volkswagen Bora– en donde habría participado aquel vehículo –ilícito investigado en la causa N° P-89.630/16–; (ii) el informe técnico de Policía Científica de fs. 23, donde se deja constancia que del interior vehículo se levantaron muestras del volante para la realización de estudios epiteliales, como también, del secuestro del sector anterior derecho de dos prendas de vestir, esto es: de un gorro de lana de color gris, blanco y rojo, y, además, de una prenda de polar color negro tipo «cuellito»; (iii) el informe técnico de fs. 26/28 que da cuenta del hallazgo en el interior del Citroën C4 de un proyectil y dos vainas servidas, material que es analizado por la **División Balística de Policía Científica**; (iv) las capturas de pantalla correspondientes al material filmico aportado por los propietarios de la farmacia donde estaba siendo atendida la víctima al momento de los hechos (fs. 80/81), las que por la mala calidad de imagen, si bien no son concluyentes, el sentenciante destaca la existencia de «indicios que potencian en grado superlativo el nivel de sospecha contra el imputado, permitiendo alcanzar certeza positiva» (fs. 674 vta.); (v) el informe técnico elaborado por el Laboratorio de Genética Forense de fs. 107/109 vta., por el que se concluyó que en dos evidencias analizadas –“gorro” y “polar”– se observó un perfil genético mezcla compatible con el de los acusados, esto es, de Roberto Heredia Cruz y de Gutiérrez Farfán. A partir de ese cuadro, el juez de la causa concluyó en que quedó acreditada la «la presencia del imputado en el Citroën C4 unos días después de acontecido el robo». En ese entendimiento, entiendo que acierta el sentenciante cuando integra –y valora– aquellas pruebas e indicios con el resto de las probanzas incorporadas a la causa. Entre ellas, obviamente, la declaración de Érica Navarro.

Respecto al valor de su testimonio, el sentenciante los califica como «verosímil en términos generales», al permitirle obtener «datos ciertos que coadyuvan a la señalización del imputado como coautor del ilícito bajo estudio».

En ese sentido, se destaca que la sentencia repara en que la testigo dijo que por conocimientos propios, e incluso a información suministrada por el propio acusado, éste «integraba una banda dedicada al robo de vehículos en diferentes puntos del Gran Mendoza».

Precisamente en el tramo de los fundamentos donde se establece la autoría del acusado en esta causa, es que se conectaron las declaraciones de esa testigo con las constancias incorporadas en la causa en que

se le atribuyó al imputado el suceso delictivo ocurrido en fecha 6 de septiembre del año 2.016. Me estoy refiriendo a los autos N° P-89.630/16.

Comparto con el magistrado de la instancia anterior que «la evidencia de que Gustavo Gutiérrez Farfán viajaba en el Citroën C4, unos días después de la sustracción, en el contexto antes indicado, descarta la hipótesis de que hubiera recibido el vehículo de terceros a título de encubridor, porque la ligazón que se visualiza con el hecho delictivo sufrido por Martín Sebastián Andrada permite inferir, por un lado, que intervino activamente en ese hecho [P89.630/16], pero también que lo hizo en el que resultó víctima el ciudadano Jofré [P-87.840/16].

No es un dato menor que se halló en el interior del vehículo un gorro de lana y un polar, siendo que Andrada, en la causa N° P-89.630/1[6] señaló que los agresores llevaban puesto capuchas o pasamontañas» (ver fundamentos, fs. 674 vta.).

Desde allí aprecio que, inversamente a lo alegado por el recurrente, el testimonio de Érica Navarro no constituyó la piedra angular desde donde el sentenciante construyó la imputación delictiva en orden a la participación criminal en el suceso investigado de Gutiérrez Farfán.

Si bien es cierto que su declaración aparece interpretada en la sentencia como un elemento que refuerza la hipótesis acusatoria en desmedro de la posición defensiva, no es menos cierto que la vinculación del acusado con los hechos investigados resultó –principalmente– de la sumatoria de elementos que, en su conjunto, colocan de modo unívoco, múltiple y concordante a Gutiérrez Farfán como coautor material de esos sucesos criminosos.

A su vez, más allá de la relación o del sentimiento que haya motivado a la dicente para prestar declaración testimonial, no existen elementos que permitan sostener que hubo de su parte la intención de perjudicar al acusado con información errónea o falsa.

Más bien observo que resultó demostrada una correlación entre ese testimonio y las constancias objetivas de la causa, lo que refuerza el acierto del juzgador en la valoración de ese tipo de prueba. En otro orden, considero que carece de sustento el argumento del recurrente referido a que el secuestro de prendas de vestir del interior del vehículo en cuestión, no acredita que el imputado intervino en el acometimiento delictivo.

Esto en razón de que se trata de un razonamiento que ha quedado suficientemente descartado en los fundamentos que acompañan el fallo.

Más bien aprecio que esa valoración que realiza la defensa sólo se sostiene desde una fragmentación de la prueba, en una estrategia consistente en aislar los indicios para quitarles la fuerza probatoria que proviene de su reunión. En base a lo expuesto, observo que no existe orfandad probatoria ni inversión de la carga probatoria sino una falta de respaldo probatorio que permita sustentar, siquiera mínimamente, alguna hipótesis explicativa de corte desincriminatorio. Por tanto, este tramo de la impugnación defensiva debe ser rechazado.

4.2. En orden a los hechos que fueron materia de investigación y posterior juzgamiento en el marco de la causa N° P-89.630/16, comparto, por entenderla adecuada y sin los vicios que le endilga el recurrente, la valoración probatoria seguida por el tribunal de sentencia para acreditar con certeza la responsabilidad penal del acusado en carácter de coautor del ilícito enrostrado.

Así, al tiempo de fundar la intervención –coautoría– del imputado en el suceso criminoso, el sentenciante construyó el silogismo incriminante –conforme lo adelantara en los antecedentes reseñados– a partir de las declaraciones testimoniales de la víctima –Martín Sebastián Andrada–, las que estimó respaldadas

subjetivamente con los testimonios de Cristian Quinteros –vecino del denunciante– y de Érica Navarro –ex pareja del imputado–.

Además, contrastó esas declaraciones con elementos objetivos de corroboración periférica, entre ellos: el acta de procedimiento policial de fs. 09, los informes técnicos sobre el arma reglamentaria secuestrada a la víctima (fs. 21/26), el desgrabado de las comunicaciones del Centro Estratégico de Operaciones –CEO– de fs. 34/40, y, en especial, el informe del examen físico realizado por el Cuerpo Médico Forense –CMF– de fs. 61., y aquel informe realizado por el Laboratorio de Genética Forense sobre las prendas de vestir halladas en el interior del Citroën C4 de fs. 100/102. En base a ello, concluyó que «todos los indicios convergen en este caso a confirmar la autoría de Gustavo Gutiérrez Farfán» (ver fundamentos, fs. 679 vta.).

Todo este entramado probatorio sucintamente reseñado aparece nuevamente cuestionado por el letrado que ejerce la defensa técnica del acusado en esta etapa recursiva. Por un lado, considera que el examen médico practicado al imputado en el Cuerpo Médico Forense, no permite acreditar con certeza –tal lo hace la sentencia– cuál fue el origen de esas lesiones para, desde allí, vincular a su representado con el hecho investigado. Por otro lado, reproduce los mismos cuestionamientos que hiciera en el marco de la causa N° P-87.840/16, al controvertir: (a) el valor probatorio asignado al informe técnico de fs. 100/102, y, (b) el peso convictivo reconocido a la declaración de Érica Navarro. Sin embargo, verificadas –con base en la compulsas de las constancias de la causa– las premisas que subyacen a la conclusión de culpabilidad del a quo, adelanto que este segmento de los agravios defensivos tampoco pueden prosperar.

En efecto, en la sentencia no sólo se advierte un correcto análisis de la hipótesis acusatoria, la cual entiende debidamente comprobada, sino también, un estudio de la hipótesis defensiva, la cual es refutada con argumentos que estimó convincentes.

De hecho, observo que la pretensión de la parte recurrente consiste en reeditar aquí los mismos planteos mediante los que se controvertió la hipótesis acusatoria durante el debate, los que fueron debidamente atendidos conforme surge de los fundamentos que acompañan el fallo, y sin aportar en esta instancia extraordinaria de revisión mayores argumentos capaces de demostrar la arbitrariedad alegada en ambas oportunidades sobre la valoración de la prueba.

Es más, tal es ello así, que incluso el casacionista se sirve de ciertos tramos de los alegatos de clausura efectuados por el entonces defensor particular del incuso en el debate, mediante los que cuestionó en esa instancia la labor axiológica del tribunal de juicio (al respecto, ver recurso, fs. 713 y vta.). Pero además de esa reedición, el rechazo de los planteos se funda –principalmente– en que el recurrente ignora la secuencia de evidencias probatorias que fue construida por el tribunal de juicio para acreditar la coautoría del acusado, en base a un correcto análisis integral del cuadro probatorio debidamente incorporado.

Al respecto, es oportuno destacar que el hecho aquí endilgado, consistió en que el día 6 de setiembre de 2.016, el imputado junto a otros sujetos, entre ellos Roberto Heredia, a bordo de un vehículo Citroën C4 y portando armas de fuego, se apoderaron ilegítimamente de un Volkswagen Bora, además de otros artículos. Que al momento de la sustracción se produjo un intercambio de disparos con la víctima, donde resultó herido el encartado.

Dado ese contexto fáctico, resulta atendible que para acreditar el extremo de la imputación delictiva resistida por el recurrente –autoría–, **el sentenciante haya vinculado el resultado del examen médico realizado al imputado, mediante** el que se constataron diversas lesiones en su cuerpo compatibles con heridas de arma de fuego (fs. 61 y vta.), con las declaraciones testimoniales señaladas precedentemente. En ese sentido, vale la pena destacar que, si bien es cierto que desde la ocurrencia del hecho –06 de

setiembre del año 2.016– al momento en que se practicó el examen físico del acusado –31 de marzo de 2.017– transcurrió un lapso que resulta por demás considerable, no es menos cierto que el valor probatorio de este informe debe ser considerado dentro del entramado probatorio brevemente reseñado.

Ello por cuanto, surge evidente la compatibilidad entre esas heridas y lo declarado por la ex pareja del enjuiciado, cuando en el debate afirmó que, tras haber cometido el hecho, el imputado apareció en su casa herido de bala, ubicando esas heridas en la pierna derecha y en el pecho (ver fundamentos, fs. 679). Correspondencia que también es confirmada por el sentenciante a través del informe realizado por Policía Científica en la causa N° P-87.840/16 (fs. 21/26), mediante el que se describe la ubicación de los impactos de bala que presentaba el Citroën C4 que no sólo fue el bien cuya sustracción ilegítima se investigó en aquellos obrados, sino que, además, fue utilizado por los acusados para perpetrar el robo del que se da cuenta en los presentes.

Con ese informe, y tras mencionar que todos los orificios allí descriptos aparecen situados a la altura del cuerpo de los ocupantes del rodado en cuestión, sumado a que la presencia del acusado en el interior del vehículo fue acreditada, más allá de toda duda razonable, a través de las actuaciones de las que da cuenta el informe técnico elaborado por el Laboratorio del Genética Forense sobre las prendas halladas en el mismo (fs. 100/102), permiten compartir con el sentenciante su conclusión acerca de la existencia de un cuadro indiciario convergente para acreditar la responsabilidad penal del imputado en los hechos aquí juzgados.

4.3. En cuanto a los hechos que fueron materia de investigación y posterior juzgamiento en el marco de la causa N° P-22.624/16, comparto con el tribunal de sentencia en cuanto afirma que los argumentos incriminantes **«constituyen prueba sólida y contundente para ubicar al imputado en el lugar de los hechos» (ver fundamentos, fs. 677 vta.)**. Conviene aquí recordar que, del mismo modo que en las causas anteriores, el recurrente no cuestiona la materialidad de los hechos por los que ha resultado condenado su representado.

Sino que, moviéndose exclusivamente en el nivel de los vicios formales, y con el afán de hacer decaer la validez del razonamiento del a quo, sus agravios se circunscriben al método que ha empleado el juez de sentencia para tener por acreditada la autoría del imputado en los acontecimientos que integraron el objeto del proceso.

A mi entender, la sentencia cuestionada tampoco adolece aquí de los vicios alegados sino que, por el contrario, se ha valido de toda la prueba incorporada de común acuerdo al debate para arribar a un juicio de certeza sobre ese extremo de la imputación delictiva.

Ahora bien, en ese despliegue argumental, la sentencia toma como pilar probatorio para concluir en el dictado de una condena, el reconocimiento en rueda de personas de los acusados (fs. 300/302), oportunidad en que las tres víctimas de los hechos individualizaron como uno de los coautores del hecho perpetrado a Gutiérrez Farfán (ver fundamentos, fs. 678).

Es sobre la base de esa identificación positiva en que el juez a quo valora el testimonio de Érica Navarro, por cuanto aprecia –acertadamente– que existen determinadas circunstancias que le provén de solidez a su relato. Así destaca que la dicente llamó espontáneamente al 911 para no sólo denunciar a su ex pareja –Gutiérrez Farfán– por violencia de género sino que, además, en la misma oportunidad se encargó de informar que el mismo estaba cometiendo hechos delictivos en una camioneta Renault Duster de color blanca, aportando incluso su dominio (MPO-279).

Cuadro que el sentenciante completa, entre otros, con el hallazgo y ulterior secuestro del vehículo en cuestión (ver fundamentos, fs. 678).

El punto de agravio que indica que los **reconocimientos en rueda de persona** carecen de valor probatorio, no puede ser recibido en instancia por motivos de diversa índole: por un lado, puesto que en su materialización no se advierten irregularidades que afecten su validez.

Por el contrario, de acuerdo a lo que surge de la compulsión de las constancias de la causa, esas medidas probatorias se realizaron de acuerdo a los requisitos previstos en la ley –arts. 262, ss y cc del CPP.–, asegurándose plenamente el derecho de defensa y el debido proceso legal.

Por otro lado, la eficacia probatoria y el sentido cargoso asignado por el tribunal de la instancia anterior, resulta correctamente asignada no sólo por el resultado positivo de esos reconocimientos, sino por la valoración integrada de ellos con el resto de los elementos de prueba que conforman el plexo que acompaña la causa.

Constato que el argumento que conforma este punto de la crítica casatoria resulta ser una mera reedición de un idéntico planteo efectuado por la defensa a lo largo del debate, contando con una debida y adecuada respuesta en la sentencia.

En efecto, el recurrente insiste aquí en que, cuando se ordenó y se efectivizó esa medida de prueba, las víctimas tenían conocimiento previo de los rostros de las personas que eran los supuestos autores del ilícito, porque los mismos habían sido mediatizados a través de la prensa local. Circunstancia que, a criterio del casacionista, resta mérito convictivo de los reconocimientos positivos en cuestión. Sin embargo, comparto en este punto con el tribunal de la instancia anterior cuando descarta esa interpretación, al considerar que si bien puede ser cierto que las imágenes hayan sido difundidas por diversos medios de comunicación, no existe en autos evidencia alguna que autorice a juzgar asertivamente que las víctimas puntualmente observaron esas imágenes.

Considero que tampoco puede sostenerse que, como lo pretende el recurrente, la simple difusión previa de imágenes que pudieran corresponder a los sujetos imputados, permita invalidar per se el acto de reconocimiento. A ello cabe agregar que, según se observa del contenido de las actas pertinentes (ver actas de fs. 300/302), los testigos fueron interrogados expresamente acerca de su conocimiento previo al hecho de los autores del ilícito investigado, esto es, si habían visto en presencia o imagen a los individuos que ellos mencionaron como autores del ilícito sufrido, respondiendo todos ellos que «no» (ver fundamentos, fs. 677 vta.).

En definitiva, estimo que uno de los objetivos perseguidos por la normativa procesal respecto de este medio probatorio, consistente en preservar al imputado de cualquier forma de sindicación, a fin de que el reconocimiento obedezca a un juicio de identidad entre la percepción presente y la pasada del sujeto activo del acto, se encuentra en autos sido adecuadamente respetado. Más allá de la validez legal de los reconocimientos en rueda de personas practicados, no existe duda alguna que permita cuestionar el valor cargoso que se desprende según el resultado obtenido.

Es que cada una de las víctimas –Nicolás Frchetti, Mariana Frchetti y Sergio Demonte– reconoció simultáneamente a Gustavo Ariel Gutiérrez Farfán como uno de los autores del delito investigado. Ello, sumado a las restantes evidencias probatorias reseñadas precedentemente, confirma el razonamiento del tribunal a quo en este tramo de su argumentación.

Dentro de mismo, nuevamente aparece atacado por el recurrente el testimonio de Érica Navarro, respecto del cual se queja de la falta de objetividad y de la animosidad para con el imputado. Queda claro que los mismos argumentos vertidos en el análisis de sus declaraciones en el marco de las otras causas, resultan

pertinentes aquí para desechar ese punto de la queja. Por todo lo cual, los agravios defensivos no pueden recibir acogida favorable en esta instancia.

4.4. Por último, el recurrente alega que en el marco de los autos N° P-26.212/17 el razonamiento del sentenciante se encuentra viciado al no existir prueba que permita sostener la intervención punible del imputado en los hechos acreditados. Inversamente a lo sostenido por el letrado defensor, considero que en la labor valorativa desarrollada por el tribunal de juicio para concluir en que Gutiérrez Farfán le propinó un golpe de puño en el rostro al Auxiliar Mayor Mauricio Sánchez en oportunidad de llevarse a cabo un allanamiento dispuesto en los autos N° P-22.624/17, no se observan fisuras.

Ello en tanto, el juez sentenciante apreció que el acta de allanamiento labrada por el personal actuante, al describir la secuencia fáctica que asumieron los hechos, deja expresa constancia acerca del comportamiento violento asumido por el acusado.

A su vez, esa información encuentra sustento probatorio objetivo en el informe elaborado por el Cuerpo Médico Forense, donde se constata que la víctima presentaba una tumefacción en la nariz, con herida contuso desgarrada de 0,5 cm, lo que aparejaba un tiempo probable de curación inferior a un mes (fs. 19). El cuadro probatorio cargoso se completa con la declaración del Oficial Inspector Elio Daniel Flores Godoy quien, siendo testigo directo y presencial del hecho, ratificó la autoría del encartado en la provocación de la herida señalada.

Por ende, el planteo de la defensa en cuanto se queja de la existencia de orfandad probatoria para acreditar la autoría, situación que la hace derivar exclusivamente de que no se contó en debate con la presencia de la víctima, ni tampoco se pudo valorar la declaración que ofreció durante la investigación por haberse opuesto esa parte a su incorporación por lectura, no afecta en lo absoluto ninguna de las premisas que subyacen a la conclusión de culpabilidad.

Al respecto, comparto el análisis efectuado por el tribunal a quo cuando afirma que «[n]ada impide que se alcance la certeza positiva requerida en esta instancia del proceso por el hecho de que no se haya podido contar con la declaración de la víctima, [pues] [...] las pruebas, aunque no son abundantes, sí resultan sólidas y contundentes en punto a demostrar, tanto la materialidad del hecho como la autoría de Gustavo Gutiérrez Farfán» (ver fundamentos, fs. 671).

4.5 En base a todo lo hasta aquí analizado, en concordancia con lo dictaminado por el señor Fiscal Adjunto en lo Penal, y a la luz de la fuerza con la que las hipótesis acusatorias han sido verificadas plenamente en la audiencia de debate y la correcta valoración de las pruebas que la sostienen, entiendo que corresponde rechazar las argumentaciones del recurrente y proceder a confirmar la sentencia puesta en crisis.

Por lo que la primera cuestión planteada debe contestarse negativamente. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede. SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, RESUELVE:

1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa del imputado Gustavo Ariel Gutiérrez Farfán.

2.- Tener presente la reserva del caso federal.

3.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP).

Secretaría, 29 de julio de 2020.-

21- JAIME MOYANO. 30-07-20.

| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
|----|----|----|------|--------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|-------------|---|------------|
| - | - | - | AI | - | - | - | A | - | - | - | - | - | N | 474 486 |

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=374>

Lex: Art. 166 inc. 2°, 1° párrafo, 1° supuesto del CP. Art. 400, 409, 474, 486 del CPP.

Vox: Robo agravado. Arma impropia. Incorporación de testimoniales. Valoración del testimonio. Nulidad del debate. Nuevo juicio.

Summa:

El JPC condenó al nombrado a la pena de **cinco años de prisión** como autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma (arts. 166, inc. 2°, primer supuesto del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 del CPP).

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** resolvió hacer lugar al recurso de casación interpuesto, y, en consecuencia, **anular el debate**, la sentencia y sus fundamentos, debiendo remitirse las presentes actuaciones al JPC, a fin de que la OGAP siga el trámite de ley, conforme al resultado aquí arribado, a efectos de que se realice un nuevo juicio y se dicte un nuevo pronunciamiento (art. 486 CPP).

Resolución cuestionada: Sentencia N° 3810, pronunciada por el JPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Cuello Ledesma. 17-07-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200717_FcCuello.pdf

Doctrina citada.

MORELLO, Augusto M., Recursos extraordinarios, Hammurabi, Buenos Aires, 2001, págs. 311/313.

SCJM. Dres.: **Palermo.** Adaro. Valerio (Disidencia)

Fallo.

CUIJ: 13-04957151-2/1((018502-105085)) F. C/ JAIME MOYANO ALAN DAVID P/ ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA (105085/18) P/ QUEJA *105126700*

En Mendoza, a los treinta días del mes de julio del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04957151-2/1 caratulada "F. C/ JAIME MOYANO, ALAN DAVID P/ ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. OMAR A. PALERMO; segundo, DR. MARIO D. ADARO y tercero, DR. JOSÉ V. VALERIO.

La defensa de Alan David Jaime Moyano interpone recurso de casación contra la sentencia N° 3810, mediante la que se condenó al nombrado a la pena de cinco años de prisión como autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma (arts. 166, inc. 2°, primer supuesto del CP).

El pronunciamiento fue dictado por el Juzgado Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial en autos N° L-105085/18.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO:

1.- La sentencia recurrida

El tribunal impugnado resolvió del modo precedentemente señalado, por considerar acreditado que «[p]ara fecha 21 de Diciembre de 2018, siendo aproximadamente las 07:00 horas, [Jaime Moyano] interceptó a Franco Agustín Rasmussen Lucchetti en la parada del colectivo ubicado en calle Lumiere y Calle 2 del Barrio 26 de Enero de Las Heras, y exhibiéndole un cuchillo tipo tramontina de mango color negro con líneas blancas, le exigió la entrega del celular, y ante la negativa de la víctima le intentó asestar un puntazo en el estómago, logrando la víctima reaccionar y correrse, lesionándolo en la mano derecho, comenzando así un forcejeo con el mismo.

Seguidamente, la víctima arrojó su mochila [m]arca Tommy de color negra y roja, ante lo cual [Jaime Moyano] tomó la mochila descripta, y se dio a la fuga por calle Lumiere. Minutos más tarde, luego de dar aviso a personal policial, la víctima regresó al lugar del hecho, observando nuevamente a [Jaime Moyano] por lo que dio aviso a la movilidad que pasaba por el lugar, procediendo personal policial a su aprehensión a unos 200 metros de las parada del colectivo mencionada» (fundamentos, fs. 87 vta./88).

Para así decidir, la sentenciante valoró el acta de procedimiento de fs. 01, el croquis ilustrativo de fs. 02, el acta de ratificación de fs. 03, el acta de secuestro de fs. 05, el acta de denuncia de fs. 06/07, el croquis ilustrativo realizado por la víctima de fs. 08, el acta de visu de fs. 20 y el informe del CMF de fs. 30. Asimismo, ponderó las declaraciones de la víctima, Franco Agustín Rasmussen Lucetti; de los efectivos policiales Carlos Leppe y Gustavo Díaz; y la versión de los hechos brindada por el acusado en ejercicio de su derecho de defensa material.

2.- El recurso de casación de la defensa de Alan David Jaime Moyano

Las recurrentes promueven su impugnación a tenor de lo dispuesto por el art. 475, inc. 2° del CPP por considerar que existen vicios **in procedendo** en la resolución que cuestionan.

Señalan que en la sentencia recurrida se omitió considerar debidamente aspectos conducentes debatidos, concretamente los cinco cuestionamientos efectuados por esa defensa (esto es: vestimenta, arma, conocimiento previo, res furtiva y forcejeo) que derivan, según entiende, en una duda razonable respecto a la participación de su defendido en el hecho que se le atribuye.

En primer lugar, consideran que la sentenciante ha menospreciado las circunstancias relacionadas con la vestimenta del autor del hecho, a pesar que la víctima se contradijo en numerosas oportunidades en cuanto a esa descripción.

Así, menciona que las referencias aportadas por Rasmussen en acta de denuncia no coinciden con lo declarado por él en audiencia de debate y tampoco con las constancias del acta de aprehensión de fs. 4 y del acta de visu de fs. 20.

Al respecto sostiene que el razonamiento de la jueza es contradictorio, puesto que, por un lado, justificó esas inconsistencias de la víctima en función de las circunstancias que rodearon al hecho y que pudieron afectar la percepción del testigo; y por otro, sostuvo que la vestimenta de Jaime Moyano coincidía con la descripción realizada por la víctima.

En segundo lugar, se agravia de la irregularidad del procedimiento policial. Concretamente, refiere que existen contradicciones en relación a si se encontró o no la mochila sustraída a Rasmussen.

Así, señala que del acta de procedimiento y de lo manifestado por la víctima surge que el elemento no fue encontrado, pero los funcionarios policiales en la audiencia de debate expresaron que sí y la misma circunstancia surge del desgrabado del CEO.

Sostiene que estas contradicciones destacadas por esa defensa durante los alegatos no pudieron ser explicadas por la Fiscalía y tampoco fueron objeto de tratamiento en los fundamentos cuestionados.

Como tercer punto de agravio, la recurrente pone de resalto que la sentenciante no tuvo en cuenta que Rasmussen reconoció que en la Comisaría le mostraron el cuchillo con el que supuestamente lo amedrentaron, que lo reconoció y que ello sucedió antes de realizar la denuncia.

En ese orden, señala también que de ese elemento se extrajo material genético para cotejo de ADN y que no surgieron coincidencias con el perfil de la víctima de autos. Refiere que, a pesar de ello, la a quo no se expidió al respecto.

En cuarto lugar, destaca que la sentenciante omitió considerar que, no obstante encontrarse acreditado –mediante las lesiones constatadas de Rasmussen– que víctima y victimario se trabaron en una pelea, Jaime no presentó ninguna lesión que permita sostener que es quien participó de ella.

Como quinto cuestionamiento, señala que no ha sido valorado en los fundamentos bajo análisis que la víctima, en la audiencia de debate, manifestó conocer al imputado del barrio y que su hermano no lo conocía.

Ello resulta contradictorio con lo expresado por Rasmussen en el acta de denuncia al sostener que quien conocía al autor del hecho era su hermano, que lo reconoció en la parada de colectivo, después del hecho. La recurrente pone de resalto que la falta de contestación de estos planteos o su rechazo en términos generales implica una violación a la disposición contenida en el art. 409 del CPP. Asimismo, considera que la a quo recurrió a argumentos falaces o aparentes para fundamentar la condena.

En tal sentido, sostiene que la jueza no brindó argumentaciones racionales para sostener que el descargo de Jaime no lució sincero y se limitó a expresar que sus dichos carecían de sustento probatorio sin tener en cuenta todos los cuestionamientos efectuados por esa parte.

Finalmente, destaca que la a quo tuvo como indicios de culpabilidad tres circunstancias:

1) que la vestimenta de Jaime coincidía con la descripta por la víctima;

- 2) que el imputado tenía en su poder un cuchillo idéntico al descrito por la víctima; y
- 3) que esta última lo señaló de manera espontánea en la audiencia de debate.

Sin embargo, sostiene que, conforme a la crítica precedente, estos indicios pierden fuerza por no ser precisos y unívocos.

En virtud de esas consideraciones, la impugnante entiende que el análisis valorativo de la sentenciante no resulta suficiente para destruir el estado de inocencia de su defendido más allá de toda duda razonable (art. 2 del CPP) y, en función de ello, solicita que se revoque la sentencia condenatoria y se absuelva a Alan David Jaime Moyano del delito que se le atribuye.

Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General expresa que corresponde rechazar sustancialmente el recurso de casación bajo estudio, en tanto el tribunal de juicio analizó acabadamente y en conjunto tanto la prueba recabada durante la investigación penal preparatoria como la producida en el debate para tener como probados los hechos y la autoría del imputado en relación a ellos.

Sostiene que cada agravio señalado por la defensa fue tratado en la sentencia y reflejan, más que vicios en su motivación, una discrepancia con la interpretación del plexo probatorio efectuada por el Tribunal. En virtud de ello, entiende que de ninguna manera puede sostenerse que la sentencia cuestionada tenga vicios, por lo que corresponde su convalidación.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

Analizadas las constancias incorporadas a la presente causa, entiendo que corresponde hacer lugar al remedio casatorio oportunamente interpuesto y, en consecuencia, anular la sentencia emitida y reenviar la causa al subrogante legal a fin de que se efectúe un nuevo juicio. Doy razones.

Según entiendo, y sin perjuicio de la técnica recursiva desarrollada por las impugnantes, la fundamentación del fallo impugnado no se adecua a las exigencias establecidas por la ley de procedimiento, como garantía de la defensa en juicio, del debido proceso y de la posibilidad de control de las decisiones jurisdiccionales.

Ello puesto que se verifican falencias que conducen a la anulación de la sentencia cuestionada a tenor de lo normado por los arts. 155 y 416 inc. 4 del CPP.

En tal sentido, considero que le asiste razón a la defensa recurrente en cuanto sostiene que la sentenciante ha omitido dar tratamiento a todos los puntos sometidos a su consideración durante el debate.

Ese es el tópico en el que, entiendo, radica la solución del caso sometido a estudio, conforme explicaré a continuación.

Al respecto, cabe señalar que el **art. 409 del CPP** dispone que el Tribunal de juicio debe resolver «**todas las cuestiones que hubieren sido objeto del juicio** [...] las relativas a la existencia del hecho delictuoso, con discriminación de las circunstancias jurídicamente relevantes; la participación del imputado [...]» y de ello debe dar cuenta en la motivación de su decisión.

Esas cuestiones deben haber sido introducidas por las partes del proceso en el momento procesal oportuno –como, por ejemplo, en la discusión final prevista en el art. 405 del CPP– y deben referirse a cuestiones conducentes y dirimientes para la adecuada solución del caso.

Es decir que, si bien el sentenciante no está obligado a contestar todos los argumentos introducidos por los litigantes, no podrá omitir considerar aquellos que resulten relevantes para la adopción de una decisión ajustada a derecho.

De lo contrario, la sentencia en la que falta la apreciación crítica de importantes elementos conducentes, o que omite considerar cuestiones oportunamente propuestas para la decisión del juicio o que descalifican aquéllas otras que componen la litis sobre la base de afirmaciones dogmáticas y desprovistas de fundamento, se encuentra viciada de arbitrariedad.

Ello la descalifica como pronunciamiento válido (ver al respecto **MORELLO, AUGUSTO M., Recursos extraordinarios, Hammurabi, Buenos Aires, 2001, págs. 311/313**).

En consecuencia, constituye deber de los magistrados motivar suficientemente sus decisiones mediante una adecuada valoración de la prueba producida y legítimamente incorporada, sin omitir considerar en relación a ella todos aquéllos planteos que sean dirimientes para la justa resolución del caso.

Con base en estas pautas, advierto que, como adelanté, en el caso bajo estudio la motivación de la sentencia cuestionada no cumple con los recaudos necesarios para constituir, desde su forma y contenido, un acto jurisdiccional válido.

La conclusión precedente surge con nitidez de los fundamentos obrantes a fs. 85/89 vta. de estos obrados, donde se observa que la magistrada sentenciante, por un lado, ha omitido dar respuesta a algunas de las alegaciones defensivas que se reiteran en esta instancia, a modo de agravio casatorio y, por el otro, ha contestado en forma contradictoria o vaga otras de las cuestiones planteadas en la discusión final por esa parte procesal.

Tal como surge del escrito recursivo, se advierte que la defensa técnica del imputado ha fundado su estrategia defensiva en cinco tópicos.

En relación al primero de ellos, esto es las contradicciones en que incurrió la víctima respecto a la descripción de la vestimenta del autor del delito investigado, asiste razón a la defensa cuando afirma que la jueza a quo las ha justificado de modo contradictorio, lo que invalida su razonamiento.

Así, por un lado la magistrada de la instancia anterior entendió que «si bien no concuerda el color de zapatillas ni el buzo, se debe valorar [...] que el hecho fue fugaz y violento [...] lo cual puede afectar la percepción del testigo a la hora de evocar dichas características de vestimenta del autor» (fundamentos, fs. 86); y, por otro, que «no puede dejar de valorarse como un indicio de culpabilidad [...] que la vestimenta de [Jaime Moyano] coincidiera con la descripción de la vestimenta realizada por la víctima (jogging gris)» (fundamentos, 87 vta.).

Es decir que la sentenciante, a pesar de advertir inconsistencias en la descripción de la vestimenta efectuada por la víctima y justificarlas, consideró que la única coincidencia entre esa descripción y la ropa que vestía el imputado tiene mérito convictivo de cargo.

Este razonamiento así desarrollado aparece, al menos, endeble y no encuentra en los fundamentos analizados ningún otro argumento que lo complemente, lo que pone de resalto su insuficiencia para respaldar la solución dada al caso.

A similar conclusión se llega en relación al segundo de los cuestionamientos planteados por la defensa, es decir, respecto del hallazgo y/o secuestro de la mochila sustraída.

En ese orden, a pesar de las marcadas contradicciones, señaladas por la defensa, entre lo manifestado por la víctima y lo expresado durante la investigación penal preparatoria y en la audiencia de debate por los efectivos policiales que actuaron en el procedimiento, la jueza tan sólo expresó que «dicha

contradicción debe ser atribuida al tiempo que ha pasado desde que se cometió el hecho delictivo [...] (casi ocho meses).

Ambos, además, manifestaron desde un primer momento no recordar con exactitud el hecho e hicieron referencia a la cantidad de procedimientos policiales que hacen por día» (fundamentos, fs. 87 y vta.).

Sin embargo y no obstante la falta de exactitud de esas manifestaciones, a renglón seguido y a modo de conclusión, sostuvo que «los dichos de la defensa del imputado han sido devirtuados por los testimonios de RASMUSSEN [víctima de autos], LEPPE y DÍAZ. La prueba de cargo es concordante y contundente».

Como se advierte, la concordancia y contundencia aludidas no es lo que surge de los argumentos de la sentenciante, sino un razonamiento contradictorio que tampoco responde al planteo que la defensa del imputado introdujo en sus alegatos.

En lo referente a las supuestas irregularidades relacionadas con el arma utilizada en el desapoderamiento –tercer cuestionamiento efectuado por la defensa–, ninguna consideración hizo la sentenciante.

Particularmente, si el cuchillo le fue mostrado a la víctima antes de efectuarse la denuncia, si se efectuó algún reconocimiento de él, si se le practicó algún análisis de laboratorio o alguna otra alusión a los argumentos defensivos.

Ello, no obstante consignarse en los fundamentos de la sentencia que la víctima de autos manifestó «que habían encontrado el cuchillo, le mostraron el cuchillo y todavía tenía manchas de sangre» (fundamentos, fs. 86) y de que efectivamente se incorporó al debate, como prueba instrumental, el informe de División Química Legal de Policía Científica obrante a fs. 63 y vta. (fundamentos, fs. 85 vta.).

Ahora bien, respecto de los planteos relacionados con la ausencia de lesiones en el imputado, a pesar de que supuestamente él se trabó en lucha con la víctima; y con el conocimiento que tenía la víctima o su hermano de Jaime Moyano con anterioridad al hecho la sentenciante tampoco formuló ningún tipo de consideración.

Por el contrario, la jueza tuvo como «indicio de culpabilidad: [...] que la víctima haya señalado de manera espontánea en la audiencia de debate al imputado y lo haya reconocido como autor del hecho» (fundamentos, fs. 87 vta.).

Sin embargo, no respondió al planteo defensivo de quién efectivamente conocía con anterioridad al imputado, si era la víctima o su hermano y tampoco explicó de qué modo ese conocimiento, si existía, influía o no en el reconocimiento.

Cabe señalar que, en cuestión de lesiones como resultado de la lucha por el desapoderamiento, sólo valoró las sufridas por la víctima, pero en modo alguno consideró si la presencia o no de lesiones en la persona del imputado podían influir en su decisión condenatoria.

Finalmente, corresponde señalar –como sostuvieron las recurrentes– que la sentenciante descartó el descargo del imputado con la sola afirmación de que su versión «no lució sincera, y además carente de sustento probatorio alguno.

Lo cual constituye un indicio de mala justificación» (fundamentos, fs. 86 vta.), pero no dio mayores razones de tal conclusión. En otras palabras, de un modo vago y sin dar precisiones descartó los dichos del imputado, sin confrontarlos efectivamente con la prueba que meritó como incriminatoria.

En definitiva, considero que lo expresado pone de manifiesto la existencia de vicios en la sentencia con la entidad suficiente para llevar a su anulación.

Es que, de conformidad a lo dispuesto por los arts. 155 y 416 inc. 4° del CPP, una fundamentación arbitraria como la observada en la resolución devenida en crisis no resulta admisible, por lo que entiendo que resulta nula de nulidad absoluta.

Al respecto, nuestro Címero Tribunal ha expresado que «[l]a existencia en el fallo de una contradicción tal que lo haga ininteligible importa ausencia de fundamentos e impone su anulación» (Fallos 261:263; 317:124; 323:2900) y que «[c]orresponde dejar sin efecto la sentencia apelada si las circunstancias de los autos ponen de manifiesto en el caso no una mera discrepancia del apelante con la selección y valoración de las pruebas, sino la prescindencia de toda consideración concreta sobre prueba conducente para la adecuada decisión de la causa, lo que descalifica al pronunciamiento de su carácter de acto judicial válido» (Fallos 294:309).

Por lo tanto, y oído el del señor Procurador General, corresponde dar respuesta afirmativa a la primera cuestión. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

Voto Dr. Valerio. Disidencia.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, EN DISIDENCIA, DIJO: Me permito disentir con la solución a la que arriban mis colegas de Sala y, en función de ello, estimo que corresponde **rechazar** el recurso de casación deducido por la defensa de Alan David Jaime Moyano.

En tal sentido y contrariamente a lo sostenido en el voto precedente, entiendo que los fundamentos sometidos a consideración de esta instancia reúnen los recaudos establecidos por la legislación procesal para que una sentencia sea considerada válida según el art. 416 del CPP, en especial el determinado por el inc. 2° del art. 411 del CPP, que exige una «exposición concisa de los motivos de hecho y de derecho en que se basa» y satisface el estándar de la cultura jurídica en nuestro medio.

Asimismo y teniendo en cuenta que los agravios casatorios se fundan en supuestas contradicciones entre lo declarado por los testigos durante la investigación penal preparatoria y lo manifestado por ellos en audiencia de debate, resulta oportuno aclarar algunos conceptos.

Incorporación de testimoniales.

En ese orden y según mi modo de ver las cosas, cuando la ley autoriza la **incorporación de testimoniales** «porque existen contradicciones entre los registros de anteriores declaraciones o constancias de lo que habría dicho (como en ocasiones en las actas de procedimientos) o cuando es para ayudar a la memoria del declarante, hay que tener en cuenta: en primer lugar que lo único que está legítimamente incorporado en el debate es **lo efectivamente oralizado** y no todo el registro de lo anteriormente declarado; en segundo lugar, ante quien se efectivizó la declaración previa (no es lo mismo la realizada ante un funcionario que ante un juez); en tercer lugar, que la inmediatez del juez natural competente (preordenado por la ley) es quien al escuchar las explicaciones por parte del declarante del por qué de la contradicción o a qué versión en definitiva dice que es la correcta y sus razones, le permiten al sentenciante “percibir no sólo visual o acústicamente las palabras, dichas por el declarante, sino también si se ha podido ver la forma corporal de la expresión y su estado emocional en el momento de declarar”», tal como se explicó en «Cuello Ledesma».

Es por ello que las recurrentes no pueden construir una duda sobre la credibilidad de los testigos basada «en el frío significado de las palabras dentro de un texto que se encuentra en el registro de la previa declaración al debate» y que en esta instancia se emita un juicio «sin tener en cuenta las explicaciones y razones brindadas por el testigo y la percepción que tuvo de ellas el juez natural por medio de la inmediatez, que lo llevó en definitiva a emitir una valoración sobre la credibilidad del deponente y la existencia del hecho, porque ello sería subrogar al juez natural irrazonablemente por simple registros y

violiar el principio de la inmediación como una condición de la valoración de la prueba» (conforme fallo antes citado).

Siendo así, no advierto en la fundamentación cuestionada ningún vicio de entidad suficiente que derive en la nulidad pretendida.

En efecto, considero que jueza a quo ha dado razones suficientes de por qué entendió acreditada la responsabilidad de Jaime Moyano en el hecho investigado.

Así, en relación al primer punto de agravio, considero que no resulta relevante la diferencia presentada como contradicción por la defensa, en cuanto a la descripción efectuada por la víctima del modo en que vestía el autor del hecho.

Alguna diferencia en la descripción ontológica que realiza una persona no significa, necesariamente, que exista una contradicción ontológica, máxime cuando la sentenciante estableció las circunstancias que podrían haber producido esos errores de percepción.

Según entiendo, para que estemos frente a la contradicción lógica que requiere el inc. 4 del art. 416 del CPP para poder declarar nula la sentencia, debe acreditarse de qué modo esa diferencia ontológica (en el caso, de característica/s de alguna/s de las prendas) en las declaraciones, es una contradicción ontológica dentro del universo «vestimenta», cómo esa contradicción ontológica se transformó en una contradicción lógica de la sentencia, y que ella resulta esencial al resultado que cuestiona.

Para decirlo de otro modo, es arbitraria la sentencia que viola el principio lógico de no contradicción, cuando afirma en una parte, lo que niega en otra; y esa contradicción desvirtúa imprescindiblemente la decisión.

Circunstancia que de ninguna manera invoca, acredita, ni puede vincular la quejosa.

Por ello, no puede prosperar el agravio. Cabe señalar además que la inmediatez en la aprehensión del imputado como el horario en que se produjeron los hechos –alrededor de las 7:00 hs aproximadamente– y la escasa circulación de personas en ese horario que puedan vestir de manera similar, restan importancia a las discordancias marcadas por las recurrentes.

A ello cabe agregar que la circunstancia –esgrimida como quinto cuestionamiento– de si era la víctima o su hermano quien conocía al imputado con anterioridad al hecho tampoco posee la dirimencia que la defensa del imputado le concede.

Es que, en este aspecto, no puede dejar de destacarse que fue Rasmussen quien durante el debate señaló espontáneamente al imputado como autor del hecho y que aclaró la situación a la defensora al expresar que «su hermano cuando lo vio [a la persona aprehendida] le dijo que era del barrio y que cree que su hermano lo ha visto cuando ha ido a avisarle a la policía» (fundamentos, fs. 86).

Valoración del testimonio de la víctima.

Desde ese aspecto, cabe recordar que la «valoración del testimonio de la víctima siempre debe hacérsela por el mismo método como lo impone el art. 7 de la Constitución de Mendoza [...], testimonio que debe abordarse sin el prejuicio de que miente o que tiene o puede tener oscuros intereses, ya que no es la víctima quien debe probar que dice la verdad [...] las partes en la audiencia y en contradicción en el **examen y contraexamen** del testigo (víctima) y luego en la valoración de sus dichos, cotejándolos con los diversos elementos de pruebas y evidencias, como la forma, el tiempo y las circunstancias de su percepción y las condiciones subjetivas de transmisión por parte del declarante, deben argumentar su teoría de la prueba según su teoría del caso. Finalmente será el juez al exponer sucintamente sus fundamentos y en base a la sana crítica [...] quien debe justificar por qué es creíble o no el testigo o la

información que aporta, y/o si tiene o no por acreditado el hecho» (ver fallo «**Cuello Ledesma**», ya citado), tal como ha ocurrido en autos.

En virtud de ello, los cuestionamientos relacionados con la declaración de la víctima Rasmussen, como los referidos al señalamiento que realizó en la audiencia de debate, no pueden prosperar. A idéntica solución llego en relación al agravio relativo a las supuestas contradicciones en la declaración de los policías actuantes.

Al respecto, si bien los funcionarios dijeron en audiencia de debate que «la mochila había sido secuestrada junto con el cuchillo al momento de aprehensión del sujeto», lo que no coincide con las constancias de la investigación penal preparatoria, tal circunstancia no fue pasada por alto por la sentenciante.

Por el contrario, la a quo consideró que «dicha contradicción debe ser atribuida al tiempo que ha pasado desde que se cometió el hecho delictivo», a lo que agrega que los efectivos policiales «manifestaron desde un primer momento no recordar con exactitud el hecho e hicieron referencia a la cantidad de procedimientos policiales que hacen por día» (fundamentos, fs. 87 y vta.), razonamiento que no aparece contrario a las reglas de la sana crítica y, por ello, plenamente válido.

En lo que concierne a que la sentenciante no habría contestado los planteos defensivos vinculados con el secuestro del cuchillo, la extracción de material genético y a la carencia de lesiones que presentaba Jaime Moyano, a pesar de haberse trabado en lucha con la víctima, corresponde recordar que los jueces no se encuentran obligados a contestar todos y cada uno de los argumentos expuestos por las partes, sino tan sólo aquéllos que resultan pertinentes a la resolución del caso, tal como ha ocurrido en autos y es criterio de la CSJN (ver Fallos 310:1835; 322: 270 y 329:1951, entre otros).

En ese orden, no se advierte de qué modo influiría en la solución impugnada que Rasmussen haya visto el cuchillo con anterioridad a radicar la denuncia y que el arma no tuviera material genético de la víctima, cuando el escaso tiempo que transcurrió entre el hecho y la aprehensión del acusado, la corta distancia entre los lugares en que se produjeron ambos acontecimientos (200 metros aproximadamente) y la coincidencia de, al menos, de la descripción de la víctima respecto del pantalón de jogging que el autor del hecho y la persona aprehendida vestían, y la presencia de un cuchillo en su poder constituyen elementos de cargo suficientes para crear en la sentenciante el grado de convicción que derivó en la condena que aquí se cuestiona.

De igual modo, no aparece como una cuestión dirimente el argumento defensivo tendiente a desvincular al imputado del hecho que se le endilga con base en que éste no tenía lesiones físicas, puesto que de haber sido el autor habría mostrado lesiones producto de la lucha en la que se trabó con la víctima –según afirman las recurrentes–. Es que la hipótesis propuesta resulta de una ambigüedad tal que no es suficiente para sustentar su pretensión.

En efecto, existen diversas circunstancias por las que una persona puede no tener lesiones físicas visibles luego de intervenir en una pelea de manos. En el caso, se ha acreditado que el autor del hecho acometió a la víctima con un cuchillo, hiriéndolo en una de sus manos, pero de ningún modo se ha acreditado que la víctima le haya dado golpes a su atacante como para dejar marcas.

Las explicaciones podrían ser varias, como, por ejemplo, que la potencia de los golpes infringidos por la víctima no resultó suficiente para dejar lesiones, que la actitud de la víctima más que defensiva fue evasiva, sólo por referir algunas; pero de ningún modo puede afirmarse necesariamente –como pretende la defensa de Jaime Moyano– que si éste no presentó lesiones físicas es porque no participó en la lucha aludida y que, por ello, no resulta ser el autor del desapoderamiento.

En consecuencia, entiendo que los fundamentos analizados no incurren en ninguna falencia al no contestar planteos defensivos que, aunque resultan legítimos en función del rol que desempeña la parte que lo propone, nada tienen de relevantes para la solución del caso.

Finalmente, las recurrentes se agravian por considerar que la jueza de sentencia no ha dado razones suficientes para descartar el descargo de su defendido.

Al respecto, cabe reiterar que la contundencia de la prueba de cargo descripta en los fundamentos del fallo bajo análisis resulta palmaria –aprehensión en flagrancia (art. 288 del CPP), hallazgo en su poder del cuchillo utilizado en el desapoderamiento y reconocimiento de la víctima- frente a la versión del acusado –que caminaba en dirección a su casa y que lo detuvieron por averiguación de antecedentes– y, por ello, nada puede reprochársele al argumento de la a quo referido a que la «versión exculpatoria brindada por el acusado en el ejercicio de su defensa material, a través de la cual busca desvincularse del hecho que se le imputa, no lució sincera, y además carente de sustento probatorio alguno» (fundamentos, fs. 86 vta.). Como se advierte y no obstante la crítica de las impugnantes, la sentenciante efectivamente tuvo en cuenta y analizó la versión de Jaime Moyano.

Aun cuando el análisis puede ser calificado de escueto, resulta suficiente de acuerdo a la exigencia normativa de exposición concisa de los motivos de hecho y de derecho en que se basen (inc. 2° del art. 411 del CPP) los votos de los jueces, como al plexo probatorio analizado cotejado en el contexto, donde no se verifica en su razonamiento ninguna arbitrariedad que lo descalifique.

En definitiva, de lo expuesto surge que el tribunal de juicio, en virtud de los elementos de prueba ya referidos, llegó a la certeza necesaria para adoptar la decisión que aquí se cuestiona, plasmando su análisis en una resolución sin arbitrariedades y motivada de una manera lógica y convincente en cuanto a la acreditación del hecho y la autoría del imputado. En función de ello, entiendo que corresponde rechazar el recurso de casación planteado por la defensa de Alan David Jaime Moyano. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO: De conformidad al resultado de la votación en la cuestión anterior, corresponde anular el debate, la sentencia de N° 3810 y sus fundamentos. En consecuencia, deberán remitirse los presentes al Juzgado Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial, a fin de que la OGAP siga el trámite de ley, conforme al resultado aquí arribado, a efectos de que realice un nuevo juicio y se dicte un nuevo pronunciamiento (art. 486 CPP). ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

1.- Hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 68/84 de autos L105.085/18 y, en consecuencia, **anular el debate**, la sentencia N° 3810 y sus fundamentos, debiendo remitirse las presentes actuaciones al Juzgado Penal Colegiado N° 2 de la Segunda Circunscripción Judicial, a fin de que la OGAP siga el trámite de ley, conforme al resultado aquí arribado, a efectos de que se realice un nuevo juicio y se dicte un nuevo pronunciamiento (art. 486 CPP).

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

22- MORON ESCUDERO. 13-08-20.

| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
|----|----------|----|------|------------|---------|------------|----------|----------|-----------|---------|---------|-------------|---|------------|
| | | | | | | | | | | | | | | 474 |
| | | | | | | | | | | | | | | 489 |
| - | B | - | - | PCE | - | EGT | A | R | CR | - | - | - | - | 359 |

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=398>

Lex: Art. 167 inc. 2°, 42, 55 y 239, 50, 14, 41 del CP. Art. 359, 418, 474, 489 del CPP.

Vox: Robo agravado. Poblado y banda. Tentativa. Concurso real. Resistencia a la autoridad. Reincidencia. JAI cuestionado. Casación. Inconstitucionalidad.

Summa:

El **TPC** condenó al nombrado a la pena de **un año y seis meses de prisión** como coautor responsable del delito de robo agravado por ser en poblado y en banda en grado de tentativa en concurso real con resistencia a la autoridad (arts. 167 inc. 2°, 42, 55 y 239 del CP), y lo declaró reincidente (art. 50 del CP), en el marco de un juicio abreviado.

La **defensa** interpone recurso de casación y de inconstitucionalidad. (Art. 474 y 489 del CPP). En relación a la inconstitucionalidad planteada solicita que se declare la nulidad de la declaración de reincidencia previo a declarar la inconstitucionalidad de los arts. 14 y 41 del CP

El **Procurador** General entiende que deben ser rechazados los recursos promovido.

La **SCJM** resolvió rechazar los recursos de inconstitucionalidad – formalmente- y casación - sustancialmente- interpuestos por la defensa del imputado.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 250 (08-10-18), pronunciada por el TPC N° 1- 1° CJ.

Precedentes relacionados

a-SCJM

JAI cuestionados. Art. 26 inc. 4, 359, 418 y siguientes del CPP

- Olguín Herrera. 25-03-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=767>
- Montero Arancibia. 27-07-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=874>
- Giovarrusci Bonacorci. 12-08-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=887>
- Lobato Barroso y ot.. 19-08-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=869>
- Maldonado. 19-08-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=885>
- Parraguez. 29-11-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=969>
- Chiaffitelli López. 21-12-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=964>

Doctrina citada.

CAFFERATA NORES José I. - Aída Tarditti «Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba Comentado», Editorial Mediterránea, t. 2, p. 493.

SCJM. Dres.: **Valerio.** Adaro. Palermo.

Fallo.

CUIJ: 13-04626641-7/1((018601-8812)) FC/ MORON ESCUDERO FABRICIO DANIEL, CARRILLO ORTIGOZA JORGE ROBERTO Y CLAVERIA LEANDRO ALEXANDER P/ ROBO AGRAVADO (8812) P/ REC.EXT.DE INSCONSTIT-CASACIÓN *104709879*

En Mendoza, a los trece días del mes agosto del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04626641-7 caratulada “FC/ MORON ESCUDERO FABRICIO DANIEL... S/CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. MARIO D. ADARO, y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

A fs. 447/449 el defensor técnico de Fabricio Daniel Morón Escudero, promueve recurso de casación e inconstitucionalidad contra la sentencia N° 250 y sus fundamentos de fs. 415/418 vta., pronunciada en fecha 8 de octubre de 2.018, en la modalidad de juicio abreviado en tanto condenó al nombrado a la pena de un año y seis meses de prisión como coautor responsable del delito de robo agravado por ser en poblado y en banda en grado de tentativa en concurso real con resistencia a la autoridad (arts. 167 inc. 2°, 42, 55 y 239 del CP), y lo declaró reincidente (art. 50 del CP).

La resolución cuestionada fue dictada por la Dra. María Laura Guajardo integrante del Tribunal Penal Colegiado N° 1 en autos n° P-8812/18.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:

1.- Resolución recurrida

La sentencia impugnada en lo pertinente para la solución del recurso, tuvo por acreditado que: «[...] el día martes 30 de enero de 2.018, siendo aproximadamente las 19:30 horas, los encartados Fabricio Daniel Morón Escudero, Jorge Roberto Carrillo Ortigoza y Leandro Alexander Clavería, llegaron a bordo de un vehículo marca Chevrolet Celta, dominio MMK-646 a calle Constitución, a metros de su intersección con calle Taboada, ambas de Luján de Cuyo, Mendoza. Seguidamente, los nombrados se aproximaron al vehículo marca Renault Megane dominio FMZ- 577, que allí se encontraba estacionado. Acto seguido, los encartados ejercieron fuerza destructiva sobre el cristal de la ventanilla trasera izquierda del Renault Megane y accedieron al interior, en donde se apoderaron de una billetera color marrón con tarjetas de débito, DNI, carnet de conducir, dos mil pesos argentinos, ciento cuarenta dólares, dos ruedas de cuatriciclo, todo a nombre y de propiedad de Jorge Cortez.

A continuación, los sindicados abordaron nuevamente el vehículo Chevrolet Corsa para retirar del lugar. Así las cosas, en el momento en que los encartados se alejaban del lugar, efectuaron una maniobra que puso en alerta a los efectivos policiales que circulaban a bordo del móvil de la UEP 2990, quienes hicieron seña de sirena ante la cual el conductor del Chevrolet aceleró su marcha y emprendió una fuga a alta velocidad por calles céntricas de Luján de Cuyo, en un recorrido de aproximadamente tres kilómetros durante el cual los encartados hicieron caso omiso a las reiteradas señales impartidas por los uniformados de detener la marcha, cruzando intersecciones de calles cuando los semáforos estaban con luz roja, poniendo en riesgo la integridad de terceros.

Una vez que los encartados llegaron a intersección de calles Sáenz Peña y Guiñazú de Luján de Cuyo, fueron interceptados por los efectivos policiales Leandro Villar y Pablo Avila, a bordo del móvil n° 2989, momento en que los encartados perdieron el control del vehículo Chevrolet y colisionaron con dos vehículos allí estacionados, ocasión en la cual descendieron del rodado. Jorge Roberto Carrillo Ortigoza y Leandro Alexander Clavería fueron reducidos y aprehendidos en el lugar, mientras que Fabricio Daniel Morón Escudero continuó la fuga a pie e intentó ingresar a un domicilio de calle Evans de Luján de Cuyo, en donde tras un forcejeo con el propietario, resultó también aprehendido por el efectivo policial Joel Sosa.

Acto seguido se llevó a cabo la requisa del vehículo en donde se conducían los señalados encontrando una billetera, parte del dinero en efectivo y las ruedas del cuatriciclo sustraídas a la víctima».

Para así decidir la jueza tomó en consideración: la admisión de la imputación por parte de Fabricio Morón Escudero y el resto de la prueba debidamente incorporada.

2.- Recurso de casación e inconstitucionalidad

A fs. 447/449 el defensor técnico de Fabricio Morón Escudero promueve recurso de casación e inconstitucionalidad solicitando que la sentencia impugnada sea anulada por resultar carente de fundamentación y adolecer de arbitrariedad.

Sostiene que la sentencia ha aplicado erróneamente la ley sustantiva puesto que considera que la correcta calificación de la conducta de su asistido es la de encubrimiento simple en concurso real con resistencia a la autoridad.

En subsidio, y para el caso de no compartir tal criterio, propicia como calificación legal del hecho la de robo simple en grado de tentativa en concurso real con resistencia a la autoridad.

Refiere que de los hechos y pruebas de autos sólo se tiene por acreditada la existencia de una res furtiva por parte de los imputados, pero no su participación en el hecho, tal como resultó conforme la calificación legal endilgada en la sentencia.

Manifiesta que se llegó a la sentencia condenatoria luego de celebrar un juicio abreviado en el cual se arribó a un acuerdo respecto de la pena y, que, más allá de aparecer contradictorio, el juicio abreviado exige al juzgador una correcta aplicación de la ley modificando en caso de ser necesario el acuerdo en beneficio del imputado.

En relación a la inconstitucionalidad planteada solicita que se declare la nulidad de la declaración de reincidencia previo a declarar la inconstitucionalidad de los arts. 14 y 41 del CP, el primero en tanto veda la posibilidad de solicitar la libertad condicional y el segundo en relación a la reincidencia como criterio de individualización de la pena por resultar contrario a lo preceptuado en los arts. 1, 18, 19 y 75 inc. 2º de la CN y pactos internacionales con jerarquía constitucional.

Solicita se tenga presente que se informará oralmente a tenor de lo previsto por el art. 480 del CPP. Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

A fs. 470/471 se encuentra agregado el dictamen del Procurador General quien luego de analizar las críticas promovidas se pronuncia por la procedencia formal del recurso promovido.

No obstante, y en relación al recurso casatorio, señala que no procede en lo sustancial y debe confirmarse la validez de la sentencia impugnada.

Expresa que en el caso de autos se ha cumplido con el procedimiento previsto en el CPP para el juicio abreviado y, por ello, los motivos que expresa el recurrente carecen del debido sustento y lucen contradictorios.

Añade que surge de fs. 414 y vta. que la defensa consintió y acordó con el Ministerio Público la **modalidad del juicio abreviado**, la calificación legal atribuida, la pena impuesta e incluso la declaración de reincidencia de Morón Escudero.

Señala que los imputados debidamente asistidos por su defensa solicitaron la aplicación del procedimiento y admitieron la imputación aceptando su responsabilidad en los hechos y la pena.

Considera que la sentencia se encuentra debidamente fundada puesto que brindó sus razones para llegar a la certeza requerida para dictar sentencia condenatoria e igual tratamiento obtuvo la calificación legal y la pena.

En relación a la inconstitucionalidad planteada en torno al instituto de reincidencia refiere que no fue debidamente formulada ya que sólo se limitó a enumerar una serie de artículos del Código Penal y de la Constitución Nacional, sin desarrollar el recurrente los argumentos en los que sustenta la impugnación.

Añade que tanto la defensa como el imputado consintieron expresamente tal declaración al registrar una condena anterior explicando su imposición el a quo en la sentencia.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Del examen del recurso de casación y de inconstitucionalidad promovidos por el recurrente, anticipo opinión en el sentido de que ambos deben ser rechazados, en atención a los motivos que a continuación paso a exponer.

En relación al recurso casatorio promovido, considero que en su aspecto formal resulta admisible toda vez que la resolución objetada se trata de aquellas que el código de forma establece como susceptible de ser recurrida por la vía escogida, en tanto que el recurrente resulta legitimado para hacerlo (arts. 475 y 478 inc. 1° del C.P.P.).

Por otro lado, ha invocado y motivado el agravio en la presencia de vicios sustantivos.

Por el contrario el recurso de inconstitucionalidad formulado en relación al instituto de la reincidencia no puede superar la etapa de admisión formal, por diversos motivos.

En primer lugar se advierte que el planteo no fue introducido en forma oportuna, esto es en la primera ocasión en que la cuestión se suscitó o podía preverse que se suscitaría, esto es al tomarse conocimiento efectivo que las normas cuya **inconstitucionalidad** impetra podían aplicarse en el caso concreto.

Al respecto, entiendo que sólo de **forma excepcional** es admisible su planteo posterior en el supuesto que los jueces recurren a una norma cuya utilización no podía estar en los cálculos de los litigantes, (José I. Cafferata Nores - Aída Tarditti «Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba Comentado», Editorial Mediterránea, t. 2, p. 493) (ver «Hudson Jesús»).

Como surge con claridad del examen de la presente ese no es el supuesto ocurrido en esta causa. En efecto, se desprende de las constancias de la causa que la aplicación de la reincidencia y la posibilidad del perjuicio que irrogaría el art. 14 del CP fue no solo conocida sino también consentida por el imputado y su defensor al convenir el juicio abreviado incluyendo la declaración de reincidencia.

En segundo lugar coincido con lo postulado por el Procurador General, en relación a que más allá de detallar normas que a su criterio se han visto conculcadas no desarrolla concretamente el agravio.

En efecto, más allá de haber **cuestionado la constitucionalidad del instituto de reincidencia**, cuya aplicación acordó previa y conjuntamente con su asistido y el Fiscal de Instrucción, no ha efectuado más que una mención genérica de las normas cuya constitucionalidad se encontraría controvertida y que, a tenor de las previsiones del art. 489 y sgtes. del CPP, merecería un pronunciamiento de este Cuerpo.

De tal manera el agravio así esbozado no resulta susceptible de ser abordado por este Cuerpo, correspondiendo por tanto su rechazo.

Ahora bien, como señalé el recurso casatorio promovido no procede sustancialmente y debe ser rechazado, en tanto que la sentencia impugnada debe ser confirmada puesto que, a mi criterio, no se verifican los vicios invocados por el recurrente.

El recurrente señala que en la sentencia se ha aplicado erróneamente el derecho sustantivo y, propone que el hecho atribuido a su defendido encuadre en las previsiones del delito de encubrimiento en concurso real con resistencia a la autoridad o bien, en un robo simple en grado de tentativa en concurso real con resistencia a la autoridad.

Endilgó a la sentencia ausencia de fundamentación y arbitrariedad. No concuerdo con esta última afirmación, contrariamente de la lectura del acto sentencial se desprende que la jueza expuso adecuadamente los motivos por los cuales consideró acreditado el hecho y la autoría por parte de los imputados, entre ellos el aquí recurrente Fabricio Morón Escudero.

Al hacerlo la a quo señaló que no existían motivos para apartarse de la admisión del hecho por parte de los imputados, ello en razón de que tal versión se encontraba apoyada en las pruebas que se colectaron en la etapa de la investigación penal preparatoria y luego incorporadas en la audiencia.

En relación al vicio sustantivo promovido, y tal como se señaló, el recurrente cuestiona la calificación legal asignada al hecho que se tuvo por acreditado. De tal manera entiende que el hecho no resultó más que un encubrimiento –concurado realmente con la resistencia a la autoridad– o bien un robo simple tentado –también en concurso real con resistencia a la autoridad–.

Conviene señalar y poner de resalto que de las constancias de la causa (fs. 414 y vta., fundamentos de la sentencia a fs. 415/418 y constancias del registro audiovisual de la audiencia de debate a partir del minuto 11:36) que las partes –representante del Ministerio Público Fiscal y los imputados incluido Morón Escudero representados por su defensor técnico–, con posterioridad a que se les diera a conocer el contenido de la acusación dieron cuenta que habían optado por la aplicación del instituto del juicio abreviado.

Surge también que la jueza explicó a los imputados las implicancias del juicio abreviado y sus consecuencias, y el defensor y sus asistidos consintieron la aplicación de tal instituto. Se hizo conocer el acuerdo al que se había llegado, el hecho endilgado, que se encontraba acreditada la materialidad del hecho y la coautoría en el robo agravado en grado de tentativa y la resistencia, se formuló específica referencia a la declaración de reincidencia de Fabricio Daniel Morón Escudero y, en lo que aquí interesa, al ser preguntado Morón Escudero sobre si los hechos habían ocurrido como se describieron en la hipótesis acusatoria señaló, que sí (minuto 19.34 del registro audiovisual).

De ello se sigue, que Fabricio Daniel Morón Escudero, debidamente asistido por su defensor técnico, aceptó la plataforma fáctica tal como la describió el representante del Ministerio Público Fiscal en la audiencia de debate.

En la hipótesis acusatoria, particularmente se señala que los encartados ejercieron fuerza destructiva sobre el cristal de la ventanilla trasera del vehículo Renault Megane y se apoderaron de diversos objetos que luego fueron recuperados.

Tal descripción de la conducta llevada a cabo por Morón Escudero, aceptada por éste al convenir llevar a cabo un juicio abreviado, aparece correctamente encuadrada por la jueza de sentencia en el delito de robo agravado por ser en poblado y en banda en grado de tentativa y su intervención en calidad de coautor.

Por otro lado considero que la hipótesis alternativa de los hechos sugerida tan sólo por la defensa en su escrito recursivo, mas no por los imputados y en particular por Morón, no encuentra sustento probatorio en las constancias de la causa.

Esto puesto que para sostener la existencia de un encubrimiento implicaría el desconocimiento y la no participación en el hecho antecedente por parte del imputado.

Tal eventualidad queda descartada toda vez que los tres imputados a bordo del vehículo en el que circulaban fue perseguido por personal policial y su presencia fue advertida a poco de cometido el hecho. Nótese que la víctima señala que dejó su vehículo estacionado a las 20:00 hs. (denuncia de fs. 01) y la presencia del vehículo Chevrolet Celta en el que se desplazaban Morón y los coimputados fue apreciada por personal policial a bordo del móvil 2990 aproximadamente a las 20:00 hs. (acta de procedimiento de fs. 05). Por otro lado, comparto el criterio expuesto por el señor Procurador General en el sentido de que a la condena ahora impugnada se llegó a través de la aplicación del instituto normado por los arts. 418 y siguientes del Código Procesal Penal y la aplicación del mismo resulta resorte exclusivo de las partes y que de las constancias de la causa no se desprende que se haya sido realizado sin el debido conocimiento y libre voluntad por parte de Morón Escudero, ni tampoco así lo refiere el defensor técnico, circunstancia ésta que, sin más, implica el rechazo del recurso.

Por ello y, opinión concordante del señor Procurador General, corresponde rechazar el recurso de casación promovido y confirmar la sentencia cuestionada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro y Dr. Palermo. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO, por sus fundamentos, adhieren por su al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los RES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ. VOTO.

Sobre la misma cuestión, los RES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar los recursos de inconstitucionalidad y casación interpuestos por la defensa del imputado Fabricio Daniel Morón Escudero.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

23- SALINAS GIL. 20-08-20.

| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 54 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
|----|----------|----|-------------------|------------|---------|---------|----------|---------|-----------|---------|---------|-------------|---|------------|
| - | B | - | AI ANA | PCE | - | - | A | - | CI | - | - | - | - | 474 |

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=418>

Lex: Art. 166 inc. 2°, 1° párrafo, 1° supuesto, 166 inc. 2°, 3° párrafo, 1° supuesto, 167 inc. 2° y 54 del CP. Art. 400 inc. 2° del CPP.

Vox: Robo agravado. Arma impropia. Arma blanca. Arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada. Poblado y banda. Concurso ideal. Concurso aparente de leyes. Valoración de la prueba. Calificación legal.

Summa:

El **TPC** condenó al nombrado a la pena de **seis años y seis meses de prisión** como autor penalmente responsable del delito de robo calificado por el uso de arma blanca, por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada y por haber sido cometido en lugar poblado y en banda, en concurso ideal (arts. 166 inc. 2°, primer párrafo, primer supuesto, 166 inc. 2°, 3° párrafo, primer supuesto, 167 inc. 2° y 54 del Código Penal).

La **defensa** interpone recurso de casación. Cuestiona la valoración de la prueba y en subsidio, la calificación legal.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1023, pronunciada por el TPC N° 1-2- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Pereira Soria. 04-05-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=338>

SCJM. Dres.: **Valerio.** Adaro. Palermo.

Fallo.

CUIJ: 13-05070911-0/1((018601-17449)) FC/ SALINAS GIL CLAUDIO EZEQUIEL P/ ROBO CALIFICADO (17449) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105237481*

En Mendoza, a los veinte días del mes de agosto del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05070911-0/1, caratulada "FC/ SALINAS GIL, CLAUDIO EZEQUIEL P/ ROBO CALIFICADO POR EL USO DE ARMA BLANCA S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. MARIO D. ADARO, y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

La defensa de Claudio Ezequiel Salinas Gil interpone recurso de casación (fs. 504/522 vta.) contra la sentencia N° 1.023 (fs. 492 y vta.) y sus fundamentos (fs. 494/502), mediante la cual se lo condenó a la pena de seis años y seis meses de prisión como autor penalmente responsable del delito de robo calificado por el uso de arma blanca, por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada y por haber sido cometido en lugar poblado y en banda, en concurso ideal (arts. 166 inc. 2°, primer párrafo, primer supuesto, 166 inc. 2°, 3° párrafo, primer supuesto, 167 inc. 2° y 54 del Código Penal) en la causa N° P-17.449/19.

El pronunciamiento fue dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial, actuando en Sala Unipersonal. De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

El tribunal de juicio tuvo por probado que, «[e]l día 3 de noviembre de 2018, aproximadamente a las 22:30 hs, en la vereda de la casa ubicada en Barrio La Estanzuela, M-32, C-16, Godoy Cruz, Claudio Ezequiel Salinas Gil junto a sus hermanos Sebastián Alejandro Salinas Gil y Ariel Ricardo Salinas Gil y otros sujetos no habidos ni identificados, se acercaron hasta donde se encontraba Adriano Jesús Alejandro Funes Aguilera, golpeándolo Claudio Ezequiel Salinas Gil en la ceja derecha y en la mano izquierda con un arma blanca tipo machete de color negro, de aproximadamente 60 cm de largo, provocándole herida cortante en región superciliar derecho en forma de V horizontal con vértice interna de tres cm por lado, hematoma en región frontal derecha y en parpado inferior derecho, herida cortante en dorso de mano izquierda de 10 cm vertical, excoriación en tercer dedo de mano derecha de 3 cm vertical.

Al mismo tiempo, Sebastián Alejandro Salinas con un arma blanca tipo machete o chuza, de unos 80 cm de largo aproximadamente, de fierro, de color gris y Ariel Ricardo Salinas Gil con un arma de fuego de color gris envuelta en un trapo, golpearon y provocaron la rotura de la luneta y parabrisas delantero del auto Ford Ka dominio EDO-528 y sacaron de su interior el frente de un estéreo marca Pioneer, con un pen drive que tenía inserto, una tarjeta verde del mismo automóvil a nombre de Damaris Fragapane, una billetera de cuero negra con quinientos pesos en efectivo, un documento nacional de identidad, una cédula, un carnet de conducir, una tarjeta de débito del Banco Nación, una tarjeta azul de un vehículo VW Polo, todo a nombre de Adriano Jesús Alejandro Funes Aguilera.

A posterior la víctima huyó del lugar encontrándose en el camino a su pareja Verónica Beatriz Olgún y a su hija, e ingresaron los tres a un quiosco ubicado en la esquina de calles Tehuelches y Olmos Zárate de Godoy Cruz, lugar donde se resguardaron de los agresores. Cuando las víctimas se encontraban en el interior del quiosco, Sebastián Alejandro le manifestó a Olgún “te voy a cagar matando”, blandiéndole el arma blanca tipo machete, mientras tanto el sindicado y sus hermanos Claudio Ezequiel y Ariel Ricardo rompían el vidrio del comercio».

Para así decidir el sentenciante valoró, entre los elementos más importantes, las declaraciones testimoniales de Adriano Jesús Alejandro Funes Aguilera, Verónica Beatriz Olgún, Miriam Yanina Astor Méndez, Sebastián Osvaldo González Sáez, Rosa Adelaida Guerra, Maximiliano Leonel Fernández, Estela Gladys Salinas, Yemina Valeria Godoy, Ramón Eduardo Godoy, Ayelén Fernández, Mónica María Gil, Vistoria Pérez Cattaneo, Zulma Verónica Calderón, Lucas Leandro Salinas, Ariel Abel Fabián Calderón y Gabriel Fabián Salinas; el acta de procedimiento; las fotografías del automóvil marca Ford Ka dominio EDO-528; el examen físico de Alejandro Funes realizado por el Cuerpo Médico Forense; el resultado del reconocimiento en rueda de personas; y, la declaración del imputado Claudio Ezequiel Salinas Gil.

2.- Recurso de casación

El recurrente promueve su impugnación sustentada en las disposiciones del art. 474 incs. 1 y 2 del CPP. Sostiene que la resolución no constituye una derivación razonada de los elementos de convicción incorporados a la causa.

Estima que el decisorio encuentra su abono en ciertos elementos pero no comprende la totalidad del plexo probatorio, lo que conduce a una incorrecta aplicación de la ley penal sustantiva.

2.a.- Cuestionamientos a la **valoración probatoria** realizada por el juez de sentencia y al modo de fundamentar su decisión

La defensa considera que no se valoró adecuadamente los dichos del imputado, quien negó haber estado en el lugar de los hechos. Sostiene que esa versión del imputado se acreditó con cinco testigos (Maximiliano Leonel Fernández, Yanina Valeria Godoy, Ramón Eduardo Godoy, Ayelén Fernández y Stella Gladys Salina Ponce), quienes manifestaron que Claudio Salinas se encontraba el día del hecho en una reunión familiar.

Pero, sin embargo, manifiesta que el sentenciante dejó sin efecto la declaración de esos testigos. Al respecto considera que no es fácil que cinco personas se confabulen para mentir, atento a que todos los testigos indicaron que el imputado no estaba en el lugar de los hechos.

Estima que con la adecuada ponderación de esos testimonios se llegaría a una conclusión y solución diferente a la adoptada, esto es, la absolución de Claudio Salinas, debido a que no estuvo presente en el lugar de los hechos.

Expresa que los testigos mencionaron que el día de la celebración fue viernes, siendo que en realidad el día de los hechos, 3 de noviembre de 2018, fue sábado.

Al respecto, menciona que Stella Salinas –pareja del imputado– fue clara cuando expresó que al otro día de la celebración recibió un llamado de su suegra, Mónica Gil, quien le relató la violenta situación vivida con Alejandro Funes.

Por lo que indica que, la confusión entre los días viernes y sábado que menciona el sentenciante, no es tal, dado que, a su entender, la determinación temporal y la coincidencia entre la celebración y el evento investigado es plena. Sostiene que en el mismo sentido se expresó Ayelén Fernández.

También hace referencia que los testigos se tomaron fotos con un teléfono celular que luego les fue sustraído. Señala que acompañó la constancia de la denuncia en la cual figura la sustracción de ese teléfono celular y que ese elemento probatorio fue incorporado pero no valorado adecuadamente.

Asimismo, aclara que ofreció copias de las fotografías captadas en la reunión, pero no fueron aceptadas por el Tribunal, afectándose, a su entender, el derecho de defensa en juicio.

2.b.- Cuestionamientos sobre la calificación legal atribuida

El recurrente realiza un planteo subsidiario. Sostiene que, si bien el imputado no estuvo en el hecho, si ello no se considerara así debe entenderse que se trató de una pelea entre vecinos y no de un hecho de robo. En función de ello pretende una adecuada calificación legal.

Luego menciona las discrepancias entre los dichos de los testigos de cargo entre sí. Expresa que la versión de Alejandro Funes ha variado con el tiempo en cuanto a la presunta arma utilizada. Así, en la denuncia dijo que usó un cuchillo carnicero y luego mencionó un machete.

Es decir, algo diferente a un cuchillo de carnicero y a un cuchillo casero.

También expresa que en los fundamentos el a quo refiere que Verónica Olgún, esposa de Alejandro Funes, señaló que «Claudio la empezó a correr con un cuchillo grande tipo casero, de unos cuarenta centímetros de largo o parecido a un machete o a un hacha».

El recurrente argumenta que no es lo mismo un cuchillo que un hacha, ni que un machete. A su vez hace referencia que en la Oficina Fiscal la testigo manifestó (a fs. 6) que era Alejandro Salinas (no Claudio) quien portaba un hacha (que no es lo mismo que un cuchillo).

Al respecto, expresa que esas divergencias no son irrelevantes dado que, a su entender, ponen de manifiesto que en realidad se buscó tomar venganza por una pelea, simulando la presencia de un robo inexistente, lo que lleva que esas versiones se modifiquen en forma sustancial con el tiempo.

Señala que del testimonio de la testigo Miriam Astor Méndez surge que no se trató de un solo ataque de parte de los hermanos Salinas, sino de dos, primero con un vaso (versión que aparece con este testimonio) y luego con un fierro largo, que no es un machete, ni un cuchillo de carnicero, ni una hacha.

Asimismo, transcribe la testimonial que el a quo citó de Sebastián Osvaldo Gonzáles Sáez prestada durante el debate donde aporta los detalles del hecho.

Sin embargo el recurrente considera que advierte una clara arbitrariedad, dado que de la grabación de la audiencia surge que González dijo que una vez que empezó la agresión contra Alejandro Funes se retiró del lugar y que no vio nada más, es decir que no vio el robo denunciado. Sostiene que fue a instancia del Fiscal, que prácticamente se llevó al testigo a «acomodar» sus dichos, en los cuales refirió inicialmente no haber visto lo que dijo en su testimonial de fs. 41.

También hace referencia que la versión de González no solamente es distinta a la que diera antes, sino que incluso, a su entender, aporta cosas nuevas, como por ejemplo que los hermanos Salinas habían arribado al lugar en bicicleta.

Ello evidencia que esta persona no estaba, o si estaba, relató algo que no vio. Por lo tanto, considera que ese testimonio no puede ser considerado creíble, dada las modificaciones de sus dichos en poco tiempo (menos de un año).

Critica que el sentenciante no valoró los testimonios de los testigos de descargo –Mónica María Gil, Victoria Pérez Cattaneo, Zulma Verónica Calderón, Lucas Leandro Salinas, Ariel Abel Fabián Calderón y Gabriel Fabián Salinas– porque son parientes o allegados a Claudio Salinas, pero señala que los testigos de cargo también tienen ese vínculo con Alejandro Funes. Así, Zulma Calderón manifestó que la testigo Miriam Astor es íntima amiga de la esposa de la víctima.

Argumenta que el a quo expresó que la testigo de descargo Rosa Guerra, vecina del lugar, no presenció los hechos.

Sin embargo, el recurrente señala que la testigo fue clara al describir que sólo hubo una pelea entre los integrantes de la familia Salinas (negó que estuviera Claudio) y Alejandro Funes. Asimismo, hace referencia que los testigos Mónica Gil (madre del imputado), Zulma Calderón y Victoria Pérez, fueron precisos al manifestar que se trató de una pelea, en la que Alejandro Salinas, hermano del imputado, lesionó con un vaso a Alejandro Funes.

Explicaron que existía una deuda de dinero entre Matías Funes y Alejandro Salinas, y eso motivó la pelea y el daño al auto de Alejandro Funes. Al respecto considera que la presencia de estas personas observando los hechos es negada por el sentenciante.

Agrega que la presencia de la madre de Salinas en el lugar de los hechos, es corroborada por Alejandro Funes a fs. 4, por la testigo Miriam Astor a fs. 39 y en la audiencia de debate y por Osvaldo Sánchez a fs. 41. Señala que el a quo no valoró prueba dirimente, como los dichos de los testigos ofrecidos por la defensa –Mónica Gil, Rosa Guerra, Victoria Pérez, Zulma Calderón, Lucas Salinas, Ariel Calderón y Gabriel Salinas– por considerar que no presenciaron los hechos siendo que, a su entender, los testigos de cargo los colocan en el lugar.

Argumenta que estos testigos en la audiencia oral manifestaron que Ariel y Alejandro Salinas –dicen que Claudio no estaba– tuvieron una dura pelea con Alejandro Funes y habría sido Alejandro Salinas quien agredió a Funes con un vaso o un frasco, lesionándolo y rompiendo el auto en el que circulaba Funes, pero sin robarle nada.

Estima que la omisión de considerar dichos testimonios resulta relevante, en cuanto modifica sustancialmente el encuadre jurídico de los hechos, en razón de que, a su entender, no es lo mismo el robo atribuido, que el concurso material de los delitos de amenaza, lesiones y daño.

Por último, sostiene que está acreditado por la versión de los testigos referidos que Claudio Salinas no estuvo en el lugar de los hechos, por lo que solicita su absolución.

A tal fin solicita la nulidad de la sentencia y la realización de un nuevo juicio mediante el reenvió. En forma subsidiaria solicita, para el caso que se rechace el argumento defensivo sobre la ausencia del imputado en el lugar y en el momento de los hechos, que se cambie la calificación legal por lesiones y daño y, en consecuencia, se le reduzca la condena impuesta a la pena de un año de prisión. Solicita que se fije fecha de audiencia a efectos de expresar oralmente el recurso impetrado.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General considera que no debe hacerse lugar al recurso de casación, convalidando en su totalidad la sentencia impugnada.

Sostiene que los agravios expuestos se estructuran en torno a la crítica de la valoración que efectuó el juzgador de la prueba testimonial rendida en el curso del debate.

Considera que la sentencia se encuentra debidamente fundada, ya que el Tribunal analizó razonadamente las pruebas colectadas, explicando las razones por las cuales había adquirido la certeza requerida en ese estadio procesal a los fines de condenar al imputado.

En cuanto a la supuesta omisión por parte del Tribunal con respecto a la versión brindada por el imputado y por los testigos de descargo, estima que no resultan tales en tanto el sentenciante se expidió, luego de su análisis, sobre los motivos por los que consideraba que la versión exculpatoria del imputado no encontraba apoyo en dicha prueba reseñada.

En relación al cuestionamiento en torno a la calificación legal, estima que también aquí se aprecia la disconformidad del recurrente respecto a la conclusión a la que arribó el juzgador acerca de los hechos acreditados y por los cuales resultó condenado Claudio Salinas, tarea para lo cual efectuó, según su entender, una evaluación razonada de las pruebas del proceso.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso de casación formulado considero, por los motivos que a continuación se exponen, que no corresponde hacerle lugar.

Ello en tanto, y luego de analizados los fundamentos del fallo cuestionado, así como el recurso interpuesto, entiendo que el dictum se encuentra suficientemente motivado y que los agravios propuestos por el recurrente no logran conmover la conclusión a la que arriba el sentenciante.

De tal manera, estimo que la crítica esgrimida es una discrepancia con el modo y la posición adoptada por el sentenciante, ya que la recurrente no logra demostrar adecuadamente que la motivación de la resolución sea insuficiente o que adolezca de vicios de arbitrariedad, circunstancia que implicaría una falencia capaz de motivar la anulación del pronunciamiento como acto procesal válido.

Esto a la luz de la reiterada jurisprudencia de esta Sala, en el sentido de que los defectos de la sentencia, para conllevar tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (conf. LS. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros), lo que en la especie no ocurre.

Surge del planteo casatorio que el eje central de la impugnación radica en afirmar que la participación de Claudio Ezequiel Salinas Gil no se encuentra debidamente probada, cuestionando a tal fin, la valoración probatoria realizada por el sentenciante en cuanto a los testigos de descargo, y la declaración del acusado. Luego el recurrente plantea, en forma subsidiaria, el cambio de calificación legal por el delito de lesiones y daño y, en consecuencia, solicita que se le reduzca la condena impuesta a la pena de un año de prisión. En primer lugar, y tal como lo adelantara, estimo que no le asiste razón al recurrente al cuestionar la valoración probatoria realizada por el magistrado de la instancia anterior.

Se advierte de los fundamentos de la resolución cuestionada que el sentenciante sustentó su decisión en el análisis contextualizado de las pruebas rendidas en la causa, las que ponderó de acuerdo a las reglas de la sana crítica racional, cuyo apartamiento el recurrente no ha podido demostrar.

En efecto, el a quo efectuó un prolijo y riguroso estudio sobre los elementos de prueba colectados.

Ello lleva a descartar el agravio vinculado a que el a quo no valoró los testimonios de descargo ofrecidos por la defensa. Así, el sentenciante analizó las declaraciones de los testigos ofrecidos por la defensa – Maximiliano Fernández, Yemina Godoy, Ramón Godoy, Ayelén Fernández y Estela Salinas– quienes coincidieron, en términos generales, en que Claudio Salinas se habría encontrado el día 3 de noviembre de 2018, en la vivienda de calle Correa Saá de Guaymallén, con motivo de la celebración de una fiesta de compromiso.

Sin embargo, el sentenciante advirtió en esas declaraciones varias diferencias, entre las que adquieren relevancia, al ser cuestionadas por el recurrente, el día de la semana en que habría ocurrido el evento y si se tomaron o no fotografías esa noche. Motivo por el cual se le restó credibilidad a lo manifestado por los testigos de descargo.

En efecto, se desprende de las declaraciones de Maximiliano Fernández, Yemina Godoy, Estela Salinas, Ayelén Fernández y Ramón Godoy, que la celebración se llevó a cabo un día viernes, siendo que el día 3 de noviembre de 2018 resultó ser un día sábado.

Al respecto, tal como se explica acertadamente la sentencia, ello no es determinante en razón de que el acusado pudo haber estado en ambos lugares porque se trató de dos días diferentes, es decir el viernes – 2 de noviembre de 2018– en la fiesta de compromiso y, el sábado –3 de noviembre de 2018– en el lugar del hecho. Por otro lado, en cuanto a si en la reunión social se tomaron fotografías o no, se advierte en la sentencia las contradicciones al respecto.

Así, Maximiliano Fernández, Ayelén Fernández y Estela Salinas manifestaron que se tomaron fotografías con una misma cámara que, poco tiempo después, les fue sustraída. En cambio, Ramón Godoy y Yemina Godoy, negaron la toma de fotografías.

Al respecto, el recurrente hace referencia a que el sentenciante no valoró la constancia de la denuncia en la que figuraba la sustracción del teléfono celular con el que se tomaron las fotografías.

Asimismo, señaló que ofreció copias de las fotografías captadas en la reunión, y que no fueron aceptadas por el a quo en la audiencia de debate. Este cuestionamiento debe ser rechazado.

En relación a la crítica dirigida a cuestionar que el juzgador no valoró la constancia de la denuncia en la que figuraba la sustracción del teléfono celular con el que se tomaron las fotografías, considero que el recurrente no logra explicar debidamente su decisividad, en el sentido de argumentar por qué razón su valoración haría variar la solución adoptada.

Es de señalar que aunque se incluyera mentalmente su valoración en la totalidad del plexo de elemento de convicción, la conclusión seguiría siendo la misma, en tanto el juzgador desestimó el valor probatorio de la supuesta fotografía tomada con esa cámara.

Asimismo, también debe rechazarse el agravio vinculado a que no fueron aceptadas por el a quo en la audiencia de debate las fotografías captadas en la reunión pues, según entiendo, el sentenciante fundó debidamente la conclusión por la que no incorporó la mencionada fotografía.

Así, se advierte, de la constancia de la realización de la audiencia de debate, obrante a fs. 474 y vta., que el sentenciante consideró que no era útil la incorporación de la fotografía solicitada por la defensa, en tanto no se encontraba acreditado que correspondiera al día del evento, por lo que resultaba impertinente.

Por otra parte, y con respecto a los testigos de cargo, el recurrente, por un lado, refiere que tanto Alejandro Funes, como Verónica Olguín han variado en sus declaraciones con respecto a la presunta arma utilizada por el acusado.

Sin embargo, es de resaltar que se advierte en sus declaraciones prestadas durante la audiencia del juicio oral, que ambos manifestaron que se trataba de «un machete o un cuchillo tipo casero».

Estimo que las referencias al arma utilizada son compatibles entre sí, por lo que debe rechazarse el agravio mencionado por el recurrente. Por otro lado, la defensa hace referencia a que de los dichos de Miriam Astor Méndez surge la existencia de dos ataques, primero con un vaso y luego con un fierro.

Debe señalarse que, el ataque con un vaso se trata de un momento anterior, por lo que no tiene la relevancia que pretende el recurrente, en tanto surge de los fundamentos que la testigo manifestó haber visto que Claudio Salinas le cortó la cara a Funes con un fierro largo.

Asimismo, en cuanto a la descripción del arma utilizada por el acusado, se advierte que, en la audiencia del juicio oral, la testigo Astor Méndez manifestó que se trataba de «un fierro largo, como una punta con filo».

En efecto, estimo que la referencia del arma utilizada es compatible con el arma que, según el hecho que tuvo por acreditado el sentenciante, utilizó el acusado, esto es un «arma blanca tipo machete». Por lo tanto, entiendo que los agravios referidos también deben ser rechazados.

A su vez, estimo que tampoco debe prosperar el agravio dirigido a cuestionar la falta de credibilidad del testimonio de Sebastián González prestado durante la audiencia de debate oral, por resultar contradictorio al recepcionado durante la investigación penal preparatoria.

Al respecto, surge del soporte audiovisual de la audiencia de debate que el representante del Ministerio Público Fiscal, ante la falta de memoria del testigo, le procedió a dar lectura de las partes pertinentes para refrescar su memoria.

En particular, y referido a si pudo observar quién provocó los daños al vehículo de propiedad de Alejandro Funes, y quiénes fueron las personas que sustrajeron los elementos que había en el interior del auto, respondió en aquella oportunidad que «[f]ue el grupo en realidad; entre ellos pude ver a Claudio y Ariel Salinas» (fs. sub 41).

Luego, ante la pregunta del representante del Ministerio Público Fiscal sobre si lo que declaró en la Oficina Fiscal fue así, el testigo manifestó que «[e]s lo que está ahí, es verdad lo que declaré». En cuanto a si podía especificar quienes eran los que portaban armas blancas, dijo «Claudio y Ariel Salinas» (fs. sub 41).

Nuevamente el representante del Ministerio Público Fiscal le preguntó si fue así, a lo que el testigo contestó «si». De tal manera, se advierte, en primer lugar, que las declaraciones del testigo no son contradictorias entre sí, y por ende no debe cuestionarse la credibilidad de su relato.

En segundo lugar, que el representante del Ministerio Público Fiscal no llevó al testigo a «acomodar» sus dichos, tal como lo manifiesta el recurrente sino, por el contrario, dio lectura a los párrafos pertinentes a fin de refrescar su memoria, tal como lo permite el **inc. 2° del art. 400 del CPP**.

En otro aspecto, acierta el juzgador cuando refiere que la versión exculpatoria que ensayó en su defensa Claudio Ezequiel Salinas Gil no tuvo apoyo alguno en los elementos de prueba que su defensa ofreció, razón por la que fue desestimada.

En este sentido, las contradicciones en las declaraciones de los testigos aportados por la defensa, no hacen más que demostrar la inconsistencia y la debilidad del argumento defensivo, lo que conduce a su rechazo. Eso en tanto de una lectura integral de la resolución y en especial de la valoración probatoria, surge con claridad las razones por las que el sentenciante descartó tales testimonios.

Así, advierto que el magistrado de la instancia anterior acierta cuando refiere que los testigos ofrecidos por la defensa –Mónica Gil, Victoria Pérez, Zulma Calderón, Lucas Salinas, Ariel Calderón, Gabriel Salinas y Rosa Guerra– no fueron testigos presenciales del hecho tenido por acreditado en autos.

Asimismo, es de resaltar que el recurrente argumenta que tales testigos manifestaron, en la audiencia oral, que sólo se trató de una pelea entre los hermanos Salinas –Ariel y Alejandro– y la víctima. Sin embargo, el juzgador señaló, adecuadamente a mi criterio, que «[M]ónica Gil, madre de Salinas Gil, se explayó sobre un posible ataque por parte de los hermanos Funes [...] suceso que obviamente habría acontecido horas después del analizado en autos».

Ello no hace más que demostrar la debilidad del argumento defensivo, lo que conduce a su rechazo. En base a lo hasta aquí analizado, puedo concluir que no observo en el fallo bajo análisis defectos de motivación en el desarrollo de sus fundamentos, ni contradicciones a los principios de la sana crítica racional que lo conviertan en inmotivado o arbitrario en cuanto a la determinación de la plataforma fáctica tenida por cierta, ni en cuanto a la intervención del acusado en la ejecución del hecho.

Finalmente, y en cuanto al cuestionamiento vinculado al cambio del encuadre jurídico, se advierte que el recurrente cuestiona la errónea y arbitraria calificación legal aplicada desde un ataque al método de valoración probatoria empleado por el juez de sentencia para tener por acreditado los hechos investigados y la autoría del acusado.

En esta línea, el recurrente ataca principalmente la valoración que hace el sentenciante de las declaraciones de los testigos de cargo y de descargo.

Al respecto debe señalarse que la estrategia de la defensa encierra la pretensión de provocar una modificación unilateral y arbitraria de la plataforma fáctica que resultó debidamente demostrada a partir de una correcta valoración de la prueba reunida, y que sólo se justifica en la intención de proponer un encuadre normativo que beneficie a su asistido.

Por lo tanto y confirmándose en esta instancia la plataforma fáctica descrita en la sentencia recurrida, estimo que no debe hacerse lugar al cambio de calificación legal solicitado por el recurrente, esto es lesiones y daño.

Por todo lo expuesto, y en opinión coincidente con la vertida por el Procurador General, debe contestarse de manera negativa la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazarse el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO, por sus fundamentos, adhiere al voto que antecede.

Voto Dr. Palermo. Ampliatorio.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, EN VOTO AMPLIATORIO, DIJO: Puesto a resolver el recurso de casación deducido por la defensa de Claudio Ezequiel Salinas Gil, comparto la conclusión a la que llegan mis colegas de Sala, basada en la valoración probatoria efectuada en esta instancia.

Sin perjuicio de ello y aún cuando no ha sido motivo de agravio, corresponde remitirme, en lo pertinente, a lo señalado en «**Pereira Soria**».

ASÍ VOTO. SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO, adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO, adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuestos por la defensa de Claudio Ezequiel Salinas Gil.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Remitir las presentes actuaciones al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

24- RAMOS AGÜERO. 27-08-20.

| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
|----|----------|----|------|------------|---------|---------|----------|---------|---------|---------|---------|-------------|---|------------|
| - | B | - | - | PCC | - | - | A | - | - | - | - | - | - | 474 |

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=425>

Lex: Art. 26, 166 inc. 2°, 3° párrafo, 54, 167 inc. 2° del CP.

Vox: Robo agravado. Arma de fuego no habida. Concurso ideal. Poblado y banda.

Summa:

El **TPC** condenó al nombrado a la pena de **tres años de prisión** de ejecución condicional como autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego no habida en concurso ideal con robo agravado por ser en poblado y en banda (arts. 26, 166 inc. 2°, 3° párrafo, 54, 167 inc. 2° Cód. Penal).

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 del CPP).

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1094, pronunciada por el TPC N° 1- 1° CJ.

SCJM. Dres.: **Valerio. Palermo. Adaro.**

Fallo.

CUIJ: 13-05306918-9/1((018601-6708)) FC/ RAMOS AGUERO FEDERICO NICOLAS P/ ROBO AGRAVADO (6708) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105475139*

En Mendoza, a los veintisiete días del mes de agosto del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-05307091-9/1 caratulada “F. C/ RAMOS AGÜERO, FEDERICO NICOLÁS O FEDERICO ALEJANDRO O ALEJANDRO NICOLÁS GUERRA, GABRIEL FERNANDO P/ ROBO AGRAVADO S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. OMAR A. PALERMO y tercero DR. MARIO D. ADARO.

La defensa del imputado Federico Alejandro Ramos Agüero interpone recurso de casación (fs. 265/271 vta.) contra la sentencia N° 1094 y su aclaratoria (fs. 263 y 264 y vta. respectivamente), en tanto condena al nombrado a la pena de tres años de prisión de ejecución condicional como autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego no habida en concurso ideal con robo agravado por ser en poblado y en banda (arts. 26, 166 inc. 2°, 3° párrafo, 54, 167 inc. 2° Cód. Penal), pronunciamiento dictado por el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- Resolución recurrida

La sentencia establece que el 25 de enero de 2010 a las 16:20 horas aproximadamente, en el local comercial “Nivel X” ubicado en calle Alvear 33 de Luján de Cuyo, ingresó el imputado con dos sujetos no identificados. Uno de ellos amenazó al dueño del local con un arma tipo revólver color gris claro, lo llevaron a la parte trasera del comercio y lo dejaron en el piso. El imputado y los sujetos sustrajeron una notebook, una play station 2, un celular, una caja con veinte pesos, un home theater color gris, otro home theater color blanco, entre otros objetos, y se dieron a la fuga dejando rastros en la estantería y en la puerta de ingreso.

2.- Recurso de casación

Se queja la defensa por la arbitrariedad del a quo al fijar el monto de la pena, que aparece manifiestamente desproporcionada en relación a las circunstancias del caso.

Resalta que su asistido no tiene antecedentes condenatorios computables como agravantes, y que no se violentó a la víctima físicamente.

Señala que antes de la requisitoria fiscal debiera haber finalizado este proceso, porque el imputado no fue el autor y se lo condenó mediante una única prueba insuficiente, que puede ser de antigua data.

Destaca que nunca se determinó el grado de participación que tuvo su pupilo y los sospechosos no habidos, por lo que no puede usarse esa circunstancia como agravante. Pide que sea absuelto por la duda.

Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador opina que el recurso debe ser rechazado, ya que el tribunal explicó las razones por las que la huella encontrada en la puerta del negocio no era casual y le otorgó credibilidad al testigo del hecho. Agrega que la penalidad no es desproporcionada ni carente de fundamentos.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso no debe ser acogido.

Ello por cuanto la motivación de la sentencia es suficiente a los fines de su mantenimiento como acto jurisdiccional válido, a tenor de la jurisprudencia de este Cuerpo en el sentido que los posibles defectos de la resolución, para conllevar la extrema solución de su nulidad, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (L.S.186-427, 153-011, 354- 218, 392-94 y 397-177, entre otros), lo que en autos no ocurre.

Así, el a quo deriva la conclusión condenatoria de las pruebas rendidas, que evaluó de conformidad con las reglas de la sana crítica racional y el principio de unidad de la prueba, que impone su consideración conjunta, «...pues muchas veces la certeza se obtiene de probanzas, que individualmente estudiadas pueden aparecer como débiles o imprecisas, pero complementadas y unidas entre sí, llevan al ánimo del juzgador la convicción acerca de la existencia de los hechos denunciados» (L.S. 393-243, 382-107, 381-233, entre otros), que es lo que ha sucedido en la causa.

De esta forma, convergen en la responsabilidad penal del acusado en el robo aquí juzgado, entre otros elementos incorporados, el hallazgo de una **huella digital** suya de reciente data al momento de la investigación, en la puerta de vidrio del local «Nivel X», según informe de Policía Científica; la circunstancia que este comercio se encontraba situado en una calle con escasa circulación y a su vez, dentro de una galería a la que entraban muy pocas personas –3 o 4 clientes recibía, dijo la víctima–; el secuestro de alguno de los objetos sustraídos, que se encontraron en la habitación del imputado, y el testimonio de la víctima, al que el a quo le confirió credibilidad entre otros motivos, por su concordancia, a diez años de efectuada, con la denuncia que dio inicio a esta causa,; extremos que también impiden la aplicación del principio contenido en el art. 2 CPP.

Efectivamente, se ha dicho con antelación que ello no es factible cuando la motivación de la resolución resulta ajustada a derecho, y no surge el estado intelectual de duda por parte del tribunal, aspectos que se encuentran reunidos en estos obrados (L.S. 419-17, 397-237, 388-024, 388- 062).

Por otra parte, no es cierto que no se haya determinado la actuación que le cupo al encartado, desde que el juez tuvo en cuenta que de la declaración del denunciante en el debate, emerge que tanto él como los sujetos no identificados tomaron parte del hecho, contribuyendo como autores en el desapoderamiento efectuado, dado que mientras uno lo apuntaba con un arma de fuego, los otros dos sacaron de las mochilas que llevaban, bolsas para guardar la mercadería que le robaron, manifestándole que cuando se fueran no llamara a la policía, porque le iban a pegar un tiro.

Además, la penalidad que se aplicó es el mínimo que corresponde al delito endilgado, habiéndose el a quo ajustado a lo dispuesto por los arts. 40 y 41 del Cód. Penal, considerando como atenuantes la falta de antecedentes penales computables y la escasa violencia del robo perpetrado, por lo que el agravio que en torno a este punto forja el impugnante carece de sustento.

O sea, el recurso no constituye una crítica razonada de la sentencia, sino una discrepancia con el criterio con el que fueron ponderadas las probanzas, desde que se limita a brindar una interpretación distinta de

las mismas, o bien a pedir que se suspenda el juicio a prueba, sin fundamento objetivo ni legal, ignorando respecto de esto último, que ha precluido la oportunidad para solicitarlo, resultando por ende, insusceptible de ser acogido.

Ejemplo de esto son las afirmaciones del impugnante relativas a que el imputado no fue autor del delito en trato, y que la huella digital por él dejada en el negocio de la víctima, constituye una única e insuficiente prueba, en contra de lo actuado en autos y hasta acá expuesto en la revisión que, a la luz de la queja articulada, se practicó.

Por lo tanto, y opinión concordante del señor Procurador General, corresponde confirmar la sentencia cuestionada, por no adolecer de los vicios endilgados ni de arbitrariedad alguna. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo y Dr. Adaro. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los Dres. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los Dres. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los Dres. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Federico Alejandro Ramos Agüero.
- 2.- Tener presente la reserva formulada.
- 3.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

25- PUEBLA. 02-10-20.

| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
|----|----|----|------|--------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|-------------|---|-----|
| - | - | - | AI | PCE | - | EGT | A | - | - | UP | - | - | - | 474 |

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201002_FcPuebla.pdf

Lex: Art. 166 inc. 2°, 1° párrafo, 1° supuesto, 42 del CP.

Vox: Robo agravado. Arma impropia. Tentativa. Unificación de pena.

Summa:

El **TPC** condenó al acusado a la pena de **tres años y seis meses de prisión** como autor del delito de robo agravado por el uso de arma en grado de tentativa –art. 166 inc. 2°, párrafo primero, 42 y 29 inc. 3 del Código Penal–, revoca la condicionalidad de la sentencia N° 538 de la Segunda Cámara del Crimen de la Tercera Circunscripción Judicial y, unifica ambas sentencias fijando la pena única de **cuatro años de prisión** de cumplimiento efectivo.

La **defensa** interpone recurso de casación.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1939 (01-06-20), pronunciada por el TPC N° 1- 3° CJ.

SCJM. Dres.: **Adaro.** Palermo. Valerio.

Fallo:

CUIJ: 13-05363433-2/1((038601-748394)) FC/ PUEBLA MAXIMILIANO HERNAN P/ R 13-05363433-2 OBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA BLANCA EN GRADO DE TENTATIVA P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105535597*

En Mendoza, a los dos días del mes de octubre del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N°13-05363433-2, caratulada “F. C/PUEBLA MAXIMILIANO HERNAN P/ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA BLANCA EN GRADO DE TENTATIVA S/CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. OMAR A. PALERMO y tercero DR. JOSÉ V. VALERIO.

A fs. 284/293 la defensa técnica de Maximiliano Hernán Puebla Lira, promueve recurso de casación contra la sentencia N° 1939, de fecha 1 de junio de 2.020, obrante a fs. 279/280 vta. y sus fundamentos vertidos en forma oral, en tanto condena al nombrado a la pena de tres años y seis meses de prisión como autor del delito de robo agravado por el uso de arma en grado de tentativa –art. 166 inc. 2°, párrafo primero, 42 y 29 inc. 3 del Código Penal–, revoca la condicionalidad de la sentencia N° 538 de la Segunda Cámara del Crimen de la Tercera Circunscripción Judicial y, unifica ambas sentencias fijando la pena única de cuatro años de prisión de cumplimiento efectivo.

El pronunciamiento cuestionado fue dictado por Sala Unipersonal del Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Tercera Circunscripción Judicial en autos N° P 748394/19.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

1.- La sentencia recurrida

La sentencia cuestionada en lo pertinente para la solución del recurso formulado, entendió acreditado que el 8 de septiembre de 2.019, aproximadamente a las 10:00 hs., mientras Matías Ochoa circulaba junto a su pareja Mariana Pérez, en su vehículo marca Fiat, modelo Duna, en calles Mariano Gómez y 25 de Mayo fueron interceptados por una moto marca Motomel conducida por Maximiliano Puebla y Kevin Zarandón como acompañante.

En esa ocasión estos últimos obligaron a Ochoa a detener su marcha y Zarandón se bajó de la moto y le exigió a aquél la entrega de su automóvil exhibiéndole un cuchillo, que utilizó para insertarlo en el pecho a la víctima. En razón de que Ochoa opuso resistencia al robo, Puebla acudió en auxilio de Zarandón y al no conseguir el propósito de sustraer el auto se retiraron del lugar en la motocicleta de Puebla. Para así decidir la jueza de sentencia valoró las declaraciones testimoniales prestadas en audiencia de debate por Anabel Villegas, Leonardo Peña, Salvador Frustaglia, Matías Ochoa, Mariana Pérez, Dr. Cura, Viviana Jurado, Italo González; Kevin Zarandón, así como la declaración prestada por Maximiliano Puebla Lira y el resto de los elementos de prueba debidamente incorporados.

II.- El recurso de casación del defensor

La defensa técnica del imputado formula casación a tenor de las previsiones del art. 474 inc. 2° del CPP.

Sostiene que en la sentencia ha existido motivación arbitraria, en perjuicio del imputado, en relación a la acreditación de la responsabilidad penal de Maximiliano Puebla Lira respecto del delito atribuido. Considera que la jueza tomó en cuenta un criterio puramente personal y subjetivo al afirmar que su asistido intervino como coautor del delito de robo agravado en grado de tentativa. Entiende que tales afirmaciones no se desprenden del material probatorio de autos.

Así, afirma que se han inobservado, en la valoración de la prueba, las reglas de la sana crítica racional (art. 416 inc. 4 del CPP)

En particular, enumera y detalla los que considera resultan defectos en la motivación de la sentencia (fs. 289/291 vta.) y señala las conclusiones que cuestiona por considerar que no encuentran correlato en los elementos probatorios.

Así critica la conclusión de la jueza en relación a que de las testimoniales vertidas en autos – específicamente las de Ochoa, Pérez, Frustaglia, Villegas, Peña, Jurado y González y Zarandón– surge evidente la coautoría de Puebla Lira en el hecho, el reparto de tareas y el intento de fuga. Formula reserva del caso federal.

III.- Dictamen del señor Procurador General

A fs. 303/304 se expide el Procurador General. Luego de analizar los agravios promovidos y la sentencia puesta en crisis refiere que aquél procede formalmente mas no puede tener acogida favorable en lo sustancial. Considera que el tribunal valoró el plexo probatorio en conjunto y razonadamente para llegar a la certeza necesaria para condenar al acusado tal como lo hizo.

Estima que los argumentos vertidos en el recurso no logran desvirtuar los fundamentos del tribunal relativos a la participación de Puebla en calidad de coautor en el hecho.

Así refiere que la jueza acertó al entender que el codominio funcional del hecho estaba dado por la conducta asumida por Puebla.

Ello pues era quien conducía la moto que encerró al rodado manejado por la víctima y logró que se detuviera. Luego se corrió para que Zarandon sacara el cuchillo y abordara a la víctima y, ante la defensa activa de la víctima, concurrió con su compañero, para luego huir conduciendo la moto, sin poder consumar el robo por circunstancias ajenas a su voluntad.

Por estas razones aconseja el rechazo del recurso de casación y la confirmación de la sentencia cuestionada.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Analizado el recurso casatorio, la sentencia criticada y las constancias de la causa, anticipo mi opinión en el sentido de que los agravios formulados no pueden ser acogidos, por lo que la resolución criticada debe ser confirmada. Paso a explicarlo.

De manera preliminar debe señalarse que la fundamentación de la sentencia puesta en crisis resulta suficiente para mantenerla como acto jurisdiccional válido, puesto que, como anticipé, no advierto en ella falencias que impliquen su anulación.

Ello conforme la reiterada jurisprudencia de esta Sala en el sentido de que es necesario para ello que tales defectos tengan tal entidad que impliquen ausencia de fundamentos (LS 153-011; 186-427; 354-218; entre otros).

Tal situación no ocurre en los presentes, tal como explicaré a continuación. A mi modo de ver la motivación del acto sentencial no resulta arbitraria en tanto se verifica que la jueza de sentencia detalló

y valoró, conforme las reglas de la sana crítica racional, los elementos de convicción en base a los cuales estableció la plataforma fáctica atribuida al acusado, con referencia a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos. De tal manera no asiste razón a la defensa en relación a la primera interpretación arbitraria que refiere (ver fs. 289 y vta.).

En efecto, del registro audiovisual del debate de fecha 3/3/20 – minuto 53:54–, se desprende que al declarar Kevin Zarandón en el debate efectivamente señaló que «en ningún momento le quiso robar el auto» a la víctima.

De esta manera, además desligar a Maximiliano Puebla, formuló referencias tendientes a su desvinculación del hecho asignando a la situación producida un diverso significado. Esto último fue advertido por la jueza de sentencia, pero no surge la trascendencia que esta supuesta interpretación arbitraria acarrearía en perjuicio de Maximiliano Puebla.

Ello, en atención al resto de los elementos de prueba valorados. En este punto debe señalarse que Kevin Zarandón, quien prestó declaración testimonial en el presente debate, fue también investigado en esta causa por los mismos hechos y condenado luego de haberse llevado a cabo un juicio abreviado.

Tampoco acierta el recurrente en relación a las referidas interpretaciones arbitrarias designadas en segundo y tercer término. Esto en razón que el extremo fáctico referido a la extracción del cuchillo fue aportado por el testigo ofrecido por la defensa, Kevin Zarandón, válidamente incorporado como elemento convictivo y ponderado en el sentido de abono de la hipótesis acusatoria.

A su vez, la alegada ausencia de gaveta en la moto marca Motomel, que señala la defensa, no se desprende de las constancias de la causa. A lo señalado debe sumarse que este extremo no fue controvertido por el acusado al prestar declaración en la causa con posterioridad a la testimonial de Zarandón.

Por estas razones el agravio no puede ser acogido. Tampoco pueden ser de recibo el resto de las críticas que formula la defensa en relación a las referidas arbitrariedades en la fundamentación de la sentencia. Por un lado, porque no logran conmover la motivación de la sentencia que obtuvo apoyo en los elementos convictivos válidamente incorporados. Por otro lado, porque resultan una visión parcializada del recurrente en relación a las pruebas.

En efecto, la defensa refiere que Mariana Pérez no escuchó lo que Zarandón le dijo a Ochoa, pese a que se encontraba a escasa distancia –sentada en el asiento del acompañante del vehículo donde se transportaban–. Sin embargo, de la reproducción audiovisual del debate (audio y video de fecha 3/3/20 a partir del minuto 19:50) surge que la testigo, en el minuto 24:14, refirió que al llegar los efectivos policiales su marido –por Ochoa– les dijo que los quisieron asaltar.

A su vez, en el minuto 26:56, a preguntas que le formuló la defensa, explicó que allí fue cuando le decía – en alusión a Zarandón– «que le diera el auto, que quería robar el auto».

De tal manera, la alegada arbitrariedad no es tal, sino que es un dato que surge de la declaración de Pérez a preguntas formuladas por la defensa. Por su parte, no puede ser de recibo la crítica vinculada a lo que la defensa denomina la quinta interpretación arbitraria, puesto que la existencia de la deuda que habría motivado la reacción de Zarandón, consistente en dirigirse con un cuchillo hacia el auto de Ochoa, no encuentra apoyo en los elementos de prueba incorporados a la causa. Igual solución corresponde adoptar sobre la crítica que formula el defensor en relación a la fuga de Puebla y Zarandón puesto que, como él mismo señala (ver fs. 290), no resulta un elemento determinante al momento de la atribución de responsabilidad penal a su defendido en relación al hecho investigado.

Ello no desmerece la ponderación de los medios probatorios y no se relaciona con la suficiencia de los motivos que válidamente llevaron a la jueza a la convicción en relación a la materialidad del hecho

investigado. En el mismo sentido no puede prosperar la queja relativa a la contradicción en la sentencia en relación a la velocidad de la moto.

Esto en tanto, y según la defensa, el personal policial actuante señaló que era una moto vieja y lenta. Estimo que la crítica no alcanza a conmover la motivación del acto sentencial. Esto en tanto la apreciación de la velocidad de un vehículo resulta una ponderación subjetiva –salvo que se haya determinado específicamente, cosa que no ocurre en el caso de autos– y que en las presentes actuaciones no tiene relevancia dirimente o, al menos, el defensor no ha logrado demostrar cuál sería la trascendencia en relación a la acreditación del hecho.

De la misma manera tampoco resulta relevante, al momento de determinar la materialidad del hecho investigado, el cuestionamiento relacionado con la retirada de Puebla y Zarandón del lugar del hecho y el seguimiento realizado por el personal policial. Esto en razón que no tiene dirimencia para derribar las conclusiones a las que llega la jueza.

Sin embargo, de los fundamentos de la sentencia se desprende que la magistrada valoró no sólo la declaración de los efectivos policiales Jurado y González, sino también ponderó las testimoniales vertidas en audiencia de debate por Anabel Villegas y Leonardo Peña. En este sentido destaco que Anabel Villegas señaló que iban con las sirenas prendidas (registro audiovisual del debate de fecha 17/2/20, minuto 08:33).

De acuerdo a ello tampoco adquiere relevancia dirimente la crítica identificada como «décima interpretación arbitraria», puesto que de la reproducción de la testimonial de Anabel Villegas se desprende que la retirada de Puebla y Zarandón del lugar se dio en forma concomitante con la llegada del móvil policial en el que circulaban la testigo y Peña, puesto que fueron avisados del hecho a raíz de la llamada telefónica hecha por Frustaglia.

Finalmente debe señalarse que tampoco asiste razón a la defensa en relación al cuestionamiento relativo a que la jueza no analizó el reparto de tareas para fundar la responsabilidad penal de Puebla Lira.

En este sentido concuerdo con el Procurador General en que la a quo entendió que aquel reparto de tareas estaba dado por la conducta asumida por el imputado que conducía su moto, encerró al vehículo conducido por Ochoa consiguiendo que se detuviera, se corrió para que su consorte de causa sacara el cuchillo con el que abordó a la víctima y luego lo asistió para defenderlo de la defensa activa opuesta por Ochoa, para posteriormente retirarse del lugar sin poder consumar el hecho por circunstancias ajenas a su voluntad.

Por lo expuesto y opinión concordante del Procurador General, corresponde dar respuesta negativa a la primera cuestión sometida a consideración en esta instancia. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio y Dr. Palermo. Adhiere.

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede. SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica de Maximiliano Hernán Puebla Lira y, en consecuencia, confirmar la sentencia N° 1939 dictada por Sala Unipersonal del Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Tercera Circunscripción Judicial.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro.

26- GUERRA. 07-10-20

| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
|----|----|----|------------|------------|---------|---------|----------|----------|---------|---------|---------|-------------|---|------------|
| - | - | - | ANA | PCE | - | - | A | R | - | - | - | - | - | 474 |

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=426>

Lex: Art. 166 inc. 2°, 3° párrafo, 50 del CP.

Vox: Robo agravado. Arma cuya aptitud para el disparo no puede tenerse de ningún modo por acreditada. Reincidencia. Acto jurisdiccional válido. Unidad de la prueba.

Summa:

El **TPC** condenó al nombrado a la pena de **tres años y seis meses de prisión** como autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma cuya aptitud para el disparo no puede tenerse de ningún modo por acreditada (arts. 166 inc. 2°, 3° párrafo Cód. Penal) y lo declara reincidente.

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1° y 2 CPP).

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1092, pronunciada por el TPC N° 1- 1° CJ.

SCJM. Dres.: **Valerio**. Adaro. Palermo.

Fallo.

CUIJ: 13-05307091-9/1((018601-719292)) FC/ FC/ GUERRA GABRIEL FERNANDO P/ ROBO AGRAVADO (719292) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105475325*

En Mendoza, a los siete días del mes de octubre del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05307091-9/1 caratulada "F. C/ GUERRA, GABRIEL FERNANDO P/ ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA CUYA APTITUD PARA EL DISPARO NO PUEDE TENERSE EN NINGÚN MODO POR ACREDITADA S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. MARIO D. ADARO y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

La defensa del imputado Gabriel Fernando Guerra interpone recurso de casación (fs. 225/229 vta.) contra la sentencia N° 1092 (fs. 211 y vta.), en tanto condena al nombrado a la pena de tres años y seis meses de prisión como autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma cuya aptitud para el disparo no puede tenerse de ningún modo por acreditada (arts. 166 inc. 2°, 3° párrafo Cód. Penal) y lo declara reincidente, pronunciamiento dictado por el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas ´

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:

1.- Resolución recurrida

La sentencia establece que el 6 de junio de 2019 a las 17:25 horas aproximadamente, el imputado, previo a exhibir un arma de fuego tipo pistola, le sustrajo a la víctima un teléfono celular marca Motorola C Plus negro con una funda roja y negra, una billetera de cuero marrón oscuro con \$ 400 en efectivo aproximadamente en billetes de baja denominación, una campera reversible gris y azul, para darse a la fuga.

A las 18 horas aproximadamente personal policial observó al imputado en el interior del asentamiento Urundel de Godoy Cruz, a unos 200 metros de distancia del lugar del hecho, quien arrojó un bulto y emprendió la fuga, siendo aprehendido a poca distancia. Luego se corroboró que había arrojado una gorra de color beige, un teléfono celular marca Motorola C Plus negro con una funda roja y negra, y una billetera de cuero marrón oscura con \$452 en efectivo.

2.- Recurso de casación

Se queja la defensa porque la sentencia no es una derivación razonada de las pruebas rendidas.

Señala que en el razonamiento seguido por el a quo se ha violado la sana crítica racional, lo que se traduce en una motivación contradictoria, insuficiente y en una interpretación arbitraria.

Concretamente, se agravia porque los policías dicen que mientras patrullaban la zona, vieron un sujeto que al notar su presencia salió corriendo y arrojó un bulto, resultando para la a quo fundamental el hallazgo de la gorra.

Asimismo se agravia porque la inferior se basó sobre principalmente, en las características físicas que aportó la víctima, la descripción de la gorra, las circunstancias de la aprehensión.

También lo agravia, la justificación que dio la a quo sobre la ausencia en el momento de la detención, de la campera descrita por la víctima y la testigo presencial.

Refiere que la víctima dijo que nunca pudo reconocer a su agresor, porque tenía la cara tapada. Que no se acreditó que la esposa de la víctima hubiera recibido a la madre del imputado, pidiéndole que no lo reconozca, y que la testigo presencial dijo que la campera inflada que tenía puesta el autor del hecho era negra o azul, mientras que la descrita por la policía era naranja y la que surge del acta de visu, de color roja, circunstancias de las que debió por lo menos surgir una duda con relación a la autoría.

Destaca que su pupilo vive en el barrio Urundel, por lo que no es ilógico que haya estado caminando por el lugar, así como tampoco lo es, que al notar la presencia de la policía salga corriendo, ya que tenía antecedentes penales y gozaba de libertad condicional. Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador opina que el recurso debe ser rechazado, ya que el tribunal explica las razones por las que arribó a la certeza necesaria para condenar.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso no debe ser acogido.

Ello por cuanto la motivación de la sentencia es suficiente a los fines de su mantenimiento como acto jurisdiccional válido, a tenor de la jurisprudencia de este Cuerpo en el sentido que los posibles defectos de la resolución, para conllevar la extrema solución de su nulidad, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (L.S.186-427, 153-011, 354- 218, 392-94 y 397-177, entre otros), lo que en autos no ocurre.

Además, la juzgadora deriva de las pruebas rendidas, en contra de lo que sin sustento afirma el quejoso, la decisión a la que arriba.

En efecto, tiene en cuenta los testimonios del taxista víctima del robo, de la pasajera que lo había llamado e iba a subirse al vehículo, así como los de los policías que intervinieron. Éstos dijeron que estaban patrullando en el Barrio Urundel, cuando un sujeto que caminaba por el lugar, al advertir su presencia, arrojó un bulto y comenzó a correr, motivo por el que lo aprehendieron.

Relataron que el bulto consistía en una gorra –que fue reconocida por el taxista como la que llevaba puesta quien le robó–, una billetera y un teléfono celular, que en ese momento comenzó a sonar, por lo que uno de los efectivos lo atendió. Esa llamada era realizada por una mujer que les dijo que el celular era de su marido, a quien se lo habían sustraído momentos antes, datos que también dio la víctima en su testimonial.

Expresaron los policías asimismo, que recién después de eso ingresó la novedad del robo por el CEO, extremos todo que concuerdan con la prueba instrumental obrante en autos –acta de denuncia, acta de procedimiento, informe del CEO–, cuya validez no fue objetada por la defensa, por lo que las actuaciones mencionadas en primer lugar, dan plena fe de la existencia material de los hechos que se documentan como cumplidos ante el funcionario público interviniente, o que se mencionan como pasados en su presencia (L.S. 368-199, entre otros; art. 296 CCC).

A esto se suma que el encartado presenta una estatura concordante con la que fue descrita por la víctima; fue aprehendido a tres cuerdas del lugar donde ocurrió el robo, transcurridos unos 40 minutos

desde su acaecimiento, mientras trataba de deshacerse de lo sustraído, lo que hizo cuando vio a los policías.

Por su parte, el recurso evidencia una mera discrepancia con el criterio con el que fueron ponderadas las probanzas, insusceptible de modificar la sentencia condenatoria, toda vez que no sólo no quedó demostrado que la inferior se haya apartado de las reglas de la sana crítica en su razonamiento, sino que la defensa se limitó a brindar una interpretación distinta de los elementos probatorios, sin fundamento objetivo.

De tal modo, el defensor pone énfasis en la falta de coincidencia en el color de la campera que vestía el imputado –oscura, negra o azul, según la testigo presencial; naranja según el acta de procedimiento o roja de acuerdo al acta de visu–, sin tener en cuenta que la juzgadora infirió del dato cierto de su residencia en el barrio Urundel, donde fue hallado por la policía, que pudo deberse a que tras perpetrar el robo, fue a su casa a cambiársela, extremo éste del que no se advierte que pueda surgir, frente al cuadro cargoso existente, la duda que invoca el defensor.

En similar forma, extrae la a quo de las circunstancias en las que fue aprehendido – mientras corría luego de tirar al piso la res furtivae, lo que hizo al ver a los policías–, que conocía su origen ilícito, ya que en el caso contrario, no se explica que quisiera arrojarla.

Además, la víctima expuso que la madre del imputado, que era pareja de un primo de su esposa, fue a su casa a pedirle que no lo reconociera, resultando irrelevante ante el cúmulo probatorio reunido, que no se haya probado fehacientemente, el vínculo entre esa mujer y su pupilo, ni entre ella y la esposa del taxista, como requiere la defensa.

Resta decir que la inferior percibió a este testigo como sincero y espontáneo, dado que sus manifestaciones encontraron «...respaldo en las demás probanzas arrimadas a la causa...» (fundamentos, fs. 213), surgiendo esto último de lo desarrollado en los párrafos precedentes.

En definitiva, los vicios que se le endilgan al acto jurisdiccional en trato carecen de virtualidad, constando que la valoración probatoria fue efectuada de conformidad con el principio de unidad de la prueba, que impone como regla su **consideración conjunta**, «...pues muchas veces la certeza se obtiene de probanzas, que individualmente estudiadas pueden aparecer como débiles o imprecisas, pero complementadas y unidas entre sí, llevan al ánimo del juzgador la convicción acerca de la existencia de los hechos denunciados» (L.S. 393-243, 382-107, 381-233, entre otros), que es lo que ha sucedido en la causa.

Por último, no puede tener acogida la aplicación del principio contenido en el art. 2 CPP, cuando la motivación de la resolución resulta ajustada a derecho, y no surge el estado intelectual de duda por parte del tribunal, aspectos que confluyen en estos obrados, según se ha dicho con antelación (L.S. 419-17, 397-237, 388-024, 388-062)

Por lo tanto, y opinión concordante del señor Procurador General, corresponde confirmar la sentencia cuestionada, por no adolecer de los vicios endilgados ni de arbitrariedad alguna. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro y Dr. Palermo. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO y OMAR A. PALERMO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Imponer las costas al imputado vencido y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 225/229 vta. por la defensa de Gabriel Fernando Guerra.
- 2.- Tener presente la reserva formulada.
- 3.- Imponer las costas al imputado vencido y diferir la regulación de honorarios para su oportunidad.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

27- CASTILLO LUCAS. 14-10-20

| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
|----|----|----|------|--------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|-------------|---|-----|
| - | - | - | - | PCE | - | - | A | - | - | - | - | - | - | 474 |

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=402>

Lex: Art. 166 inc. 1° del CP.

Vox: Robo agravado. Lesiones graves. Nulidad. Fundamentación de la sentencia. Determinación de la pena.

Summa:

El TPC condenó al nombrado a la pena de **cinco años de prisión**, accesorias legales y costas, al considerarlo coautor penalmente responsable del delito de robo agravado por haber causado lesiones graves a la víctima – fractura desplazada del hueso propio de la nariz - (art. 166 inc. 1° del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 del CPP).

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 730 (20-11-19), pronunciada por el TPC N° 1- 2° CJ.

Doctrina citada.

MIR PUIG, Santiago, “Derecho Penal, Parte General”, pág. 384.

SCJM. Dres.: **Valerio**. Palermo. Adaro.

Fallo.

CUIJ: 13-04797659-0/1((018601-92859)) FC/ CASTILLO LUCAS EZEQUIEL Y OROSITO PAEZ LUCIANO EZEQUIEL P/ ROBO AGRAVADO (92859) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104877324*

En Mendoza, a los catorce días del mes de octubre del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04797659-0/1 caratulada “FC/CASTILLO, LUCAS EZEQUIEL Y OROSITO PAEZ, LUCIANO EZEQUIEL P/ROBO AGRAVADO ... S/CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. OMAR A. PALERMO, y tercero el DR. MARIO D. ADARO.

La defensa técnica del imputado Lucas Ezequiel Castillo interpone recurso extraordinario de casación (fs. 302/314) contra la sentencia N° 730 de fecha 20 de noviembre de 2019 (fs. 285 y vta.) y sus fundamentos (fs. 289/293), en cuanto condena al nombrado a la pena de cinco años de prisión, accesorias legales y costas, al considerarlo coautor penalmente responsable del delito de robo agravado por haber causado lesiones graves a la víctima (art. 166 inc. 1° del CP).

El pronunciamiento cuestionado fue dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Segunda Circunscripción Judicial en el marco de los autos P-92.859/18.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

El tribunal impugnado, actuando en forma unipersonal, resolvió del modo precedentemente señalado, al entender que «[l]a totalidad de las pruebas valoradas conformaba un férreo cuadro probatorio de cargo contra el imputado Lucas Castillo, que determina que éste deba ser condenado como coautor del hecho ilícito ocurrido el día 17 de Noviembre de 2018 a la hora 06:45 aproximadamente, cuando el nombrado – junto con su consorte procesal ya condenado– interceptaron e increparon a Emanuel Nievas González en la intersección de las calles Maza y Balcarce de la ciudad de San Rafael, a quien agredieron físicamente mediante golpes de puño y patadas hasta lograr quebrantar su voluntad y resistencia, y así apoderarse ilegítimamente de una mochila de color bordó que en su interior contenía objetos personales y documentación de la víctima.

Como consecuencia de las agresiones físicas recibidas, Emanuel Nievas González sufrió fractura desplazada del hueso propio de la nariz, que le demandó cuarenta y cinco días de curación e incapacidad para el trabajo» (ver fundamentos, fs. 291 vta.).

Para arribar a esa conclusión, el tribunal de juicio consideró que el hecho descripto resultó demostrado, en las circunstancias modales controvertidas por las partes, a través de las declaraciones de Emanuel Nievas, cuyos términos estimó respaldados en los testimonios de Roberto Brizuela, Claudio Nicolás Ferri y Débora Janet Muñoz, además de la prueba instrumental producida e incorporada, entre la que destacó el informe del Cuerpo Médico Forense de fs. 82 en el que consta el examen físico realizado a la víctima.

2.- Recurso de casación

El defensor del acusado Castillo impugna la resolución antes individualizada encuadrando su queja en razón de lo dispuesto por el art 474 incs. 1 y 2 del CPP, esto es, por entender que existen vicios in iudicando e in procedendo que la descalifican como acto jurisdiccional válido.

Sostiene que la sentencia que condenó a su representado adolece de graves irregularidades que ocasionan su nulidad, conforme lo determina el art. 416 de la ley ritual.

Anticipa que el acuerdo probatorio celebrado entre las partes, por el que se tuvo por probado y acontecido el hecho criminoso base de la acusación en sus circunstancias de tiempo y lugar atribuible al acusado en calidad de coautor, dejó como objeto de controversia para determinar en el debate si aquella conducta del acusado podía resultar alcanzada por las agravantes delictivas atribuidas por el representante fiscal.

Esto es, por haberle causado lesiones graves a la víctima y/o por la utilización de un arma impropia en el momento del apoderamiento ilegítimo. Expresa que el fallo impugnado resulta nulo porque no contiene una determinación circunstanciada del hecho que el tribunal estima acreditado.

Considera que de la lectura de los fundamentos, no se advierte que el sentenciante haya fijado históricamente el hecho probado respecto de los agravantes que correspondía ventilar en la audiencia de debate.

A su vez, señala que la nulidad de la sentencia también resulta por falta de fundamentación y, además, por haberse violado los postulados que integran el sistema de la sana crítica racional en la valoración de la prueba.

Ello toda vez que su pupilo no fue escuchado ni valorado, y que resultó condenado sobre la base de **premisas fácticas –objetivas y subjetivas– sin respaldo probatorio** en la causa.

En ese sentido, alega motivación contradictoria al juzgar acreditada la agravante de las lesiones graves sin que hubiera algún testigo que sindicara al imputado como autor de esas lesiones.

Agrega que ni siquiera la víctima fue precisa sobre ese extremo por cuanto, al declarar durante el debate, si bien dijo recordar que Castillo estuvo presente en el hecho, como también que fue el otro acusado el que blandía el cuello de botella y lo golpeaba, en ningún momento mencionó que su representado fuera quien le provocó las lesiones en su rostro.

Por ello, considera que el acusado debió ser condenado por el delito de robo simple a una pena de ejecución condicional.

Finalmente, manifiesta que la motivación de la individualización de la pena es arbitraria que realiza la sentencia es arbitraria, porque no se apoya en las circunstancias comprobadas de la causa.

Manifiesta que si bien existe la necesidad de apartarse sustancialmente del mínimo legal aplicable, porque una pena exigua no refutaría adecuadamente en el caso el elevado contenido de injusto por la elevada violencia desarrollada por el imputado, la sanción penal a imponer debe establecerse en la escala media aplicable, debiendo elevarse levemente por encima del mínimo legal previsto por la ley sustantiva.

Ello pues, de quedar anclada en el mínimo legal, se desmerecería la importancia del bien jurídico suprimido, así como la entidad del aporte realizado al cometer el delito, pues el aporte del acusado resultó determinante y, además, ejerció violencia física directa sobre la víctima.

Desde allí, postula que resulta equitativa a la entidad del injusto y a la elevada culpabilidad del autor la aplicación de una pena de tres años de prisión en suspenso.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General estima que el recurso de casación no resulta sustancialmente procedente, debiendo confirmarse la validez de la sentencia impugnada.

Ello por cuanto considera que existe un capítulo específico dentro de la sentencia donde el sentenciante deja constancia del hecho acreditado, fijando con ello el hecho histórico que se atribuye al imputado y por el cual se lo condena.

Descarta falta de fundamentación de la agravante, desde que la víctima declaró durante la investigación penal preparatoria que ambos imputados le pegaron golpes de puño y patadas provocándole lesiones que fueron luego certificadas a través del Cuerpo Médico Forense, quien diagnosticó un tiempo probable de curación e incapacidad laboral de cuarenta y cinco días.

Además, ratificó esa declaración durante el debate, y agregó que no recordaba quien le fracturó la nariz, pero que Castillo venía con otro más, que éste le propinó un golpe y que intentó escapar, siendo nuevamente interceptado y golpeado. Dichos que son respaldados con la declaración del testigo Brizuela. Desde allí refiere que, al haberse acreditado que ambos imputados golpearon a la víctima, aún cuando no pueda saberse quién fue el que le provocó la fractura nasal, ello no obsta a que deban ser considerados coautores del hecho, dado que existió un acuerdo previo para atacar a la víctima y sustraerle sus pertenencias, con reparto del trabajo para llevar a cabo su cometido, con lo cual codominaron la ejecución del hecho delictivo.

Aprecia que la individualización de la pena se encuentra dada por la acreditación del hecho y la conducta típica atribuida a Castillo, mientras que la pretensión defensiva de un monto de condena inferior se basa en un hecho delictivo distinto al acreditado, por lo que el agravio no puede ser de recibo.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Analizado el recurso casatorio promovido por el defensor del imputado y el acto sentencial impugnado, entiendo que aquel no puede ser acogido favorablemente por cuanto –en mi opinión– la sentencia no adolece de los vicios denunciados por el recurrente. Paso a explicarlo.

A resumidas cuentas, el escrito defensivo apoya **la nulidad de la sentencia sobre la base de tres motivos:**

- a) omisión de determinación circunstanciada del hecho que se tuvo por acreditado;
- b) falta o contradictoria fundamentación; y,
- c) motivación arbitraria de la pena.

En lo que sigue se abordan todas ellas.

i. Acerca de la alegada nulidad por ausencia de consignación del hecho probado

En relación al planteo nulificadorio de la sentencia por infracción de las disposiciones de los arts. 411 inc. 3 y 416 inc. 2° del CPP, tal como anticipé, entiendo que no puede prosperar.

En efecto, conforme se desprende de los fundamentos que acompañan el fallo impugnado, el tribunal de la instancia anterior dejó constancia expresa del suceso criminoso que estimó acreditado, describiéndolo adecuadamente en sus circunstancias de tiempo, lugar y modo en el apartado destinado específicamente a tal efecto, esto es, en el capítulo “V”, pto. “D”, el que luce titulado bajo el epígrafe «Hecho acreditado y conducta típica» (ver fs. 291 vta.).

Lo expuesto estimo resulta suficiente para rechazar el planteo de nulidad formulado.

ii. Cuestionamientos sobre la validez de los fundamentos de la sentencia.

En este tramo de su impugnación, el recurrente impugna la tarea de valoración de la prueba efectuada por el tribunal de juicio para tener por acreditada la agravante delictiva aplicada. Concretamente, sostiene que no existe ningún elemento de prueba que demuestre que su representado fue autor de las lesiones graves cuya causación se le atribuyen, y que –luego– permitieron encuadrar jurídicamente el hecho en el delito de robo agravado por haber causado lesiones graves a la víctima – art. 166 inc. 1° del CP–.

De este modo, según la tesis defensiva, Castillo debe ser condenado como autor del delito de robo simple –art. 164 del CP–. Sin embargo, estimo que tal pretensión no puede prosperar puesto que entiendo que la sentencia desarrolla y expone adecuadamente las razones por las que se estima que el comportamiento del acusado resulta alcanzado por la agravante resistida.

En efecto, conforme se desprende de las constancias de la causa, resulta relevante en orden a la afirmación que precede mencionar que, durante la audiencia preliminar llevada a cabo, los litigantes celebraron un acuerdo probatorio a los términos del art. 368 párr. 2 del CPP (ver registros audiovisuales, «audiencia preliminar», 27/03/19, 00:21:43/00:23:35).

Así, convinieron dejar al margen de toda controversia durante el juicio dos aspectos puntuales: por un lado, la existencia material del hecho objeto del proceso, en sus circunstancias de tiempo y lugar descritas en el requerimiento fiscal de citación a juicio de fs. 106/110; por otro lado la intervención culpable que le cupo sobre el mismo al acusado (ver fs. 205 y vta., y fundamentos, fs. 289 vta.).

Dado el contenido de esa estipulación probatoria, el punto concreto de los hechos sobre los cuales no existió acuerdo, y en el cual el defensor situó sus pretensiones y concentró su estrategia a lo largo del juicio, estuvo conformado por la aplicación de agravantes que calificaban, según la acusación fiscal, la participación del acusado en los hechos incontrovertidos.

Esto es, si el apoderamiento ilegítimo y violento de cosas muebles de propiedad de la víctima en el que intervino el imputado –junto a su consorte procesal condenado– resultaba alcanzado por la provocación de lesiones graves a la víctima, así como por la utilización de un arma en sentido impropio (ver fundamentos, fs. 290 vta.). Esos planteos recibieron suerte dispar en la sentencia.

Así, apartándose de la acusación fiscal, el tribunal de la instancia anterior descartó que la conducta de Castillo pueda ser abarcada por la agravante del uso de un arma impropia. Para justificar su decisión, consideró que el empleo comprobado de un trozo de botella de vidrio por parte del coacusado –Orosito–, constituyó «[u]na circunstancia espontánea, no previamente planificada, y mucho menos conocida o acordada de antemano con Lucas Castillo», por lo que tal «acto de exceso» no podía agravar en ese sentido la conducta del imputado, dado que «[c]ada coautor responde en la medida de su dolo» (ver fundamentos, fs. 291 vta.)

Mientras que, por el contrario, no tuvo el éxito pretendido el reclamo de la defensa referido a la exclusión, dentro del ámbito de responsabilidad penal del acusado, de la provocación de lesiones graves a la víctima –art. 90 del CP–, lo que determinó la decisión del a quo de encuadrar la conducta de Castillo dentro del ámbito típico previsto en el art. 166 inc. 1° del CP.

Precisamente es esta decisión el punto concreto de los hechos sobre el cual el defensor sitúa la motivación aparente o contradictoria de la sentencia –causa de la nulidad aludida– en cuanto a la fundamentación de los aspectos modales del suceso, y su impacto en la significación jurídica dada a los mismos, quien reitera que su pupilo no fue el autor material de esas lesiones, alegando insuficiencia probatoria sobre ese extremo tópico.

Circunscripto adecuadamente el ámbito del recurso, como lo anticipara, advierto que no le asiste razón a la defensa en cuanto a los argumentos que propone, puesto que los mismos no se condicen con las constancias comprobadas de la causa. Lo antedicho se impone dado que, por un lado, la tesis defensiva se nutre – esencialmente– de las mismas críticas que constituyeron la base argumentativa de la misma petición que fuera ya realizada durante el debate, en la que solicitó una condena a su representado como coautor del delito de robo simple.

Premisas que, no obstante el esfuerzo concentrado por el peticionante, cuentan con un adecuado tratamiento por parte del tribunal a quo, quien descartó la solución propiciada a través de un razonamiento que no presenta fisuras, ni mucho menos lagunas o contradicciones como le endilga el casacionista.

A lo cual cabe agregar que tampoco esa parte aporta aquí mayores elementos capaces de demostrar el carácter arbitrario o inmotivado de lo allí resuelto. Por otro lado, también se observa que el letrado solo se contenta con proponer una conformación y/o interpretación de los hechos que luce diversa a la plataforma fáctica tenida por acreditada en la pieza impugnada.

De este modo, la pretensión sustancial motivada en una mutación de ese aspecto de la imputación, que sólo se justifica por la necesidad del litigante en acomodar las circunstancias probatorias al interés que representa, también justifica el rechazo del agravio casatorio propuesto.

Además, esa versión parcial, fragmentaria y acomodada de los acontecimientos, soslaya no sólo gran parte de los elementos probatorios reunidos y debidamente valorados por el sentenciante; sino, también, el contenido mismo del acuerdo probatorio celebrado en torno a la materialidad de los mismos, desde donde es posible verificar, en el mismo sentido en que lo hace la sentencia, los aspectos objetivos y subjetivos que demanda la subsunción de la conducta del acusado dentro del tipo delictivo agravado seleccionado.

Llegados a este punto, conviene en este punto examinar los fundamentos dados en la sentencia para justificar la decisión que aquí se cuestiona.

Tras repasar y valorar el plexo probatorio producido e incorporado debidamente a la causa, el a quo tuvo por acreditado que el imputado, junto con su consorte procesal, «[e]jerció violencia física sobre la víctima en oportunidad de sustraerle las cosas muebles que llevaba consigo; y que dicha violencia consistió en golpes de puños y patadas por todo el cuerpo; inclusive, persiguieron y derribaron a Emanuel Nievas en dos oportunidades, para continuar agrediéndolo y así finalmente reducirlo y apoderarse ilegítimamente de cosas muebles que le eran totalmente ajenas».

Asimismo, ya en orden a la calidad de las lesiones provocadas como consecuencia del ataque violento desplegado simultáneamente por ambos agresores, entendió que «[n]o obstante que no fueron cuestionadas por la defensa, las mismas resultaron debidamente constatadas mediante el examen médico forense practicado el mismo día del hecho (17/11/2018), y cuyo informe obra a fs. 82 y vta., el cual da cuenta que presentó [...] con un tiempo probable de curación e incapacidad laboral de 45 días, y no pusieron en riesgo su vida».

Este análisis aparece respaldado en la sentencia con la declaración de la víctima prestada durante el debate, quien describió el comportamiento de cada uno de los agresores, y detalló la entidad de las lesiones sufridas.

Versión que, además, es corroborada con las declaraciones de los demás testigos que depusieron durante el juicio, quienes en su totalidad confirmaron esos aspectos del evento criminoso.

Sobre la base de este entramado probatorio, el tribunal de la instancia anterior concluyó –en cuanto aquí importa– que «[t]al como ha sido acreditada entonces la modalidad en que fue ejecutado el hecho investigado, entiendo que Lucas Castillo debe responder como coautor del hecho ilícito que se le atribuye en la presente causa, toda vez que resulta innegable que entre el nombrado y su consorte procesal existió un acuerdo previo, una convergencia intencional para llevar a cabo –en forma paralela y concomitante– actos típicos de ejecución de un mismo hecho delictivo, es decir, una unidad de designio criminoso; y así lo hicieron, puesto que ambos –codominando la ejecución del suceso– agredieron físicamente a la víctima hasta vencer su resistencia, para inmediatamente apoderarse de cosas muebles que les eran totalmente ajenas.

Por ende, la responsabilidad de Lucas Castillo también abarca las lesiones graves causadas a Emanuel Nievas como consecuencia de la violencia física ejercida sobre éste, en forme conjunta por ambos agresores, para lograr apoderar[s]e de cosas muebles que les eran totalmente ajenas» (ver fundamentos, fs. 290 vta./291).

Dada esa correcta conformación de la plataforma fáctica tenida por históricamente cierta en la sentencia a partir de la valoración concatenada de los principales medios de prueba colectados, sumado al examen de los argumentos dados por el sentenciante para explicar porque la conducta del imputado debía quedar comprendida dentro de la agravante resistida –provocación de lesiones graves–, es posible descartar de plano el alegado déficit de motivación del fallo, además de verificar que la solución jurídica dada al caso es la correcta.

Por un lado, no existe duda que nos encontramos frente a un típico caso de coautoría delictiva, a los términos del art. 45 del CP. Ello por cuanto, según entiendo, hubo una decisión conjunta del imputado junto a su consorte procesal de desapoderar violentamente a la víctima de bienes de su propiedad; acuerdo que se manifestó a través de aportes objetivos por parte de cada uno de los intervinientes de acuerdo a una división de tareas o de trabajo.

Hubo una idea común sobre un plan delictivo, en la que los intervinientes se procuraron los medios necesarios para asegurarse el resultado propuesto y, en base a ese proceso de ideación y deliberación, obraron conjunta y coordinadamente en los hechos.

De este modo, tanto Castillo como su compañero de causa, intervinieron conjuntamente en el hecho, sin subordinación de uno para el otro, por cuanto cada uno tuvo en el ámbito de su decisión personal el acontecer causal del desapoderamiento violento de los bienes de la víctima.

Así, ha quedado demostrado desde los albores de la investigación penal preparatoria que Castillo efectuó aportes objetivos que integraron ese plan concreto, los que resultaron relevantes para su realización.

Según se desprende del acta de denuncia de la víctima –Emanuel Nievas–, incorporada como prueba instrumental al debate –ver constancia de acta de fs. 282– luego de describir las características morfológicas y vestimentas de los agresores, precisó –en cuanto aquí nos importa– que «[m]ientras el sujeto de remera color amarillo se vuelve rápido, se me acerca y me da un golpe con puño cerrado, instintivamente giro mi cabeza como para evitar el golpe y me golpea la parte de la oreja y cuello costado izquierdo, y me sigue tirando golpes, a lo mismo que el otro sujeto que se arrima y también comienza a golpearme, yo trataba de defenderme [...]. Salí corriendo hacia el interior de la plaza y el de gris me seguía, traté de esquivarlo, pero me patea y caigo a una acequia y comienza a patearme, alcanzo a pararme y vuelvo a correr, pero al medio de la calle Maza me caigo y uno me agarró del cuello mientras el otro me golpeaba, me zafé y vuelvo a correr [...]. El que vestía remera color gris me sigue de atrás tirándome

patadas para tirarme de nuevo, y a unos 20 metros [...] me tira este sujeto haciéndome una zancadilla, caigo al piso y me comienza a patear nuevamente en la cabeza y por todos lados.

Ahí llega el otro sujeto de amarillo y hace lo mismo, me patean, me gritaban y me insultaban, no sé lo que decían, el que vestía remera gris me saca mi mochila[...] el sujeto de remera amarillo [...] agarra una botella de vidrio que había en el piso la rompe y me dice “dame el teléfono” y se me viene encima [...]». Tras ratificar esos dichos, y ser preguntado al respecto, afirmó que «[l]os dos sujetos me golpearon y me patearon, pero recuerdo que el de remera gris, cuando me iba parando, me pateo de lleno en la cara en la parte de la nariz» (ver fs. 18 y vta.).

Repárese que los datos contenidos en esa declaración, sumados a las características constatadas en las actas de aprehensión y de visu realizadas, confirman que el sujeto identificado por el dicente por la utilización de una «remera gris», diferenciándolo de este modo de aquel que portaba «remera amarilla», efectivamente se trataba del coimputado Castillo (ver fs. 8 y 17 vta.).

No obstante no estar en tela de juicio la intervención en el robo por parte del acusado, el contraste entre esas diversas fuentes de información resulta relevante en cuanto permite comprobar la unidad de designio y el reparto de tarea entre los actuantes, y, por ende, el grado de intervención criminal que debe reconocérsele a cada uno –coautoría–, por la entidad de sus aportes con relación al resultado lesivo.

Llegados a este punto, considero que si bien la víctima durante el debate dijo no recordar cuál de los dos agresores fue quien le provocó el golpe sobre su rostro que causó el traumatismo nasal, ello no permite desvirtuar la validez del razonamiento judicial sobre este extremo de la imputación.

Ello por cuanto, de acuerdo al contenido de la denuncia al que hiciera referencia precedentemente, la víctima señaló a aquel sujeto que llevara puesta una remera de color «gris» –Castillo– como quien le propinó una patada que impactó directamente en su rostro, específicamente en su nariz.

Pero además, aún cuando en la audiencia oral pudo no haber sido preciso sobre este aspecto modal, cuestión que no pasó inadvertida para el sentenciante (fs. 290 vta.), advierto que dado el contexto fáctico en que se desarrollaron los acontecimientos acreditados –sobre los que existió una convención probatoria celebrada entre los litigantes en orden a las circunstancias de tiempo y lugar– justifica catalogar la intervención de Castillo dentro del ámbito de la coautoría en el hecho que fuera calificado como robo agravado por causar lesiones graves a la víctima y, por tanto, atribuirle por ello los resultados gravosos provocados.

Es que, según entiendo, en casos como el presente, cuando se verifica una relación de conexidad entre el ejercicio de la violencia y la causación de un daño corporal grave para la víctima y, además, que la provocación de tales lesiones resultó del obrar violento desplegado sobre la integridad física del sujeto pasivo del ilícito en forma conjunta y simultánea por varios sujetos, aún cuando se ignorase quién aplicó la violencia productora de la lesión grave, deben aplicarse las disposiciones relativas a la participación criminal en el hecho total, toda vez que la norma –art. 166 párr. 1° del CP– permite imponer la pena agravada a todos cuantos hubieran intervenido como agresores en el robo.

De allí que el planteo del defensor sólo puede ser válido si los intervinientes en el hecho hubieran obrado en forma independiente, pero no para los casos en que existe un acuerdo común, una empresa delictiva común que se ha manifestado externamente por los aportes de los imputados.

Si bien ese argumento tuvo éxito para impedir la comunicabilidad a Castillo del exceso en el actuar de su consorte procesal sobre la utilización de un arma en sentido impropio, ésta situación no cabe replicarla en orden a la provocación de las lesiones, dado que los coautores cometen el delito entre todos, no pudiendo considerarse partícipes porque ninguno de ellos realiza completamente el hecho, pero lo que

haga cada uno de los coautores es imputable o extensible a todos los demás (**Mir Puig, Santiago, “Derecho Penal, Parte General”, pág. 384**).

Por otro lado, pero vinculado directamente al análisis conclusivo precedente, no existe ningún motivo que impida que el grave resultado lesivo ocasionado a la víctima como consecuencia directa de las violencias ejercidas para cometer el robo, le sea imputable al acusado en su carácter de coautor.

Si bien la entidad del daño corporal provocado no ha sido puesta en tela de juicio por el recurrente, comparto en ese punto el análisis efectuado en la sentencia cuando expresa que estas resultaron debidamente verificadas mediante el examen médico realizado a la víctima por personal del Cuerpo Médico Forense el mismo día del hecho.

En el informe elaborado –agregado a fs. 82 y vta., y a fs. 283– e incorporado al debate como prueba instrumental –fs. 282– se deja constancia que la víctima presentó «gran edema en la pirámide nasal donde se encuentra una excoriación de 2 cm. de longitud, hematoma lumbar derecho de 3 cm., excoriación rodilla derecha de 3 cm., excoriación muñeca derecha de 2 cm., fractura desplazada de hueso propio de la nariz (trae radiografía); con un tiempo de curación e incapacidad laboral de 45 días, y no pusieron en riesgo la vida» (ver fundamentos, fs. 291).

También acierta el tribunal de mérito cuando valora la declaración de la víctima durante el debate. En oportunidad de evacuar las preguntas efectuadas por el representante del Ministerio Público Fiscal, expuso detalles de las lesiones sufridas, así como de las consecuencias que de ellas se derivaron.

Basta aquí con mencionar que el dicente sostuvo que los golpes propinados conjuntamente por ambos agresores durante el robo le afectaron, entre otros, el hueso «vómer», así como el tabique nasal, lo que le valió de una licencia laboral de tres meses, además de una operación, encontrándose en la actualidad a la espera de otra intervención quirúrgica.

Agregó que, producto de esas lesiones, padece una dificultad para respirar (ver registros audiovisuales, «audiencia 19/11/19, primera parte», a partir de 00:33:30). En virtud de lo hasta aquí analizado, comparto las conclusiones alcanzadas sobre este aspecto por el tribunal de juicio, en tanto resulta ajustada a las constancias probatorias de la causa.

Por lo que estimo que el punto de agravio en examen no puede prosperar.

iii. Individualización y motivación del monto de pena aplicado

Con relación a este último motivo de agravio, el recurrente sostiene que la sentencia adolece de una fundamentación arbitraria de la pena dado que el tribunal de juicio seleccionó el quantum punitivo sobre la base de la escala penal que resultaba aplicable según una calificación legal de los hechos que –a su criterio– resultaba errónea.

Por lo que, entendiendo que su representado debe responder por el delito de robo simple, la pena que resulta adecuada sería la de tres años de prisión en suspenso.

Compulsados los argumentos dados por el sentenciante para justificar la sanción penal aplicada, no se observan irregularidades que acrediten **arbitrariedad en el razonamiento** seguido al efecto.

Por el contrario, advierto que **la individualización de la pena** se encuentra dada por la acreditación del hecho y la conducta típica atribuida al imputado, la que se corresponde con el delito de robo agravado por haber causado lesiones graves a la víctima.

De este modo, la pretensión defensiva se erige sobre la base de un hecho delictivo diverso al acreditado y que, en definitiva, resultó la base del pronunciamiento condenatorio. Si bien entiendo que este argumento permite por sí descartar la censura incoada, este rechazo también encuentra como fundamento que, dada la escala penal en abstracto que resulta aplicable al caso, y el pedido de pena

formulado por el representante fiscal interviniente –seis años y ocho meses de prisión– el juez de la causa condenó al nombrado al mínimo legal previsto en la norma en trato –cinco años de prisión–, luego de analizar y proyectar al caso las pautas legales de mensuración contenidas en los arts. 40 y 41 del CP. Por todo ello, el agravio no será de recibo.

iv. Conclusión

En base a todo lo hasta aquí analizado, en concordancia con lo dictaminado por el señor Procurador General, y a la luz de la fuerza con la que la hipótesis acusatoria ha sido verificada en la audiencia de debate y la correcta valoración de las pruebas que la sostienen, entiendo que corresponde rechazar las argumentaciones del recurrente y proceder a confirmar la sentencia puesta en crisis. Por lo que la primera cuestión planteada debe contestarse negativamente. ASÍ VOTO

Voto Dr. Palermo y Dr. Adaro. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa del imputado.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

28- MONTERO ARCO. 14-10-20

| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
|----|----------|----|-------------------------|------------|---------|---------|----------|---------|---------|---------|---------|-------------|---|------------|
| - | B | - | AI AFA | PCE | - | - | A | - | - | - | - | - | - | 474 |

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=427>

Lex: Art. 166 inc. 2°, 1° párrafo, 1° supuesto, 167 inc. 2°, 54, 55, 166 inc. 2°, 2° párrafo, 45 y 12 del CP.

Vox: Robo agravado. Arma impropia. Poblado y banda. Arma de fuego. Autoría. Valoración de la prueba. Contenido de lo declarado.

Summa:

El **TPC** condenó al nombrado a la pena de **doce años de prisión** e inhabilitación absoluta por igual término, por encontrarlo coautor penalmente responsable de delito de robo agravado por el uso de arma y por ser en poblado y en banda en concurso real con robo agravado por el uso de arma de fuego, en calidad de autor (arts. 166 inc. 2°, primer párrafo, primer supuesto, 167 inc. 2°, 54, 55, 166 inc. 2° segundo párrafo, 45, 29 y 12 del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 del CPP).

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1143, pronunciada por el TPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Zeballos Verduquez.
- Brizuela Pérez.
- Moreira Arce.

SCJM. Dres.: **Palermo**. Valerio. Adaro.

Fallo:

CUIJ: 13-05352650-5/1((018602-23881)) FC/ MONTERO ARCO GABRIEL NICOLAS P/ TOBO AGRAV POR EL USO DE ARMA, ROBO AGRAV POR HABER SIDO COMETIDO EN LUGARES POBLADOS Y EN BANDA EN CONCURSO REAL CON ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105524304*

En Mendoza, a los catorce días del mes de octubre del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa CUIJ n° 13-05352650-5/1 caratulada "F. c/ MONTERO ARCO, GABRIEL NICOLÁS P/ ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. OMAR A. PALERMO, segundo DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero DR. MARIO D. ADARO.

La defensa oficial de Gabriel Nicolás Montero Arco formula recurso de casación contra la sentencia 1.143 del Tribunal Penal Colegiado n° 2 de la Primera Circunscripción Judicial, que condenó a su representado a la pena de doce años de prisión e inhabilitación absoluta por igual término, por encontrarlo coautor penalmente responsable de delito de robo agravado por el uso de arma y por ser en poblado y en banda en concurso real con robo agravado por el uso de arma de fuego, en calidad de autor (arts. 166 inc. 2°, primer párrafo, primer supuesto, 167 inc. 2°, 54, 55, 166 inc. 2° segundo párrafo, 45, 29 y 12 del CP), en los presentes autos n° P-23.881/19.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO:

1.- Sentencia recurrida

La sentencia impugnada tuvo por acreditado que «para fecha 30 de marzo aproximadamente a las 04:30 hs., el encartado Gabriel Nicolás MONTERO ARCO, en asocio con dos sujetos no habidos hasta este estadio procesal, interceptaron a Carlos Leopoldo Camino quien se conducía en su vehículo Fiat Palio por el acceso sur en dirección a Luján, a unos cien metros pasados de calle Rawson aproximadamente, quién había detenido la marcha de su rodado como consecuencia de que aquellos arrojaron piedras impactando en la ventana del constado derecho del vehículo. Inmediatamente lo reducen, valiéndose uno de ellos de un elemento punzante y le sustrajeron un celular, documentación personal y de diversos rodados como asimismo diez mil pesos en efectivo; situación que inmediatamente fue advertida por personal policial que se desplazaba en el móvil 2376 (Bazán y Aguillón) quién luego de entrevistar rápidamente a la víctima y ver a los tres sujetos que se alejaban, salieron en persecución de los mismos, advirtiendo que uno de ellos vestía una remera color rojo con detalles negros, pantalón de jean y barba candado (descripción que corresponde a las características de Montero Arco).

A pesar de haberles dado la voz de alto, los asaltantes hacen caso omiso, cruzan el acceso, siendo en todo momento perseguidos a pie por el inspector Bazán mientras que el móvil policial conducido por Aguillón daba la vuelta. Al llegar al Barrio Unión y Fuerza de Carrodilla, en la manzana D, salen de una vivienda varios sujetos que comenzaron a ejercer violencia física primero contra estos sujetos y luego contra los efectivos policiales. Lograron la aprehensión de uno de los sujetos que perseguían identificado luego como Christopher Jonathan Mendoza Berardo, de vestimentas azules. Reducido por el Oficial Aguillón, éste

fue atacado por un perro pitbull, circunstancia aprovechada por Montero Arco quién luego de golpearlo le sustrae su arma reglamentaria». «Al desplegar este accionar, Montero Arco empezó a correr, los oficiales Bazán y Aguillón pretendieron darle alcance y al desplazarse unos cuatro o cinco metros efectuó disparos con el arma sustraída hacia los efectivos y luego continuó su huida.

Finalmente y a pocos metros de donde había sucedido los hechos, al advertir la presencia del móvil 2902, Montero Arco arrojó el arma de fuego que previamente había sustraído a una acequia, lográndose finalmente su aprehensión y el secuestro de la res furtiva». «A los pocos minutos otra movilidad 2360 sobre la intersección de calles Malvinas y Ortiz del Barrio Unión y Fuerza procedió a la aprehensión de un sujeto que corría con ropas azules como las descritas por la frecuencia radial siente éste identificado como Christopher Jonathan Mendoza Berardo, quién inicialmente fue sindicado como uno de los autores del asalto a Caminos, siendo además el sujeto que Aguillón había reducido previamente al ser atacado por Montero Arco» (fundamentos, fs. 393 vta./394).

Para considerar acreditada tal plataforma fáctica, el Tribunal valoró: la declaración del acusado Montero Arco; las declaraciones y el reconocimiento espontáneo de los efectivos policiales Bazán y Aguillón; la declaración de la víctima, Caminos; el informe de rastros de pólvora de fs. 130; la declaración de los efectivos policiales Leal Vera y Choque León; el informe del Cuerpo Médico Forense que daba cuenta de las lesiones de Montero Arco; el examen físico realizado sobre Aguillón a fs. 131; y el croquis ilustrativo de fs. 21, entre otras pruebas.

2.- Recurso de casación

La defensa de Gabriel Nicolás Montero Arco formula recurso de casación fundado en el art. 474 inc. 2° del CPP, esto es, por considerar que la decisión adolece de vicios in procedendo. Afirma que la sentencia ha valorado erróneamente la prueba producida, y solicita su revocación. En este orden, cuestiona el valor convictivo dado a la declaración de la víctima –Carlos Caminos– porque no aportó mayores elementos que permitieran acreditar la autoría de Montero Arco respecto del hecho.

Sólo indicó la vestimenta de quien lo tomó, refiriéndose a un sujeto de ropa azul tipo escolar, que no coincide con el acusado. Además, señala una contradicción entre los testimonios de Bazán y Aguillón, pues el primero reconoce que perdieron de vista a los sujetos que habían asaltado a Caminos, mientras que el segundo dijo que nunca los perdió de vista. De ello deriva que no hay seguridad respecto de que las tres personas perseguidas al comienzo del hecho sean las mismas que luego fueron avizoradas.

En un segundo tramo, cuestiona la falta de mención a las contradicciones en el acta de procedimiento y el desgrabado del CEO.

En el acta se asentó que los autores les habrían pegado con un arma en la cara, circunstancia opuesta a la acontecida. Del desgrabado se desprende que en el hecho habrían intervenido cuatro sujetos, aunque siempre se supo que eran tres. Estas circunstancias permitirían, a juicio de la defensa, desacreditar los dichos de los funcionarios policiales.

La sentencia devendría arbitraria, además, por omisión de referir a estas contradicciones. En relación al segundo hecho intimado a Montero Arco, sostiene que la falta de rastros de pólvora es una prueba dirimente que impide considerarlo autor de los disparos.

Las justificaciones del a quo sobre el resultado negativo son especulaciones sin apoyo probatorio. Lo mismo critica respecto de afirmaciones del a quo respecto a la falta de colaboración de la gente de la zona de la «triple frontera» con la policía, que deriva de la experiencia del magistrado pero no de pruebas producidas en el debate. Por lo expuesto, solicita la anulación de la decisión por vulnerar el art. 416, inc. 4 del CPP y la absolución del acusado. Finalmente, formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El titular del Ministerio Público Fiscal considera que el recurso procede formalmente, aunque debe ser rechazado en el fondo pues la sentencia se encuentra debidamente fundada.

Explica que el a quo valoró acabadamente y en conjunto la prueba recabada, con referencia a todos los cuestionamientos que en esta instancia hace la defensa.

Respecto de las contradicciones a las que ésta alude, menciona que uno de los policías perseguía a pie a los sospechosos, mientras que el otro lo hacía en camioneta, y ambos declararon no haber perdido de vista a los presuntos asaltantes, al punto que llegaron al lugar donde éstos pretendían esconderse.

Más allá de que pueda no haber coincidencia exacta y precisa entre los desgravados del CEO y el acta de procedimiento, respecto a si fueron tres o cuatro los atacantes, el ahora imputado fue reconocido por su vestimenta y características físicas como uno de los intervinientes, así como por el arrojamiento del arma sustraída a la acequia.

Respecto de las alegadas especulaciones del a quo, afirma que contrariamente a lo afirmado por la defensa el juez de instancia previa detalló todas las pruebas e indicios existentes, mediante una pormenorizada descripción y explicación de cada inquietud planteada por la defensa.

Lo mismo en relación al resultado negativo del barrido electrónico para detectar pólvora, sobre lo cual el Procurador General afirma que, aun suprimiéndolo hipotéticamente, se llegaría a la misma solución.

En tanto el recurso no demuestra la existencia de dudas y se limita a aislar pruebas e indicios, el Procurador General considera que los agravios sólo muestran una discrepancia de la defensa en el ejercicio legítimo del cargo, mas no logra demostrar vicios en la motivación de la sentencia. Por tales motivos, aconseja el rechazo del recurso planteado.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

Puesto a resolver la cuestión en tratamiento, adelanto que –en base a los motivos que expondré a continuación– a mi entender corresponde rechazar el recurso de casación formulado por la defensa de Gabriel Nicolás Montero Arco y confirmar la sentencia condenatoria pronunciada por el Segundo Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial.

En efecto, los vicios in procedendo a los que alude la defensa, relacionados todos ellos con la actividad probatoria desarrollada por el a quo en autos, a mi juicio no se verifican y deben ser rechazados por cuanto la resolución impugnada no adolece de los vicios que se le endilgan.

En efecto, estimo que la motivación cuestionada es suficiente para mantener el dictum como acto jurisdiccional válido, en tanto no adolece de falencias valorativas ni arbitrariedad que impliquen su anulación.

Ello a tenor de la jurisprudencia reiterada de esta Sala que ha establecido que, para que los defectos en la fundamentación conlleven tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (conf. LS. 186-427, 153-011, 354-218, 392-094 y 397- 177, entre otros), lo que en la especie no ocurre.

Esta conclusión deriva de que el a quo ha sustentado su decisión en las pruebas rendidas, que ponderó de acuerdo a las reglas de la sana crítica racional y cuyo apartamiento la defensa no ha podido demostrar. Sus agravios constituyen una reedición de los planteos que efectuaron al momento de formular su respectivo alegato de cierre en la audiencia de debate, y que fueron contestados pormenorizadamente por el tribunal de juicio en los fundamentos aquí analizados.

Respecto del primer grupo de agravios reseñados en el punto 2 de esta sentencia, debo decir que a mi juicio las críticas respecto del testimonio de la víctima –el señor Caminos– y las pretendidas contradicciones en las declaraciones de los efectivos policiales Bazán y Aguillón, no pueden ser acogidas en esta instancia.

En relación a lo primero, que la víctima del robo con armas cometido a las 2:00 hs., aproximadamente, y a quien los asaltantes amenazaban con matar no sea capaz de describir a todas las personas que lo abordaron, debo decir que esto no constituye una prueba de descargo, máxime cuando la víctima declaró que el asalto cesó porque había llegado la policía. Los efectivos policiales que arribaron al lugar sí pudieron identificar al acusado que fue sometido a juicio en esta causa.

Precisamente en relación a lo segundo, esto es, la contradicción entre los testimonios de esos efectivos policiales –Bazán y Aguillón– sobre si perdieron, o no, de vista a los sujetos que habían asaltado a Caminos, coincido con las conclusiones del señor Procurador General.

En efecto, uno de los efectivos comenzó una persecución a pie mientras que el otro lo hacía en una movilidad, y tanto en la investigación como en el debate ambos fueron consistentes en señalar que pudieron perseguir a los sospechosos hasta la casa en la que buscaron esconderse.

La crítica defensiva constituye un intento de aislar parte de la declaración de uno de los efectivos para forzar una contradicción, aunque no logra conmovir la racionalidad y coherencia entre los elementos sustanciales del testimonio de los efectivos Bazán y Aguillón.

A mi juicio, la valoración de la prueba no debe desentenderse del contenido de lo declarado –ver al respecto «Zeballos Verduguez», «Brizuela Pérez», «Moreira Arce», entre otros-, y en el caso el punto destacado por la defensa se trata de un elemento no sustancial del testimonio de efectivos policiales que se encontraban ante una situación de emergencia y en persecución.

Además, ambos pudieron reconocer a Montero Arco por su vestimenta, que describen de manera consistente.

Contrariamente a lo sostenido por la defensa, el a quo tomó en consideración esta alegación, aunque no le asignó el peso probatorio que requiere la defensa.

Así, puede observarse que el juez señaló respecto de lo declarado por los efectivos, que «la circunstancia de su inmediata presencia a escasos metros del rodado de Caminos, como la consecuente persecución de los asaltantes, prácticamente sin solución de continuidad; la ausencia de otros sujetos que pudieran haber generado confusión en los efectivos policiales, como asimismo la clara descripción de Montero Arco realizada desde un primer momento que me persuade de que los efectivos policiales lo vieron de frente al poder describir que tenía barba tipo candado; el hecho de que Bazán afirmó que no lo perdió de vista hasta que llegó al Barrio Unión y Fuerza en donde se produce el segundo episodio delictivo; todo ello me permite arribar al estadio de convicción requerido para tener por acreditada la participación punible del encartado en este primer tramo delictivo» (fundamentos fs. 394 vta.).

En un segundo segmento del recurso la defensa señala la presencia de contradicciones en el acta de procedimiento y el desgrabado del CEO en punto a dónde les habrían pegado los asaltantes a los efectivos y al número de asaltantes –tres o cuatro–. Afirma que el a quo omitió valorar estas circunstancias, lo que torna arbitraria su decisión. Tampoco estos agravios pueden tener acogida favorable en esta instancia.

En efecto, tal como afirma el señor Procurador General en su dictamen, una falta de precisión exacta entre el contenido del acta de procedimiento que elaboran los efectivos policiales luego del suceso y las comunicaciones de emergencia del sistema CEO no resulta demostrativa de una contradicción.

Tampoco puede, racionalmente, derivarse de ello que la declaración de los funcionarios policiales actuantes no sea creíble.

Por otra parte, para determinar si la prueba omitida de valoración es decisiva o no, se debe recurrir al método de la inclusión o exclusión mental hipotética, por lo que una prueba es decisiva y afecta la motivación si modifica las conclusiones una vez incluida en el análisis probatorio.

En el caso concreto, si mentalmente se incluyeran los mencionados cuestionamientos, la conclusión seguiría siendo la misma, en tanto la sentencia se sustenta en elementos de juicio suficientes y válidos, explicando el tribunal de la instancia anterior el mérito que ha dado a la declaración de los efectivos policiales.

Además, fuera el caso que intervinieron en el suceso tres o cuatro atacantes, el acusado fue reconocido por el personal actuante como uno de los participantes por su vestimenta y sus características físicas, así como por haber sido quien sustrajo un arma a uno de los oficiales –que luego fue habida a pocos metros de dónde fue aprehendido–.

De manera tal que el agravio carece de eficacia crítica respecto de la sentencia condenatoria pronunciada en autos. En la parte de final de la impugnación la defensa sostiene que la falta de rastros de pólvora es una prueba dirimente que impide considerarlo autor de los disparos, y que las justificaciones del a quo sobre el resultado negativo son especulaciones sin apoyo probatorio.

Además, cuestiona las explicaciones que brindó el a quo para considerar que no se trata de una prueba dirimente, esto es, «[q]ue la inexistencia de estas partículas puede obedecer además de la posibilidad de no haber disparado, a otras circunstancias tales como haberse orinado las manos, habérselas frotado, como asimismo emprender la huida corriendo, la acción mecánica del viento pudo haber borrado las partículas de disparo o bien pudo hacer que las mismas no se asentaran en su superficie corporal» (fundamentos, fs. 395).

Lo mismo critica la defensa respecto de afirmaciones del a quo respecto a la falta de colaboración de la gente de la zona de la «triple frontera» con la policía, que deriva de la experiencia del magistrado pero no de pruebas producidas en el debate. A juicio de la defensa, esas afirmaciones son especulaciones del juez, ajenas a la sana crítica racional.

Ahora bien, no puede en esta instancia hacerse lugar al argumento defensivo pues parte de una premisa errónea: asignar al informe en cuestión un valor dirimente que esta misma afirma no tener. A fs. 130 puede observarse el informe en cuestión, donde se afirma que «[n]o se detectó partículas características ni consistentes», y luego explica qué se entiende por partículas de uno y otro tipo.

También da cuenta de la precisión del estudio y de los márgenes de error que tiene en relación al tiempo que transcurre entre que tiene lugar el disparo y la muestra es tomada. En un apartado destacado se explica cómo se corroboró el correcto funcionamiento del método y se declara que «[e]l resultado negativo no descarta la posibilidad de haber disparado un arma de fuego».

De forma tal que el resultado negativo de la medida, según el informe mismo, no impide racionalmente tener por acreditado que Montero Arco efectuó los disparos que se le atribuyen a través de otros medios de prueba.

En el caso, esos medios de prueba fueron la declaración del efectivo que perdió el arma a manos del acusado, y del otro policía que detuvo la aprehensión de uno de los coautores del hecho para avocarse a la prioritaria defensa ante los disparos.

Sobre las afirmaciones del a quo respecto de las características de la «triple frontera», debo señalar que ello no resulta suficiente para conmovir la decisión a la que arribó el juez.

En efecto, el a quo sostuvo que «[s]abido es que la zona en cuestión, denominada “la triple frontera”, es una zona altamente conflictiva, y que los habitantes del lugar son reacios a colaborar con personal policial, ya sea como testigos de los hechos que se investigan o bien como testigos de actuación en un procedimiento policial; por lo que estimo que [...]» (fundamentos, fs. 396).

La conclusión a la que arribó el a quo –esto es, que no se esperó al personal especializado para proteger la integridad física de los oficiales actuantes– se sostiene sobre la base de otras premisas, válidas desde el punto de vista racional.

En efecto, los efectivos Leal y Choque declararon que se retiraron porque algunos vecinos comenzaron a arrojar piedras, supuesto cuya verosimilitud se ve reforzada si se considera que el acusado en autos y sus cómplices obtuvieron el apoyo de personas que aparentemente no conocían y con quienes estaban peleando, para atacar violentamente a los efectivos policiales Bazán y Aguillón al arribar a la casa donde los primeros pretendían esconderse.

Cabe poner de resalto que, fuera de la valoración cuestionada que se ha destacado, la prueba indiciaria fue valorada por el sentenciante en forma integral y no aisladamente. Debe tenerse presente que cada indicio, considerado separadamente, puede dejar margen a la incertidumbre, la cual sin embargo puede ser superada en una evaluación conjunta.

Conforme lo ha sostenido en forma reiterada esta Sala, «[e]s igualmente improcedente la crítica relativa a que el a quo se funda en indicios y no en pruebas directas, desde que el principio de la unidad de la prueba –íntimamente relacionado con el sistema de la sana crítica racional contenido en el art. 206 CPP.-, impone como regla la consideración de la prueba en su conjunto, pues muchas veces la certeza se obtiene de probanzas, que individualmente estudiadas pueden aparecer como débiles o imprecisas, pero complementadas y unidas entre sí, llevan al ánimo del juzgador la convicción acerca de la existencia de los hechos denunciados» (conf. L.S. 381-233, 382-107 y 388-219), lo que sucede en el presente caso.

Por todo lo expuesto, y en opinión coincidente con la vertida por el Procurador General, debe contestarse de manera negativa la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazarse el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio y Dr. Adaro. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los Dres. JOSÉ V. VALERIO y MARIO D. ADARO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los Dres. JOSÉ V. VALERIO y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Gabriel Nicolás Montero Arco.
- 2.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 3.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro

29- GIMENEZ CHANDIA. 23-10-20

| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
|----|----|----|------------|------------|---------|---------|----------|---------|---------|---------|---------|-------------|---|------------|
| - | - | - | ANA | PCE | - | - | A | - | - | - | - | - | - | 474 |

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=430>

Lex: Art. 45, 166 inc. 2°, 3° párrafo del CP.

Vox: Robo agravado. Arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada. Valoración de la prueba. Monto de la pena. Reconocimiento negativo del acusado. Acto jurisdiccional válido. Unidad de la prueba.

Summa:

El **TPC** condenó al nombrado a la pena de **cuatro años y seis meses de prisión** por considerarlo autor penalmente responsable del delito de robo agravado por su comisión con arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudo tenerse por acreditada (arts. 45, 166 inc. 2°, última parte del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1° y 2 CPP).

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1511, pronunciada por el TPC N° 1- 2° CJ.

Precedentes citados

- Baigorria Funes.
- L.S. 381-233, 382-107 y 388-219.

SCJM. Dres.: **Adaro.** Valerio. Palermo.

Fallo.

CUIJ: 13-05399245-9/1((028601-784609)) FC/ GIMENEZ CHANDIA PABLO JAVIER P/ ROBO AGRAVADO (784609) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105574098*

En Mendoza, a los veintitrés días del mes de octubre del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05399245-9/1 caratulada "F. c/ GIMÉNEZ CHANDÍA, PABLO JAVIER P/ ROBO AGRAVADO S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, Dr. MARIO D. ADARO, segundo Dr. JOSÉ V. VALERIO y tercero Dr. OMAR A. PALERMO.

La defensa de Pablo Javier Giménez Chandía formula recurso de casación contra la sentencia n° 1.511 pronunciada por el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Segunda Circunscripción Judicial, por cuanto condenó a su representado a la pena de cuatro años y seis meses de prisión por considerarlo autor penalmente responsable del delito de robo agravado por su comisión con arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudo tenerse por acreditada (arts. 45, 166 inc. 2°, última parte del CP) que e le atribuyó en esta causa n° P-784.609/19.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

La resolución impugnada tuvo por acreditado que «el día 25 de diciembre del año 2019 el señor Gabriel Alejandro Silva Martínez se encontraba prestando servicios en su lugar de trabajo, siendo este el local comercial Heladería Lomoro sito en Avenida Ingeniero Ballofet 1205 de la ciudad de San Rafael, y siendo aproximadamente las 15:00 horas ingresó en dicho local quien luego sería identificado como Pablo Javier Giménez Chandía, y una vez en el interior extrajo desde sus ropas un arma de fuego de tipo pistola de color gris, la cargó, la apuntó hacia el ciudadano Silva Martínez y -previo exigirle le entregara la recaudación del local comercial- se apoderó de la caja registradora de \$7.600 pesos en dinero efectivo» (v. registro audiovisual 28/07/20, min. 3:00 a 3:43).

Para arribar a esta conclusión, valoró principalmente las videgrabaciones de las cámaras de seguridad de la heladería, el testimonio de la víctima –Silva Martínez– y de los dos turistas que se encontraban en el lugar y presenciaron el hecho –Pablo Castro y Verónica Cangi–, así como el testimonio de Luciano José Bonino que presenció la huida del agresor.

También meritó el acta de procedimiento policial, el croquis ilustrativo del lugar, el informe del CEO sobre los desplazamientos policiales hacia el lugar del hecho, la declaración del policía José Ignacio Miani y el testimonio del Dr. Mariano Cuaranta.

2.- Recurso de casación

La impugnación planteada por la defensa se funda en los incisos 1 y 2 del art. 474 del CPP, por considerar que la decisión adolece tanto de vicios in iudicando como in procedendo.

El recurso plantea dos agravios: uno relativo a la valoración probatoria, y otro sobre la motivación del monto de pena impuesto.

En relación con lo primero, afirma que la decisión vulnera el debido proceso legal, en particular los principios de legalidad e inocencia y el derecho de defensa.

Discute que Giménez Chandía haya sido el autor del hecho, y afirma que se lo condenó a partir de una valoración arbitraria de la prueba. En este orden, explica que el acusado fue expuesto a un reconocimiento espontáneo durante el debate, y que la víctima –Gabriel Alejandro Silva Martínez– se contradijo pues inicialmente afirmó que le había visto la cara, los ojos y el rostro al atacante, pero luego de ver los videos dijo que no lo podría reconocer sin casco ni lentes.

Por otra parte, los testigos Pablo Castro y Verónica Cangi que estuvieron presentes en el lugar del hecho, dijeron que el acusado no era la persona que asaltó el lugar porque el ladrón era más robusto, alto y de tez más oscura. Señala que ambos testigos, turistas que no pueden temer al declarar, fueron categóricos respecto de que Giménez Chandía no era el agresor.

También Luciano José Bonino desvinculó al acusado del hecho. Respecto de los secuestros, afirma que no tienen nada que ver con el hecho: se buscaban cascos blancos, una moto negra y zapatillas negras, y a Giménez Chandía le secuestraron cascos blancos, pero una moto gris con azul y zapatillas naranjas. Incluso la jueza a quo llamó la atención del fiscal por eso.

Sobre la declaración del Dr. Mario Cuaranta, profesional del Cuerpo Médico Forense, quien explicó que Giménez Chandía no presentaba una lesión sino un raspón con curación en 24 hs., señala la defensa que el médico revisó a aquél el 29 de diciembre, por lo que era probable que el acusado no tuviera el raspón el 25 de diciembre cuando ocurrió el hecho.

Refiere que el nombre de Giménez Chandía aparece en la investigación a razón de un llamado anónimo que lo acusa. El personal policial comparó las imágenes de video de las cámaras de seguridad del local comercial asaltado con las del prontuario del acusado, y elaboró un informe según el cual «la punta de la nariz coincide con la del acusado».

Luego descargaron fotos de Facebook donde Giménez Chandía tendría una remera blanca igual a la usada en el hecho por el agresor, sin considerar la fecha de la fotografía. La defensa afirma que ese informe es inválido y no logra superar las declaraciones de los testigos del hecho. Explica que Giménez Chandía es una persona humilde, que se viste con ropa común –no exclusiva ni única– y que una remera blanca ajustada es algo común en el vestuario de un hombre de esa edad y contextura física.

Agrega que las facciones surgen de los ojos y cejas de una persona, pero no desde el principio de la nariz, y que los videos aportados por la Fiscalía son de otros robos similares, sin que en ninguno se haya acusado a Giménez Chandía.

Cuestiona que la jueza le haya dado más valor a la declaración de un inspector de policía –Miani– que a los testigos presenciales sobre la base de que éstos declaraban de manera virtual, a pesar de que la imagen que se transmitía era sumamente nítida.

En segundo lugar, la defensa cuestiona la motivación del monto de pena, que considera arbitraria. Afirma que la escala penal aplicable en abstracto tiene tres años de prisión como mínimo y diez como máximo, que la Fiscalía solicitó la pena de cinco años y seis meses de prisión, y que no se ha explicado por qué en el caso se impuso la pena de cuatro años y seis meses de prisión.

3.- Dictamen del Procurador General subrogante

A fs. 98/100 el representante del Ministerio Público Fiscal contesta la vista que del recurso de casación planteado por la defensa se le confirió. Considera que la impugnación procede formalmente, aunque no sustancialmente.

Sostiene que la sentencia se encuentra adecuadamente fundada y que el tribunal a quo analizó acabadamente y en conjunto los indicios y la prueba producidos en el debate, con enumeración y detalle. En este orden, destaca que se tuvo en cuenta que el acusado ingresó con casco, anteojos negros y un arma de fuego, y que la víctima pudo reconocerlo en base a su contextura física y su voz. Además, la víctima mencionó una herida en la pierna del agresor, lo que fue corroborado por el médico forense que mencionó una lesión redondeada en el mismo lugar que la víctima.

Por otra parte, la jueza asignó valor neutro a la declaración de los otros dos testigos de modo acertado, pues la referencia que éstos hicieron al color de la piel puede verse modificada por la imagen, más allá de su nitidez. En cuanto al informe realizado por personal de Delitos Tecnológicos de la Policía, refiere que la jueza destacó su valor probatorio por cuanto la parte que dejó ver el acusado al momento del hecho coincidía con el cotejo que se realizó de una fotografía de análisis criminal de 2012.

A ello se sumó la descripción de una prenda de vestir que llevaba el encartado el día del hecho, que coincidía con una remera que éste mostraba en fotos de Facebook.

Señala que la valoración completa de la prueba, incluyendo la declaración del acusado – quien pretendió desligarse del hecho afirmando que se encontraba en Valle Grande con su familia, lo que se desmintió mediante la posición de antena del celular de su pareja– es acertada y completa.

Concluye que los agravios del recurrente reflejan una mera discrepancia y que la sentencia cuestionada no contiene vicios de motivación atribuidos.

A su vez, y en cuanto a la crítica sobre el monto de pena impuesto, expresa que la defensa no logra impugnar una pena que aparece proporcionada y fundada, producto de una correcta aplicación de las reglas del Código Penal.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Puesto a resolver la impugnación en tratamiento adelantado que, según las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso no debe ser acogido. Los agravios expresados por el recurrente pueden ser sintetizados para su tratamiento del modo que sigue. En relación con la valoración probatoria realizada por el tribunal de la instancia anterior, la defensa afirma que:

- i) no fue valorado correctamente el **reconocimiento negativo del acusado** en el debate por parte de la víctima y los testigos que se encontraban en la heladería;
- ii) se secuestraron elementos que no tenían relación con el hecho;
- iii) se valoró erróneamente la herida que presentaba el acusado en su pierna;
- iv) el informe policial que vincula al acusado a partir de los rasgos de su nariz es inválido y fue erróneamente valorado;
- v) la remera blanca que vincula al acusado con el hecho es una prenda común y sin características particulares;
- vi) se aportaron videos de otros robos que no tenían que ver con el suceso ahora investigado; y,
- vii) erróneamente se asignó mayor valor a la declaración del inspector Miani que a la de los testigos.

En cuanto al monto de pena impuesto, la defensa considera que el mismo es arbitrario e infundado.

Ahora bien, tal como se adelantó, la fundamentación de la decisión por parte de la jueza a quo permite descartar el valor impugnativo de las críticas planteadas puesto que, contrariamente a lo sostenido por la defensa, la sentencia ha tomado en consideración cada uno de esos argumentos y ha motivado correctamente su resolución.

Así, no se advierte la existencia de los vicios endilgados, que lucen como una reiteración de los alegatos vertidos en el debate sin dar cuenta de las razones que motivan la condena.

En efecto, de la compulsión de las constancias audiovisuales de la audiencia en la cual la jueza a quo pronunció oralmente los fundamentos de la sentencia impugnada, surge que la materialidad de los hechos –es decir, su existencia como evento histórico– fue tenida por acreditada a partir de las imágenes en video de las cámaras de seguridad de la heladería, la declaración de la víctima y de los dos testigos que se encontraban en el lugar; así como del testimonio de Bonino respecto de la huida.

La acreditación del suceso también fue corroborada por la a quo a partir del acta del procedimiento policial realizada, del croquis ilustrativo del lugar, el informe del CEO que da cuenta de los desplazamientos policiales al sitio y de que la defensa no cuestionó la materialidad del hecho (v. registros audiovisuales 28/07/2020, min. 5:40 a 7:30).

Respecto a la controvertida autoría del hecho, la jueza a quo coincidió con la versión sostenida por la acusación –que señala a Giménez Chandía como el autor– por considerar que los indicios aportados, valorados globalmente, permitían tenerlo por autor material del suceso más allá de toda duda razonable. En este orden, sostuvo que la víctima Martínez Silva, al inicio de su declaración parecía muy convencida de que el autor había sido el acusado, pero que después, con sinceridad, dijo que no tenía idea de si era él. De ello derivó que su relato era sincero y creíble.

Pero rescató dos indicios de su declaración: por un lado, que la contextura física del agresor coincide con la del acusado, y por otro, que dijo haberlo escuchado y la voz del acusado también coincidía con la del agresor (v. registros audiovisuales 28/07/2020, min. 7:41 a 10:46).

A los dichos de los testigos Cangí y Castro sobre que el imputado tenía una tez más clara que la del autor, les asignó valor neutro. Ello, puesto que declararon virtualmente y se expidieron en relación con la imagen transmitida virtualmente, que puede tener diferencias en el color con la realidad.

También consideró que el hecho había ocurrido en verano, por lo que el acusado podría haber tenido otro color de piel producto del calor. En base a ello, las declaraciones no podían tener valor de descargo (v. min. 10:50 a 12:40).

Lo dicho hasta aquí permite descartar el agravio vinculado a la falta de valoración o mérito erróneo del reconocimiento negativo del acusado en el debate por parte de la víctima y los testigos que se encontraban en la heladería.

A las conclusiones del inspector de policía José Ignacio Miani –oficial de Delitos Tecnológicos– la jueza a quo les asignó valor cargoso, puesto que afirmó que cotejó la parte del rostro que se ve con las fotografías de Análisis Criminal.

Señaló que a pesar de que las imágenes son del año 2012, Giménez Chandía no ha cambiado más que su corte de pelo y que particularmente la nariz del acusado se puede identificar a pesar del casco y los lentes que usó al momento del hecho.

También señaló que la remera que Giménez Chandía usó el día del hecho era la misma que la que mostraba en su perfil de Facebook en una foto con su pareja, que si bien era una remera blanca, era muy entallada, adherida al cuerpo, y permitía ver la contextura física del acusado, significativamente similar a la descrita por Silva Martínez.

Descartó el argumento del defensor sobre que no era una remera exclusiva y podía haber otras similares, por considerar que sin perjuicio de su razonabilidad no desechaba el indicio, que se agregaba a otros que permitían identificar al acusado, en particular por cuanto permitía corroborar la contextura física y partes del rostro del agresor con la del acusado.

También evaluó el método empleado por Miani, que meritó como lógico y razonable (v. min. 12:45 a 16:12). Este tramo de la fundamentación de la sentencia permite, a mi juicio, descartar la crítica según la cual el informe policial que vincula al acusado a partir de los rasgos de su nariz es inválido y fue erróneamente valorado, así como las alegaciones relativas a la remera blanca que el acusado exhibía en sus fotos en redes sociales y al peso que se le asignó a la declaración del inspector policial Miani frente a la de los testigos.

El cuadro indiciario se completó, a juicio de la a quo, con el testimonio del Dr. Mariano Cuaranta del Cuerpo Médico Forense. La jueza explicó que la víctima dijo que cuando estaba en el piso, boca abajo en la posición en que el autor la obligó a adoptar amenazándolo con un arma, pudo ver que el sujeto tenía una lesión en el gemelo izquierdo.

El 30 de diciembre de 2019 el médico examinó a Giménez Chandía por su detención a raíz de otra causa, e informó «excoriación en pierna derecha y en cara posterior de pierna izquierda».

Explicó que una excoriación es una raspadura y estimó el tiempo de curación en 72 hs.

Ese tiempo de curación permite desvirtuar la explicación que dio el acusado –que la excoriación se produjo en el momento de su detención– y las explicaciones del médico durante el debate, junto a los demás elementos de prueba obrantes en la causa, llevaron a la jueza a concluir que la lesión en cuestión era la misma que vio la víctima. La falta de documentación de la lesión –afirmó la jueza– resultaba razonable, puesto que no tenía relevancia en la causa en la que se realizó el examen.

Resaltó que las características y ubicación de la lesión descrita por la víctima y por el forense eran coincidentes (v. min. 16:18 a 18:46).

Tal fundamentación, a mi criterio, permite desarticular la crítica defensiva según la cual el raspón que presentaba el acusado fue causado con posterioridad al hecho, y no antes de que éste ocurriese. Por otra parte, la jueza confrontó el cuadro indiciario señalado con la versión que aportó el acusado al prestar declaración.

Giménez Chandía dijo que el día del hecho estuvo con su pareja en el Valle Grande, lo que podía haber ocurrido después del hecho, pero que aún así sonaba inverosímil porque el acusado se contradecía con detalles sustanciales de su versión como dónde había dormido, qué había tomado, si habían llevado bebidas o las habían comprado.

En definitiva, sostuvo la jueza, esas circunstancias hacían dudar de su sinceridad. A ello agregó que en otros pasajes de su declaración se advertían mentiras fácilmente comprobables, como no saber por qué había sido condenado en una causa donde estaba acusado por un hecho de violencia de género –a pesar de que la causa había concluido a través de un juicio abreviado, lo que requiere de su confesión–.

Además, expresó la a quo que el acusado mostró reticencia a la hora de aportar elementos probatorios que dieran fe de su versión, como negarse a dar el número de teléfono que usaba, o el de su pareja, o haber dicho que se había encontrado con personas conocidas sin identificarlas.

A esto se agregó que los informes relevados para evacuar citas colocaron el teléfono de su pareja en la ciudad de San Rafael –lejos del Valle Grande–, y que los informes de los demás teléfonos no aportaban conclusiones con valor de descargo (v. min. 19:05 a 23:00).

En base a tales consideraciones, tuvo por acreditado más allá de toda duda razonable que Pablo Javier Giménez Chandía había sido el autor del hecho. Por último, respecto de los cuestionamientos asociados al secuestro de cascos que no tenían vínculo con el hecho y al aporte por parte de la Fiscalía de otros robos similares impertinentes, no advierto que la jueza a quo haya tenido en cuenta estas pruebas en su mérito probatorio.

De manera tal que no se advierte de qué manera la valoración puede haberse visto afectada de modo perjudicial para el imputado a partir de estos extremos. La motivación de la sentencia es, en definitiva, suficiente a los fines de su mantenimiento como acto jurisdiccional válido.

Ello, a tenor de la jurisprudencia de este Cuerpo en el sentido que los posibles defectos de la resolución, para conllevar la extrema solución de su nulidad, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (L.S.186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros), lo que en autos no ocurre.

Así, la a quo derivó la conclusión condenatoria de las pruebas rendidas, que evaluó de conformidad con las reglas de la sana crítica racional y el principio de unidad de la prueba, que impone su consideración conjunta.

Esta Sala ha sostenido que «[e]s igualmente improcedente, la crítica relativa a que el a quo se funda en indicios y no en pruebas directas, desde que el principio de la unidad de la prueba íntimamente relacionado con el sistema de la sana crítica racional contenido en el art. 206 CPP.-, impone como regla la consideración de la prueba en su conjunto, pues muchas veces la certeza se obtiene de probanzas, que individualmente estudiadas pueden aparecer como débiles o imprecisas, pero complementadas y unidas entre sí, llevan al ánimo del juzgador la convicción acerca de la existencia de los hechos denunciados» (conf. «Baigorria Funes», L.S. 381-233, 382-107 y 388-219, entre otros).

En cuanto a la determinación del monto de pena aplicable, debe señalarse que la jueza tomó como base y límite de la pena la culpabilidad por el hecho cometido.

Así, consideró que la escala penal tenía un mínimo de tres años y un máximo de diez de prisión, así como el pedido fiscal de penal de cinco años y seis meses de prisión.

A partir de ello, sostuvo que la pena que aparecía ajustada a la culpabilidad y proporcionalidad era de cuatro años y seis meses de prisión: superior al mínimo pero menor a la solicitada por la acusación y, a la vez, notablemente alejada del máximo.

Explicó que ello resultaba de meritar la edad del acusado –que si bien es una persona joven, también es adulto y le es exigible prudencia–, la actitud violenta desplegada al cometer el hecho –obligar a la víctima a arrojar al piso–, la ejecución de éste en un lugar público –con posibilidad de producir graves consecuencias dañosas–, la calidad de los motivos que lo impulsaron a delinquir –el beneficio económico de escaso valor, a pesar de tener trabajo en una panadería y recibir ayuda social estatal– y su nivel de autodeterminación (v. min. 26:46 a 30:39).

Considero que el agravio de la defensa en el plano de la determinación de la pena debe ser descartado por encontrarse la misma debidamente fundamentada tanto en sus aspectos objetivos como subjetivos, sin que las críticas abstractas planteadas por la defensa permitan advertir la presencia de vicios de motivación.

En conclusión, el recurso no constituye una crítica razonada de la sentencia, sino una discrepancia con el criterio con el que fueron ponderadas las probanzas, desde que se limita a brindar una interpretación distinta de las mismas y a cuestionar la determinación de la pena impuesta sin fundamento objetivo ni legal.

Por lo tanto, y opinión concordante del señor Procurador General, corresponde confirmar la sentencia cuestionada, por no adolecer de los vicios endilgados ni de arbitrariedad alguna. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio y Dr. Palermo. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los Dres. JOSÉ V. VALERIO y OMAR A. PALERMO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los Dres. JOSÉ V. VALERIO y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los Dres. JOSÉ V. VALERIO y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia

RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto en autos por la defensa de Pablo Javier Giménez Chandía.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

30- VILLEGAS LOPEZ. 29-10-20

| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
|----|----|----|------|--------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|-------------|---|-----|
| - | - | - | - | PCE | - | EGT | A | R | - | UP | - | - | - | 474 |
| | | | | | | | | | | | | | | 359 |

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=424>

Lex: Art. 167 inc. 4 en función del art. 163 inc. 6, 42, 15, 58, 50 del CP. Art. 359, 418 del CPP

Vox: Robo agravado. Vehículo dejado en la vía pública. Tentativa. Revocación de libertad condicional. Unificación de pena. Reincidencia. Calificación legal. JAI cuestionado.

Summa:

El TPC condenó al nombrado a la pena unificada **de cuatro años y ocho meses** de prisión en efectivo y pago de costas como autor penalmente responsable del delito de robo agravado de vehículo dejado en la vía pública en grado de tentativa (art. 167 inc. 4 en función del art. 163 inc. 6 y 42 del CP). A la vez **revocó la libertad condicional** de acusado y declaró su **reincidencia**.

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1° y 2 CPP).

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 966, pronunciada por el TPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes relacionados

a-SCJM

JAI cuestionados. Art. 26 inc. 4, 359, 418 y siguientes del CPP

- Olguín Herrera. 25-03-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=767>
- Montero Arancibia. 27-07-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=874>
- Giovarrusci Bonacorci. 12-08-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=887>
- Lobato Barroso y ot.. 19-08-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=869>
- Maldonado. 19-08-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=885>
- Parraguez. 29-11-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=969>
- Chiaffitelli López. 21-12-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/221221_FcCLJ.pdf
- Morón Escudero. 13-08-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=398>
- Villegas López. 29-10-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=424>

SCJM. Dres.: **Adaro.** Palermo. Valerio.

Fallo.

CUIJ: 13-05116806-7/1((018602-724961)) FC/ VILLEGAS LOPEZ ENZO NICOLAS P/ ROBO AGRAVADO DE VEHICULO DEJADO EN LA VIA PUBLICA EN GRADO DE TENTATIVA (724961) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105284500*

En Mendoza, a los veintinueve días del mes de octubre del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05116806-7/1 caratulada "FC / VILLEGAS LÓPEZ, ENZO NICOLÁS P/ ROBO AGRAVADO VEHÍCULO DEJADO EN LA VÍA PÚBLICA EN GRADO DE TENTATIVA S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. OMAR A. PALERMO, y tercero DR. JOSÉ V. VALERIO.

La defensa particular de Enzo Nicolás Villegas López interpone recurso de casación contra la sentencia N° 966 del Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial que condenó al nombrado a la pena unificada de cuatro años y ocho meses de prisión en efectivo y pago de costas como autor penalmente responsable del delito de robo agravado de vehículo dejado en la vía pública en grado de tentativa (art. 167 inc. 4 en función del art. 163 inc. 6 y 42 del CP). A la vez **revocó la libertad condicional de acusado y declaró su reincidencia.**

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

Según requerimiento fiscal de citación a juicio se tuvo acreditado que «el 25 de junio de 2019, aproximadamente a las 19:30 horas en calle Perito Moreno n° 1667 de Godoy Cruz, Enzo Nicolás Villegas López, se introdujo en la camioneta marca Toyota "Hilux" dominio HZY-971, propiedad de César Augusto Ortega Moyano, quién la había dejado estacionada en la vía pública, andando, con las llaves puestas y la puerta cerrada. Una vez en el interior trató de sustraer el rodado, pero al hacer marcha atrás con el vehículo, la situación fue observada por César Augusto Ortega Moyano y Manuel Hernán Ortega Moyano, quiénes se encontraban dentro del negocio, logrando entre ambos reducir y bajar al imputado de la camioneta, previo forcejear con el mismo e impidiendo de esa manera que el sujeto concretara su cometido».

Para así decidir el tribunal tuvo en cuenta entre otros elementos el acta de denuncia de fs. 2/3; el acta de secuestro de fs. 6; el acta de inspección ocular y croquis de fs. 13.

Corresponde destacar que el acusado se acogió a la modalidad de juicio abreviado, reconoció la existencia del hecho y admitió su responsabilidad como autor del mismo.

2.- Recurso de casación

El recurso de casación se articula en función del art. 474, incs. 1 y 2 del CPP, y entiende que la sentencia puesta en crisis, adolece de vicios formales y sustantivos que la invalidan como tal.

En este sentido, expresa que el fallo resulta arbitrario, desprovisto de fundamentos legales y que, a la vez, marginó prueba legítimamente incorporada, de lo que deduce que el juzgador se apoya en su sola voluntad para el dictado de la sentencia atacada por vía del recurso de casación articulado.

Explica que su asistido prestó oportunamente consentimiento para la realización de un juicio abreviado, en el que se llega a un acuerdo respecto de la autoría y la pena a imponer.

Sin embargo, la defensa particular Villegas López discrepa de respecto de la calificación legal de los hechos, toda vez que entiende que debió subsumirse la conducta del acusado en la figura del hurto agravado de vehículo dejado en la vía pública en grado de tentativa, y no la robo agravado de vehículo automotor dejado en la vía pública en grado de tentativa.

Ello, toda vez que, a su criterio, no existió fuerza en las cosas ni violencia en las personas.

En razón de lo expuesto expresa que debe subsanarse lo relativo a la calificación legal y recomponerse la pena impuesta.

Formula reserva de caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

A fs. 168/169, luce agregado el dictamen del Procurador quién se expide por el rechazo sustancial del recurso de casación articulado.

En este sentido considera que se encuentran cumplidas las reglas relativas al juicio abreviado que garantizan el amplio conocimiento y libre voluntad del enjuiciado, quién se encontraba asistido por un defensor técnico de confianza, procedimiento que fue acordado conjuntamente con el Ministerio Público Fiscal y ratificado en forma personal ante el tribunal de sentencia.

Por otro lado, estima que si la defensa consideraba que los hechos endilgados no se encontraban debidamente calificados, debió haber optado en su oportunidad por lograr un acuerdo con la parte acusadora con una reformulación del encuadre jurídico de la conducta, o por la realización de un juicio oral en el que se pudiera discutir la cuestión.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Por diversos motivos considero que el recurso de casación formulado por la defensa del acusado no puede prosperar. Paso a explicarlo.

De las constancias del legajo relevadas surge que en la audiencia celebrada el día 6 de diciembre de 2019, el imputado Villegas López, su defensor técnico y el Fiscal acordaron la aplicación del procedimiento abreviado final, acordando la pena de un año y seis meses de prisión en efectivo, con más la declaración de reincidencia.

Asimismo convinieron la unificación de aquella pena con la impuesta el 31/08/2017, mediante sentencia N° 7.070 de la Tercera Cámara del Crimen en autos P123.388/ 14 y acumulados N° P-45.671/16, N° P-138.566/15, N° P-119.086/12, N° P-48.051/15 y N° 67.946/16, en cuatro años y ocho meses de prisión. El imputado reconoció los hechos y admitió su participación, por lo que el tribunal resolvió homologar el citado acuerdo y, dictó sentencia que luce agregada a fs. 137.

La defensa cuestiona la calificación legal, toda vez que a su entender, Villegas López debió ser condenado por el delito de hurto agravado de vehículo automotor en grado de tentativa.

Esto, toda vez que entiende que el acusado no ejerció violencia física en las personas, no hubo despliegue de energía para vencer la resistencia del sujeto pasivo, sino que, por el contrario, argumenta que fue la víctima quién ejerció fuerza sobre Villegas López, y luego de ello, el acusado logró huir.

No concuerdo con la apreciación del defensor pues, contrariamente, del acto sentencial se desprende que el juzgador expuso adecuadamente los motivos por los cuales consideró acreditado el hecho y la autoría por parte de Villegas López.

Al hacerlo el sentenciante señaló que no existían motivos para apartarse de la admisión del hecho por parte del acusado, en razón de que tal versión se encontraba apoyada en las pruebas que se colectaron en la etapa de investigación penal preparatoria y que luego fueron incorporadas en la audiencia celebrada el día 5 de noviembre de 2019 (fs. 124 y vta.).

En efecto, la denuncia formulada por César Augusto Ortega Moyano, da cuenta que el 25 de junio de 2019, aproximadamente a las 19:30hs. dejó la camioneta Toyota Hilux, en marcha y con la puerta cerrada, estacionada en el puente del negocio de su hermano Manuel Hernán Ortega Moyano, ubicado en calle Perito Moreno N° 1667 de Godoy Cruz. Mientras hablaba con su hermano vio a un sujeto que pasó por delante de la camioneta, se dirigió hacia la puerta del lado de conductor y se subió al rodado.

En esas circunstancias aquel sujeto alcanzó a hacer marcha atrás, pero la víctima -con la ayuda de su hermano- abrió la puerta del conductor y lo bajaron de la camioneta.

El acusado logró escapar. Por su parte, Manuel Ortega Moyano confirmó con su declaración testimonial de fs. 8/9, los dichos del denunciante. En lo que resulta relevante dijo que al ver que el acusado abrió la puerta de la camioneta lo sacó a los «tirones» y que el acusado logró zafarse dándose a la fuga.

De igual manera, Santiago Manuel Ortega Molina, padre del denunciante, confirmó a fs. 10 y vta., la dinámica de lo sucedido y, en lo pertinente, sostuvo que su hijo corrió hacia el rodado y sacó a Villegas López de la camioneta.

Agregó que comenzaron a pelear y que el acusado se desprendió la campera que llevaba colocada y de ese modo escapó hacia el este (fs. 10). Según el requerimiento de citación a juicio, el hecho fue calificado como robo agravado de vehículo dejado en la vía pública en grado de tentativa (art. 167 inc. 4, en función del art. 163 inc. 6 y 42 del CP) (fs. 72/75).

A ello debe agregarse que Enzo Nicolás Villegas López, debidamente asistido por su defensor técnico, aceptó la plataforma fáctica tal como la describió el representante del Ministerio Público Fiscal en la audiencia de debate.

En la hipótesis acusatoria particularmente se señala que el imputado ejerció fuerza sobre la persona de César Augusto Ortega, encontrándose acreditadas las lesiones padecidas. De esta manera, y según surge del informe de Necropsias y Lesiones, Cesar Augusto Ortega Moyano presentó una equimosis rojiza de 0,8 cm de diámetro, excoriación con costra hemática de 0,5 cm en articulación inter falángica del 4° dedo de mano derecha (fs. 53 y vta.).

Conforme lo expuesto, considero que la hipótesis alternativa de los hechos sugerida por la defensa en su escrito recursivo no encuentra sustento probatorio en las constancias de la causa e, incluso, por el propio acusado que reconoció el hecho y su intervención en el mismo, según surge de la audiencia celebrada el día 6 de diciembre de 2019 (fs. 136 y vta.).

Estas circunstancias me permiten compartir el criterio expuesto por el señor Procurador General en el sentido de que a la condena ahora impugnada se llegó a través de la aplicación del instituto normado por los arts. 418 y ss. del CPP.

Por su parte, no se desprende de las constancias de la audiencia celebrada el día 6 de diciembre de 2019 (fs. 136 y vta.) que haya sido acordada la aplicación del procedimiento abreviado sin el debido conocimiento y libre voluntad por parte de Villegas López, ni tampoco así lo refiere el defensor técnico, circunstancia ésta que, sin más, implica el rechazo del recurso.

De tal manera, si la defensa consideraba que los hechos endilgados no se encontraban debidamente calificados, debió haber optado, en su oportunidad, por lograr un acuerdo con la parte acusadora con una

reformulación del encuadre jurídico de la conducta, o por el contrario, por la realización de un juicio oral en el que pudiera ventilarse y discutirse la cuestión.

En conclusión, encuentro que la sentencia cuestionada por la defensa, y su fundamentación, surge debidamente motivada de acuerdo a las evidencias obrantes de la causa.

Por tales razones, y opinión concordante del señor Procurador General, doy respuesta negativa a la primera cuestión propuesta en el acuerdo que lidero. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo y Dr. Valerio. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y JOSÉ J. VALERIO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR MARIO D. ADARO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y JOSÉ J. VALERIO, adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y JOSÉ J. VALERIO, adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 142/152, por la defensa de Enzo Nicolás Villegas Lopez.
- 2.- Tener presente la reserva de caso federal formulada.
- 3.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

31- QUINTERO CASTRO. 04-11-20

| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
|----|----|----|------|--------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|-------------|---|------------|
| - | - | - | - | PCE | - | EGT | A | R | - | UP | - | - | - | 474 295 |

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=470>

Lex: Art. 164, 42, 17, 58, 50 del CP. Art. 295 inc. 2° y 3° del CPP.

Vox: Robo simple. Tentativa. Cese de prisión preventiva. Cumplió la pena no unificada. Revocación de libertad condicional. Unificación de pena. Reincidencia.

Summa:

El **TPC** condenó al nombrado a la pena de **tres meses de prisión** por considerarlo autor penalmente responsable del delito de robo simple en grado de tentativa (arts. 164, 42 y 45 del CP). Tal sentencia revocó la libertad condicional concedida al nombrado, unificó la pena impuesta con la ordenada mediante las sentencias n° 4086 y 2781 por la entonces Séptima Cámara del Crimen estableciendo la pena única de **trece años y tres meses de prisión** (art. 58 del CP); y declaró reincidente al acusado. La defensa asimismo impugna la resolución pronunciada en fecha 13/07/20 por medio de la cual el mencionado Tribunal rechazó el cese de prisión preventiva planteado.

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 del CPP).

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1166, pronunciada por el TPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes citados

a-CSJN

- Casal. 20-09-05:

<http://www.saij.gov.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-casal-matias-eugenio-otro-robo-simple-grado-tentativa-causa-1681-fa05000322-2005-09-20/123456789-223-0005-0ots-eupmocsollaf>

SCJM. Dres.: **Palermo.** Adaro. Valerio.

Fallo:

CUIJ: 13-05387317-5/1((018602-6477)) FC/ QUINTERO CASTRO ALEJANDRO RAUL, QUINTERO CASTRO HECTOR JAVIER P/ ROBO SIMPLE EN GRADO DE TENTATIVA (6477) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105561291*

En Mendoza, a los cuatro días del mes de noviembre del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05387317-5/1 caratulada "F. c/ QUINTERO CASTRO, ALEJANDRO RAÚL Y QUINTERO CASTRO, HÉCTOR JAVIER P/ ROBO SIMPLE EN GRADO TENTATIVA S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, Dr. OMAR A. PALERMO, segundo Dr. MARIO D. ADARO y tercero Dr. JOSÉ V. VALERIO.

La defensa particular de Alejandro Raúl Quintero Castro formula recurso de casación contra la sentencia n° 1.166 pronunciada por el Segundo Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial, por cuanto condenó al nombrado a la pena de tres meses de prisión por considerarlo autor penalmente responsable del delito de robo simple en grado de tentativa (arts. 164, 42 y 45 del CP) que se le atribuía en estos autos n° P-6.477/20. Tal sentencia revocó la libertad condicional concedida al nombrado, unificó la pena impuesta con la ordenada mediante las sentencias n° 4086 y 2781 por la entonces Séptima Cámara del Crimen estableciendo la pena única de trece años y tres meses de prisión (art. 58 del CP); y declaró reincidente al acusado. La defensa asimismo impugna la resolución pronunciada en fecha 13/07/20 por medio de la cual el mencionado Tribunal rechazó el cese de prisión preventiva planteado.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

La decisión impugnada tuvo por acreditado que «para fecha 21 de enero de 2020, siendo aproximadamente las 16:10 horas, Héctor Javier Quintero Castro y Alejandro Raúl Quintero Castro se hicieron presentes en el domicilio sito en calle Ulises Fourcade n° 3438 de Guaymallén y, con una pinza tipo tijera, comenzaron a cortar la tela tipo malla cuadrículada de 6 milímetros por 15 cm. de hierro que se encontraba en el lugar como cierre perimetral de la propiedad. Al ser sorprendidos por el propietario, intentaron darse a la fuga a bordo de una motocicleta, siendo aprehendidos sin lograr su cometido, a los cinco minutos y a 250 metros del lugar de los hechos por personal policial convocado al lugar» (fundamentos, fs. 227 vta.).

Para arribar a tal conclusión, el Tribunal valoró principalmente los testimonios de Pedro Darío Marcos García Castillo, Analía Irene Heredia Díaz, Mario Alejandro Gallardo Valdivia y Jesús Darío Franco Retamales Gómez, así como el acta de aprehensión de fs. 13/14, el acta de secuestro de fs. 08, el croquis ilustrativo de fs. 15 y el acta de procedimiento de fs. 10/12.

2.- Recurso de casación

Corresponde señalar que la carátula del recurso presentada de conformidad a los requerimientos de la Acordada N° 29.051 (fs. 238/240) refiere que el recurso de casación planteado se formula contra la sentencia N° 1.166 pronunciada por el Segundo Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción

Judicial. Allí se consigna que el recurso se funda en los arts. 474 inc. 2° y 155 del CPP; arts. 14 primer párrafo y 5 del PIDCP; art. 8.2.h de la CADH y arts. 75 inc. 2° y 28 de la CN. Invoca como motivos de agravio i) que la sentencia no cumple la logicidad necesaria para sustentar la condena, por lo que resulta arbitraria y perjudicial por cuanto no ha valorado correctamente las circunstancias de hecho y derecho conforme a la prueba colectada; ii) que la prueba fue valorada en función de la íntima convicción, sin debida justificación y razonamiento; y iii) que no se valoró correctamente la defensa material del acusado. En función de ello, solicita que se admita el recurso y se absuelva al acusado por el beneficio de la duda. Sin embargo, en la fundamentación incorporada luego de la carátula mencionada (v. fs. 242/244) la defensa cuestiona la resolución dictada por el tribunal de la instancia que rechazó el cese de prisión preventiva solicitado. Funda su impugnación en los arts. 474 inc. 2°, 175 y 475 del CPP.

En esta presentación la defensa afirma que tal resolución es definitiva en función de la pena impuesta y su afectación a la libertad del acusado, y sostiene que no se ha valorado correctamente el art. 295 del CPP. En este sentido, señala que Alejandro Raúl Quintero Castro fue condenado a tres meses de prisión, y que a la fecha de la sentencia –esto es, el 01/07/20– ya había cumplido el tiempo de pena impuesta en prisión preventiva, puesto que fue detenido en enero del corriente. Explica que solicitó el cese de prisión preventiva por tratarse de una pena cumplida sin sentencia firme y, aunque no se encuentre el acusado en posición de obtener la libertad condicional, ya cumplió la pena impuesta. Sostiene que el tribunal rechazó la posibilidad sobre la base de que la sentencia pronunciada revocó la libertad condicional que gozaba Quintero Castro. Ahora, cuestiona ello por considerar que tal revocación sólo es operativa en caso de que la sentencia quede firme. De lo contrario, señala, la norma del art. 295 del CPP no tendría aplicación alguna. Por tales razones, solicita se disponga el cese de prisión preventiva de Alejandro Raúl Quintero Castro.

3.- Dictamen del Procurador General subrogante

El representante del Ministerio Público Fiscal contesta la vista que del recurso se le confiriera a fs. 252/253 vta. Considera que el recurso procede formalmente, aunque debe ser rechazado en el fondo. Explica que el andamiaje defensivo es parcial y se refiere a la pena de tres meses de prisión impuesta, pero no guarda relación con la realidad de la sentencia que condena al imputado a la pena única de trece años y tres meses de prisión y revoca la libertad condicional, además de declarar la reincidencia.

Se expide únicamente en punto a la impugnación del rechazo del cese de prisión preventiva. Aclara que **«todo el dispositivo de la sentencia se encuentra desvinculado del agravio defensivo**, toda vez que el recurso de casación no ataca la sentencia condenatoria sino sólo la resolución del control jurisdiccional referida a un cese de prisión preventiva, y que para obtener la posibilidad de conmovier lo resuelto respecto de la pena o la revocación de la condicionalidad, la defensa debió recurrir en casación la sentencia condenatoria, no el auto de control jurisdiccional de rechazo del cese de la prisión preventiva» (fs. 253 vta.). Por tales motivos, considera que debe rechazarse en esta instancia el recurso planteado por la defensa de Alejandro Raúl Quintero Castro.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso de casación planteado por la defensa de Alejandro Raúl Quintero Castro, adelanto que corresponde su rechazo por los motivos que expondré a continuación.

De modo preliminar debo señalar que dada la discrepancia entre el contenido del recurso formulado a fs. 242/244 con su carátula obrante a fs. 238/240, considero correspondiente –de conformidad con los

criterios establecidos por la Corte Federal in **re «Casal»**– revisar en esta instancia todos los puntos cuestionados por la defensa.

Por esa razón, me avocaré en primer lugar al control de la sentencia condenatoria n° 1.166 pronunciada por el Segundo Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial (a), y en segundo orden al auto que rechazó el cese de prisión preventiva solicitado (b).

a.- Sobre el cuestionamiento de la sentencia condenatoria impuesta

En punto a la sentencia condenatoria pronunciada en autos, la defensa formula de manera sucinta tres agravios:

- i) que la fundamentación **es ilógica** y, por tanto, arbitraria y perjudicial para el acusado;
- ii) que valoró erróneamente la prueba, en función de la íntima convicción y no de la sana crítica racional;
- y iii) que se consideró erróneamente la defensa material del acusado.

Ahora bien, compulsados los fundamentos de la decisión –obrantes a fs. 227/233 vta. de autos– advierto que los vicios enunciados no se verifican en autos, y que la decisión del a quo responde a una correcta valoración probatoria, realizada según las reglas de la sana crítica racional y que tomó en consideración la defensa material de Quintero Castro.

En este orden, el juez de la instancia anterior comenzó su labor valorativa de la prueba producida en el debate con una aclaración metodológica respecto del método que emplearía, esto es, sobre cómo se materializa la sana crítica racional (fundamentos, fs. 229).

Luego tuvo por acreditada la existencia material del hecho a partir de las declaraciones de las víctimas Pedro Daniel García y Analía Irene Herrera Díaz, corroborado por el auxiliar policial Mario Gallardo Valdivia y el oficial Jesús Darío Retamales Gómez.

En este orden, destacó que García relató estar en su domicilio cuando, en un momento, su esposa le dijo que dos personas estaban cortando la tela metálica del predio que rodea su domicilio. Ante ello, salió y verificó que ello estaba ocurriendo, por lo que les preguntó a los sujetos qué estaban haciendo, a lo que éstos contestaron que hacían «una changa».

Detalló que mientras uno cortaba la tela alambrada otro lo esperaba en una moto, y que reaccionaron violentamente y lo amenazaron con herramientas. También relató que con posterioridad al suceso familiares de los atacantes se presentaron en el domicilio para acordar una solución, lo que luego repitieron acompañados por un abogado (fundamentos, fs. 229 y vta.).

Por su parte, Herrera Díaz manifestó que el día del hecho salió a hacer compras y observó a dos chicos cortando la tela metálica, por lo que avisó a su marido. Corroboró que, una vez interpelados, contestaron que hacían «una changa» y que uno de ellos intentó agredir a su marido con una pinza amarilla, y destacó que «el chico estaba agresivo, si mi marido no se hacía para atrás le pegaba».

También corroboró que días después se presentaron personas que dijeron ser parientes de los agresores para arribar a un arreglo (fundamentos, fs. 229 vta.). El juez destacó que estos testimonios hicieron referencia a la dinámica del hecho de manera coincidente y que enfatizaron en los mismos elementos esenciales para tener por acreditado el suceso (fundamentos, fs. 230).

Para considerar que el autor del hecho fue el ahora acusado, el juez valoró la declaración del policía Gallardo Valdivia, quien sostuvo que «fueron alertados por una persona de que dos sujetos estaban cortando una tela perimetral y se habían dado a la fuga en una motocicleta» y que «a partir de la descripción realizada por esta persona, advirtieron la presencia de dos personas de características similares, los cuales caminaban por la vera de un canal y llevaban la motocicleta».

Que uno de ellos arrojó un objeto y luego se determinó que era una especie de pinza o tijera color amarillo. Que el sujeto arrojó la herramienta, luego de proceder a su aprehensión, manifestó que hacía poco había salido del penal» (fundamentos, fs. 230).

A su vez, la declaración de Gallardo Valdivia fue corroborada por la del oficial Retamales Gómez y el juez consideró que se encontraba respaldado por las actas de aprehensión de fs. 13 y 14, el acta de secuestro de f. 08, el croquis ilustrativo de fs. 15 y el acta de procedimiento de fs. 10/12 (fundamentos, fs. 230 vta.). El a quo destacó que ambos policías comparecieron a la audiencia de debate y describieron aquello que las víctimas les habían manifestado, las características de los aprehendidos y de la herramienta secuestrada, y que fueron coincidentes en las circunstancias de tiempo, modo y lugar (fundamentos, fs. 230 vta./231).

En base a tales consideraciones el juez de sentencia concluyó que se encontraba acreditado «más allá de toda duda razonable, que el hecho existió y que uno de los autores fue el imputado Alejandro Raúl Quintero Castro, pues, junto al coimputado Héctor Javier Quintero Castro fue aprehendido por personal policial en posesión del objeto empleado para cometer el hecho minutos después y en base a la descripción efectuada por las víctimas» (fundamentos, fs. 231).

Contrariamente a lo sostenido por la defensa, el juez meritó la defensa material del acusado, quien admitió haberse apersonado en el lugar e, incluso, haber utilizado dicha herramienta para cortar la tela metálica que allí se encontraba.

Adujo que la tela se encontraba en el piso, abandonada y cubierta de maleza y basura. Sin embargo, el juez consideró que la versión del hecho del acusado se contrapone con la totalidad de la prueba de cargo, sin encontrar punto de apoyo en ninguna de las demás pruebas aportadas.

Estimó que todos los testigos que depusieron en el debate coincidieron en que la tela se encontraba colocada y que cumplía la función de cerramiento del predio, y todos ellos fueron interrogados en forma específica sobre este punto tanto por la acusación pública, como por la defensa, manteniéndose en sus dichos.

Por otra parte, el juez afirmó que «no resulta lógico que una persona que encuentra abandonado un objeto de tales características emprenda la fuga al ser requerido, arrojando la herramienta con la que pretendía apoderarse del objeto al advertir la presencia policial» y concluyó que «[e]s evidente que su descargo no posee la fuerza para contrarrestar o refutar la prueba de cargo, tratándose de un mero intento por desvincularse del hecho».

Lo dicho hasta aquí resulta suficiente para descartar la procedencia de los tres motivos de agravio manifestados por la defensa. La motivación de la sentencia es, en definitiva, suficiente a los fines de su mantenimiento como acto jurisdiccional válido.

A su vez, el recurso no constituye una crítica razonada de la sentencia, sino una discrepancia con el criterio con el que fueron ponderadas las probanzas, desde que se limita a cuestionar el procedimiento valorativo del Tribunal sin fundamento objetivo ni legal. Por tales razones, entiendo que los cuestionamientos planteados contra la sentencia condenatoria pronunciada a fs. 221 y vta. deben ser desestimados en esta instancia.

b.- Acerca de la crítica del rechazo del cese de la prisión preventiva

En segundo lugar, corresponde analizar la decisión que rechazó el cese de la prisión preventiva planteado por el defensor, resolución dictada en forma oral el día 13/07/20 (fs. 226).

Cabe señalar que la defensa cuestiona, en esta sección de su recurso de casación, el rechazo del cese de prisión preventiva solicitado por considerar que el juez de la instancia anterior aplicó erróneamente el derecho.

Ello en tanto, desde la aprehensión de Alejandro Raúl Quintero Castro hasta el momento en que fue dictada la sentencia que lo condenó a tres meses de prisión, el acusado transcurrió un período detenido superior a la pena impuesta.

En base a ello, solicitó el cese de prisión preventiva previsto en el art. 295 inc. 3 del CPP.

En este orden, sostiene que, aunque el acusado no se encuentre en posición de obtener la libertad condicional el cese debe ser declarado cuando se cumple la pena impuesta, y aclara que la decisión que revocó la libertad condicional –esto es, la sentencia condenatoria– no se encontraba firme. El planteo defensivo, a mi juicio, no puede ser acogido.

Ello por cuanto advierto que la sentencia n° 1.166 impugnada no sólo condenó al acusado a la pena de tres meses de prisión por considerarlo autor penalmente responsable del delito de robo simple en grado de tentativa (art. 164 del CP), sino que también revocó la libertad condicional que le había sido otorgada por el Juzgado de Ejecución n° 1 en los autos 17.657/C, unificó la pena con la que había sido impuesta en los autos P96.408/07 y P-12.612/07 y estableció la pena única de trece años y tres meses de prisión, y declaró reincidente al acusado.

Ahora bien, el art. 295 inc. 3 del CPP autoriza el dictado del cese de la prisión preventiva cuando «[d]e acuerdo a la pena impuesta en la sentencia y antes que quede firme, se considere prima facie, que oportunamente podría concedérsele la libertad condicional, previo informe que acredite haber observado con regularidad los reglamentos carcelarios [...]».

Adviértase que, tal como señala el señor Procurador General, en función de las reglas que regulan el otorgamiento de la libertad condicional no puede concederse a Alejandro Raúl Quintero Castro, al menos en principio, nuevamente este instituto.

Aun cuando el recurrente invoca la causal de cese de prisión preventiva prevista en el inc. 3 del art. 295 del CPP, su argumento central radica en que Quintero Castro ya cumplió la pena que se le impuso, mientras estaba detenido en prisión preventiva.

Esta circunstancia constituye un supuesto que, según la defensa, autorizaría el cese de la prisión preventiva de conformidad con el inc. 2° del art. 295 del CPP, es decir, cuando «[s]e estimare prima facie, que en caso de condena al imputado no se lo privará de su libertad por un tiempo mayor al de la prisión sufrida, aún por aplicación del Artículo 13 del Código Penal».

Sin embargo, tampoco este supuesto resulta procedente en tanto –como se destacó antes– la sentencia dispuso la unificación de las distintas penas impuestas al acusado en la pena única de trece años y tres meses de prisión, la que aún no ha sido cumplida.

Dicho en otras palabras, la resolución no sólo condenó a Quintero Castro por tentativa de robo, sino que también impuso una pena unificada que impide la aplicación del art. 295 inc. 2° del CPP.

De manera tal que tampoco este tramo del recurso de casación formulado por la defensa **puede ser acogido en esta instancia.**

Por todo lo expuesto, considero que **debe contestarse de manera negativa la primera cuestión planteada** y, en consecuencia, rechazarse el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro y Dr. Valerio. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO y JOSÉ V. VALERIO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los Dres. MARIO D. ADARO y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. MARIO D. ADARO y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia

RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa particular de Alejandro Raúl Quintero Castro.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos. Regístrese. Notifíquese DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

32- TABOADA. 04-11-20

| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
|----|----|----|------|------------|---------|---------|----------|---------|---------|---------|---------|-------------|---|------------|
| - | - | - | - | PCC | - | - | A | - | - | - | - | - | - | 474 |

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201104_FcTaboada.pdf

Lex: Art. 162 del CP

Vox: Hurto simple. Valoración de la prueba.

Summa:

El **JPC** condenó al nombrado a la pena de **un mes de prisión de ejecución condicional** como autor del delito de hurto simple (art. 162 del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1° y 2 CPP).

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1736, pronunciada por el JPC N° 2- 1° CJ.

SCJM. Dres.: **Adaro.** Valerio. Palermo.

Fallo.

CUIJ: 13-04647641-1/1((018502-24439)) FC/ TABOADA ALEMAN EXEQUIEL ENRIQUE P/ HURTO SIMPLE (24439) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104731862*

En Mendoza, a los cuatro días del mes de noviembre del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04647641-1/1, caratulada "F. C/ TABOADA ALEMAN, EXEQUIEL ENRIQUE P/ HURTO SIMPLE S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. JOSÉ V. VALERIO, y tercero DR. OMAR O. PALERMO.

La defensa del imputado Exequiel Enrique Taboada Aleman interpone recurso extraordinario de casación contra la sentencia N° 1.736 y sus fundamentos (fs. 172/176), por cuanto condena a su asistido a la pena de un mes de prisión de ejecución condicional como autor del delito de hurto simple (art. 162 del CP), pronunciamiento dictado en la causa N° P-24.439/18 por el Segundo Juzgado Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

I.- Sentencia Recurrída

La resolución cuestionada establece, en lo que aquí respecta, que ha quedado acreditado en el debate que «[q]ue para fecha 18 de marzo del 2018, a las 12 horas aproximadamente, el ahora encartado Taboada Alemán Exequiel Enrique previo a ingresar a la playa de secuestros de la Comisaría N° 47 de Carrodilla, Luján de Cuyo, se apoderó de un par de espejos retrovisores y de un par de amortiguadores traseros del secuestro N°48/18 consistente en una moto marca Zanella, modelo Sapucay, dominio 183-KQF, la cual se encuentra relacionada al expediente n° 23.154/18 (secuestro judicial 137/18) de la Oficina Fiscal n° 15».

Para así decidir, la jueza sentenciante valoró, entre los elementos de juicio más relevantes, las declaraciones testimoniales de Néstor Sepúlveda, César Ferreyra, Walter Ordoñez y los demás elementos de juicio debidamente incorporados al debate.

II.- Recurso de casación

La defensa basa su impugnación en los incisos 1° y 2° del art. 474 del CPP., esto es, en la presencia de vicios in iudicando y vicios in procedendo.

Luego de reseñar los fundamentos de la sentencia cuestionada, sostiene que la jueza sentenciante valoró en forma parcial y errónea la prueba en la que sustentó la responsabilidad de Taboada Aleman.

En este sentido, y en relación a lo declarado por César Luis Ferreyra, sostiene que el testigo declaró que observó a Taboada «enroscando o desenroscando o limpiando un espejo de la moto», de lo que se desprende que Ferreyra no supo con certeza la acción desplegada por el imputado en tal ocasión.

Del mismo modo, y en relación al testimonio brindado por Néstor David Sepúlveda, entiende que es contradictorio, impreciso, poco válido y dudoso, y que nunca dijo que había visto a Taboada perpetrar el hecho. Refiere que de los dichos de Maximiliano Romero, Cristian Rolando Lazarte, Raimundo Rojas

Martínez y Jesús Salinas se desprende que la moto de Taboada estaba completa, es decir, con los amortiguadores y espejos retrovisores, con anterioridad a la supuesta perpetración del hecho. Agrega en este sentido que la moto estuvo publicada en internet para su venta en perfectas condiciones.

Destaca lo manifestado por su asistido al ejercer su defensa material, quien negó los hechos que se le atribuían, como así también, el haber reconocido su participación ante sus superiores, conforme surge del acta obrante a fs. 2/5.

Refiere que el imputado también manifestó que puso en venta su moto y, a tal efecto, la publicó en la red social Facebook en fechas 10 de noviembre y 5 de diciembre del 2017, en donde se puede observar que la moto posee los elementos en cuestión.

Agregó que cuando regresó a la Comisaría a buscar su moto, advirtió que le faltaban los espejos retrovisores, los que habían sido colocados en la moto secuestrada.

Por otro lado, impetra la nulidad absoluta del acta de procedimiento agregada a fs. 2/5, la que fue labrada por el Oficial Principal Walter Ordoñez en fecha 19 de diciembre de 2019, por cuanto entiende que se han vulnerado las garantías constitucionales de defensa en juicio, del debido proceso y del acceso a la justicia. Alega en tal sentido que de la referida acta se desprende que su asistido fue presionado e intimado por sus superiores para que declare su responsabilidad en el hecho.

Destaca que Taboada no tuvo tiempo de pensar cómo actuar en el caso que se le atribuía.

Concluye que la única prueba en que la sentenciante apoya su decisión, es el testimonio de Sepúlveda, ya que Ferreyra no vio a Taboada sacar algún elemento de la moto secuestrada.

Entiende que no hay otro elemento incriminante que permita corroborar que efectivamente el hecho aconteció como lo relata el Oficial Sepúlveda.

Por tal motivo, sostiene que debió realizarse una pericia sobre ambas motos, a fin de determinar si los elementos sustraídos de la moto secuestrada pudieron ser colocados en la moto perteneciente a Taboada. Hace reserva del caso federal.

III.- Dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador General estima que el recurso de casación interpuesto por la defensa del imputado no puede prosperar, en tanto no se advierte en la sentencia cuestionada una inobservancia de las normas que pudiera acarrear la nulidad, debiendo confirmarse la validez de la sentencia.

Señala que de la lectura de los fundamentos de la resolución impugnada se advierte que para arribar a la certeza acerca de la existencia material de los hechos y la autoría del imputado, el plexo probatorio fue analizado y cotejado en su totalidad por la juzgadora.

Destaca que la a quo tuvo por acreditada la participación de Taboada, principalmente a partir de los testimonios brindados por César Luis Ferreyra y Néstor Sepúlveda, los que resultaron concordantes en cuanto observaron al imputado manipular los elementos sustraídos.

Entiende que independientemente de la publicación de la moto del imputado para su venta en la red social Facebook, en donde se la podía observar con todas sus partes, lo cierto es que esta publicación tuvo lugar varios meses antes del hecho objeto del proceso.

En relación a la nulidad del acta obrante a fs. 2/5 impetrada por la defensa, adhiere a la solución brindada por la jueza a quo, por entender que la cuestionada acta cumple con todas las formalidades exigidas por el código de forma.

A mayor abundamiento aplica el método de la supresión mental hipotética respecto de la referida acta, luego de lo cual concluye que se arribaría a la misma conclusión, por lo que el agravio esgrimido en este sentido no puede prosperar.

Concluye que la sentencia atacada se encuentra debidamente motivada, por lo que el planteo de la defensa es infundado y no debe prosperar.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

En adelanto de las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso de casación articulado debe ser rechazado en tanto no logra desvirtuar la validez de la sentencia condenatoria impugnada.

De modo preliminar, corresponde aclarar que la función de este Cuerpo consistirá en revisar si los fundamentos de la resolución en crisis resultan ser contradictorios o insuficientes, fruto de una ponderación errónea o ilegal de la prueba o mediante violación a las reglas que impone el sistema de la sana crítica racional; y en tal caso, si corresponde su anulación por la arbitrariedad del pronunciamiento, a la luz de lo regulado por las normas procesales referidas por la defensa –art. 416, incs. 3° y 4° del C.P.P.–

Por otro lado, resulta pertinente destacar que, si bien la defensa ha aludido a que su presentación se encuentra fundada en las causales previstas en el art. 474 incs. 1 y 2 del CPP, en esencia, su recurso contiene sólo agravios de carácter formal.

Por ello, en lo que sigue me abocaré a explicar por qué los vicios invocados no pueden ser recibidos.

De este modo, y tal como surge del escrito recursivo, la crítica se dirige a cuestionar la autoría del imputado en el hecho atribuido y, a tal fin, los agravios esbozados giran principalmente en torno a la valoración –a su juicio– arbitraria de los elementos de prueba incorporados al proceso, en especial, los testimonios brindados por los funcionarios policiales César Luis Ferreyra y Néstor David Sepúlveda.

Sin embargo, entiendo que el agravio esgrimido en ese sentido no puede prosperar, en tanto el censurante en la construcción de sus argumentos realiza un análisis parcial de los testimonios cuestionados.

En efecto, la jueza de sentencia al momento de establecer la autoría de Exequiel Taboada Aleman en el hecho intimado valoró, en primer orden, la declaración testimonial de César Luis Ferreyra Acevedo, quien pudo observar el día del hecho al imputado Taboada «[...] enroscando unos espejos retrovisores de color negro en la moto[...]».

Agregó la a quo que el testigo también manifestó que «[...]Taboada había dicho que lo habían parado en un control policial porque no tenía espejos retrovisores [...] dijo que luego se enteró por sus superiores que[los espejos retrovisores] pertenecían a la moto secuestrada»(fundamentos de fs. 173 vta.).

La sentenciante consideró que estos indicios fueron reforzados por el testimonio prestado por Néstor David Sepúlveda y Walter Ordoñez en audiencia de debate, los que consideró concordantes en el sentido de que coincidieron en cuanto «[...]observaron al imputado manipular los elementos sustraídos a la moto secuestrada».

Agregó también que tales circunstancias también se desprenden del acta de procedimiento de fs. 2, la que fue debidamente incorporada al debate (fundamentos de fs.174).

De este modo, la a quo valoró que Sepúlveda Quiroga fue quien observó que a la moto secuestrada le faltaban los amortiguadores y los espejos retrovisores, elementos que se encontraban debidamente detallados en el acta de secuestro. Destacó la sentenciante que el testigo aseguró que «[l]uego de pasar la novedad, observó a Taboada sacar los amortiguadores de su moto y colocarlos en la moto secuestrada».

En el mismo sentido, sostuvo que el testigo Walter Ortíz refirió que «[...]Taboada trajo los amortiguadores luego de transcurridas unas horas, no así los espejos retrovisores que aparecieron luego en una heladera desenchufada en la comisaría» (fundamentos de fs. 174).

Por otro lado, tampoco puede tener acogida favorable el agravio referido a que se debió realizar una pericia sobre ambas motos, a fin de determinar si los elementos sustraídos de la moto secuestrada pudieron ser colocados en la moto perteneciente a Taboada.

Ello por cuanto la sentenciante dio suficientes razones al respecto. Así, consideró la jueza a quo que «[...] si bien la moto perteneciente a Taboada no es idéntica a la moto secuestrada, sí presenta similares características [...]conforme a las fotos de fs. 41 y fs.45/46».

Tampoco resulta de recibo el agravio vinculado a la versión de los hechos brindada por el imputado en su defensa material la que –según entiende el censurante– encuentra sustento en las declaraciones testimoniales de Maximiliano Romero, Cristian Rolando Lazarte, Raimundo Rojas Martínez y Jesús Salinas. En efecto, el imputado Taboada luego de negar el hecho que se le atribuye, como así también, haber reconocido su responsabilidad ante sus superiores, sostuvo que en fechas 10 de noviembre y 5 de diciembre de 2017 puso en venta su moto y, a tal efecto, publicó una foto en la red social Facebook, en donde se puede observar que la moto tenía los elementos en cuestión.

Relató que el día 17 de marzo de 2018 trabajó desde las 8:30 hasta las 22:00 hs, y que recién cuando llegó a su casa advirtió que le faltaban los espejos retrovisores de su moto.

Agregó que el día lunes, al regresar a su trabajo, pudo constatar que éstos estaban colocados en la moto secuestrada. Aseguró que como consecuencia de ello, tuvo que comprar unos espejos retrovisores nuevos, de los cuales adjuntó el comprobante a la causa.

Del mismo modo, los testigos referidos aseguraron que la moto de Taboada estaba completa, es decir, con los amortiguadores y espejos retrovisores, con anterioridad a la supuesta perpetración del hecho. Aseguraron también que la moto estuvo publicada en internet para su venta en perfectas condiciones.

Contrariamente a lo sostenido por el censurante, la jueza de sentencia dio suficientes razones para considerar que la versión de los hechos brindada por el imputado Taboada Aleman no se ajustaban a las reglas que rigen la sana crítica racional y, por ende, no lograban desvirtuar los elementos de juicio que daban sustento a su responsabilidad en el hecho atribuido.

Así, la jueza a quo ponderó en primer orden –acertadamente a mi criterio– que la circunstancia de que Taboada publicara la moto de su propiedad en la referida red social la que, en tal oportunidad, lucía con todas sus partes, no obstaba a tener por acreditada la participación del imputado Taboada en el hecho intimado. Ello por considerar que las referidas publicaciones se realizaron en los meses de noviembre y diciembre de 2017 y el hecho aconteció en fecha 18 de marzo del 2018.

En segundo orden, la sentenciante entendió que la circunstancia referida a la falta de seguridad del lugar donde se encontraban los objetos secuestrados, no resultaron determinantes «[...] a la hora de excluir la responsabilidad penal del incuso, toda vez que los testigos Ferreyra y Sepúlveda, testigos presenciales, han sido concluyentes al decir ante el Tribunal que vieron cuando Taboada enroscaba las piezas secuestradas en la moto» (fundamentos de fs. 174 vta.).

En tercer orden, y en relación a la supuesta animosidad hacia el imputado de los testigos que lo incriminaron, la sentenciante sostuvo que tal postura no encuentra sustento en ningún elemento de juicio de carácter objetivo.

Agregó que de la respuesta brindada por el imputado al prestar declaración en audiencia de debate, y ante la pregunta del fiscal acerca de la relación que mantenía con sus superiores, no se evidenció tal extremo.

Finalmente, y vinculado a la versión brindada por el imputado Taboada acerca de cómo acontecieron los hechos objeto del proceso, la sentenciante brindó adecuadas razones para desvirtuar sus dichos.

En efecto, la jueza de sentencia entendió que tal versión «[...] no se ajusta a las reglas de la lógica y la sana crítica racional». Ello por cuanto no consideró creíble que recién se haya dado cuenta en su casa del faltante de los espejos retrovisores de su moto, y que luego haya observado a éstos en la moto secuestrada.

Todo ello sin poner en conocimiento de sus superiores tal situación y no realizar la correspondiente denuncia, máxime considerando que se trataba de un funcionario policial (fundamentos de fs. 174 vta.).

En relación a la compra que realizó el imputado de los nuevos espejos retrovisores, destacó la a quo el tiempo que transcurrió entre el acontecimiento del hecho y la adquisición de éstos (casi dos meses, conforme surge del comprobante agregado por el imputado a la causa), tiempo en el cual no quedó dilucidado si el imputado tuvo que transitar con la moto sin todas sus partes.

Agregó también que el imputado aclaró que tuvo que comprar unos espejos retrovisores similares porque no consiguió los originales, circunstancia por la cual entendió la jueza de la instancia anterior que «[...] queda desvirtuada la versión de la defensa respecto a que Taboada no puede ser el autor porque las motos son distintas (fundamentos de fs. 175).

Finalmente, la defensa plantea que se ha vulnerado el derecho de defensa de su asistido en tanto –según entiende– éste fue presionado e intimado por sus superiores para que declare su responsabilidad en el hecho. Por tal razón impetra la nulidad del acta de procedimiento de fs. 2/5 en donde se dejó constancia de las manifestaciones vertidas por su defendido en tales circunstancias.

Cabe aclarar que esto fue planteado por la defensa en oportunidad de los alegatos y que es reiterado en esta instancia a modo de agravio.

En tal oportunidad la jueza a quo entendió que no era procedente el remedio intentado por la defensa, en tanto el acta de procedimiento cuestionada cumplía con todas las formalidades exigidas por nuestro código de forma, solución que también sustenta el Procurador General.

En tal sentido, la sentenciante consideró que «[...] de la lectura del acta de procedimiento no surge de forma alguna que tanto la Comisario Gabriela Genovesa Bullones, ni el Principal Ordoñez hayan ejercido algún tipo de presión o violencia sobre el auxiliar Taboada al momento en que éste admitió su responsabilidad en el suceso acaecido».

Agregó la sentenciante que «[...] el imputado Taboada prestó declaración durante el transcurso del debate y nunca hizo referencia que fue coaccionado y/o presionado para que admitiera la autoría del hecho[...].

En su declaración tan sólo negó haber admitido su responsabilidad ante la Jefe de la sede policial [...]» (fundamentos de fs. 173 vta.). Más allá de los argumentos esgrimidos por la jueza de la instancia anterior, estimo que el agravio esgrimido en este sentido no puede prosperar.

Ello por cuanto lo manifestado por Taboada Aleman en tal oportunidad, según surge de la cuestionada acta, constituye sólo un indicio dentro del acerbo probatorio que no fue ratificado por el imputado al momento de declarar en audiencia de debate y, por otro lado, la responsabilidad del Taboada Aleman encuentra sustento en otros elementos probatorios independientes al acto procesal cuya impugnación se propugna, conforme lo analice precedentemente.

De tal modo, tal como surge de la lectura de dictum cuestionado, el acta cuya impugnación propugna la defensa no constituyó para la sentenciante un elemento relevante en orden a acreditar los extremos de la imputación.

En definitiva, estimo que la decisión de la jueza sentenciante se presenta como razonable en base a la prueba incorporada al debate, la que fuera objeto de una valoración ajustada a las reglas de la sana crítica. No existe arbitrariedades en la resolución en crisis, ni tampoco un déficit de motivación, ya que aparece claramente expuesto el razonamiento de la juzgadora para acreditar el hecho y la intervención del acusado en el hecho por el cual resultó condenado.

Por todo ello, y en sentido coincidente con el señor Procurador General, entiendo corresponde contestar negativamente la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazarse el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado, confirmándose la sentencia impugnada en su totalidad. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio y Dr. Palermo. Adhiere.

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren, por los fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se terminó el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación deducido a fs. 177/190 por la defensa de Exequiel Enrique Taboada Aleman y, en consecuencia, confirmar la sentencia N° 1.736 dictada por el Segundo Juzgado Penal Colegiado de la de la Primera Circunscripción Judicial.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

33- CORREA. 06-11-20

| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
|----|----|----|-----------|--------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|-------------|---|------------|
| - | - | - | AI ANA | PCE | - | EGT | A | R | CR | - | - | - | - | 474 |

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=457>

Lex: Art. 166 inc. 2°, 1° párrafo, 1° supuesto, 166 inc. 2°, 3° párrafo, 45, 42, 50 del CP. Art. 150, 207 del CPP.

Vox: Robo agravado. Arma impropia. Arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada. Tentativa. Reincidencia. Acta de procedimiento. Firma de testigo de actuación. Nulidad relativa. Exclusión probatoria.

Summa:

El TPC condenó al nombrado a la pena de **ocho años de prisión** como autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma y robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada en grado de tentativa, en concurso real. Además, declaró reincidente al señalado.

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1° y 2 CPP).

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 998, pronunciada por el TPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Murcia Lucero
- Orellana Sepúlveda
- Matus

SCJM. Dres.: **Adaro.** Valerio. Palermo.

Fallo.

CUIJ: 13-05117503-9/1((018602-726030)) FC/ CORREA WALTER FABIÁN P/ ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA EN BANDA P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105285270*

En Mendoza, a los seis días del mes de noviembre del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05117503-9/1 caratulada "F. C/ CORREA WALTER FABIÁN, P/ ROBO AGRAVADO USO DE ARMA EN BANDA S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo, DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

La defensa oficial de Walter Fabián Correa interpone recurso de casación contra la sentencia N° 998 pronunciada por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial, que lo condenó a la pena de ocho años de prisión como autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma (N° 726.030/19) y robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada en grado de tentativa (N° P726.031/19), en concurso real. Además, se lo declaró reincidente.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

El tribunal de anterior instancia tuvo por acreditado el hecho descrito en el requerimiento de citación a juicio de fs. 63/66 de los autos N° **P- 726.030/19** que da cuenta que «el 28 de junio de 2019 aproximadamente a las 20:00 horas Walter Fabián Correa junto a otro sujeto no individualizado, abordaron a tres menores de edad que se encontraban en el interior de la Plaza Bicentenario sita en calles Plumerillo y Martín Fierro de Godoy Cruz y, exhibiéndoles un cuchillo de 15 cm aproximadamente, lograron sustraerles un teléfono celular marca Huawei modelo G 7, color blanco y gris, para luego darse a la fuga en dirección al Campo Papa de Godoy Cruz».

De igual manera, en los autos N° **P-726.031/19**, el tribunal de sentencia tuvo acreditado que «el 28 de junio de 2019, aproximadamente a las 20:10 horas, Walter Fabián Correa junto a otro sujeto no individualizado abordaron a Luis Alberto Santamaría, quién se encontraba en el interior del Campo Papa sobre la calle Virgen de Godoy Cruz, a bordo de una motocicleta marca Yamaha SZ 150 cc y, exhibiéndole un arma de fuego tipo revólver, lograron secuestrarle el moto vehículo además de un teléfono celular marca LG K10, dinero en efectivo, una campera y una mochila que en su interior contenía una cartera de color negra con documentación varia, todo a nombre de la víctima y unas tarjetas de cobro.

Esta situación fue advertida por personal policial de UMAR Godoy Cruz que se encontraba patrullando por la zona, quienes comenzaron una persecución de los autores del hecho. El sujeto no identificado se dio a la fuga por calle La Virgen hacia el este a bordo de la motocicleta sustraída, dejándola tirada sobre la calzada y logrando escapar del personal policial quienes recuperaron el rodado. Por otro lado, el oficial Tapia, comenzó la persecución en procura de Walter Fabián Correa a quién le dio alcance en el interior ubicado en la manzana D casa 4 del Barrio Campo Papa de Godoy Cruz, con parte de la res furtiva».

El tribunal de sentencia valoró prueba reunida durante la investigación penal preparatoria, entre ellos las declaraciones de Franco Ezequiel Collino Bravo, de José Luis Tapia León, de Luis Alberto Santamaría Reyes, el reconocimiento practicado en el marco del debate oral, según se desprende de la constancia de audiencia oral de fs. 127 y vta., 128, de Leandro Uriel Zarralanga en modalidad de Cámara Gesell, entre otros elementos probatorios.

2.- Recurso de casación

El recurso de casación se sustenta en el art. 474, incs. 1 y 2 del CPP, por entender la defensa que la sentencia atacada adolece de vicios formales y sustanciales que la invalidan como tal.

a.- Vicios in procedendo

La defensa señala que a raíz las irregularidades e inconsistencias del acta de procedimiento de fs. 6 (autos Nº 726.030/19) planteó su exclusión probatoria, cuestionamiento que ello fue rechazado por el sentenciante al considerar que no existía en el caso concreto, violación o afectación de garantías constitucionales.

En esa dirección, la defensa expresa que no se encuentra consignado en el acta cuestionada, en qué momento se secuestraron parte de la res furtiva –celular y tarjetas– en poder del acusado, ni qué bienes pertenecientes a la víctima se encontraron en el lugar, ni la forma en la que se entregaron los bienes sustraídos a aquélla. Asimismo, indica que tampoco intervino un testigo de actuación, como dispone el código de procedimiento.

Hace referencia al acta de constatación de visu de Walter Correa, a los tatuajes del acusado y la ropa que vestía al momento de la aprehensión e, indica en tal sentido, que tenía una campera de color gris con letras en el frente de color negro, azul y rojo, pantalón gris con tres rayas a los costados de color blanco y la inscripción «Adidas» y un par de zapatillas grises. Confronta las circunstancias relevadas con las declaraciones testimoniales de las víctimas Luis Alberto Santamaría y Franco Ezequiel Collino.

En particular expresar que los dichos de Franco Ezequiel Collino no fueron coincidentes en cuanto a la descripción de los sujetos y que tampoco resulta concluyente el reconocimiento en rueda de personas que se realizó durante el debate.

De todo ello, infiere que es insuficiente el plexo probatorio para sustentar legítimamente la sentencia condenatoria impuesta a Correa.

En tal sentido advierte que el juzgador explicó la conexidad de elementos de prueba a partir de un solo indicio lo que, a su criterio, contraría la esencia de la prueba y la presunción de inocencia del encartado. Entiende que no existe prueba de que Correa haya intervenido en el desapoderamiento de la moto como del resto de los bienes de la víctima Santamaría –dinero, mochila y campera–.

b.-Vicios in iudicando

En otro orden, la defensa se agravia por la calificación legal del supuesto fáctico reprochado a Walter Correa.

En ese sentido expresa que los hechos investigados fueron concomitantes dentro del escaso margen de tiempo, y que su defendido no tuvo posibilidad de disponer realmente de los bienes desapoderados.

Agrega respecto de uno de los supuestos bienes encontrados en su poder que eran tarjetas con datos de personas que no tienen valor ni interés para el sujeto activo del delito enrostrado. Esta situación permite aplicar la teoría de la insignificancia jurídica, en tanto el derecho penal es la última ratio y su misión es intervenir a fin de ofrendar protección a determinados bienes jurídicos.

Así, considera la afección de escasa significación económica por lo que la conducta debió desincriminarse.

Finalmente entiende que el monto de la pena impuesta es excesivo y considera que deben calificarse ambos hechos en tentativa. De esta manera, y consecuentemente, se debe reducir el monto de la pena impuesta.

Formula reserva de caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

A fs. 178/180 vta. el señor Procurador General contesta la vista conferida y aconseja el rechazo del remedio casatorio intentado. Ello en tanto el planteo defensivo constituye una revisión ex novo de lo que ya fue tratado y resuelto en la sentencia.

Asimismo, el Procurador considera que el juzgador examinó los errores y omisiones del acta de procedimiento y llegó a la conclusión que no son objeto de nulidad, ni de exclusión probatoria, en tanto no violan las garantías constitucionales como la defensa pretende.

Considera, a su vez, que la materialidad de los hechos y la autoría de Correa se encuentran acreditadas, básicamente por el secuestro en su poder del teléfono que correspondía a uno de los menores, que fuera víctima del primer hecho, y por la aprehensión flagrante respecto del segundo de los hechos.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Por diversos motivos considero que el recurso de casación formulado por la defensa del acusado no puede prosperar. Paso a explicarlo.

De manera inicial entiendo que la motivación de la sentencia es suficiente para su mantenimiento como acto jurisdiccional válido, no adoleciendo de falencias que impliquen su anulación.

Ello a la luz de la reiterada jurisprudencia de esta Sala, en el sentido que tales defectos, para conllevar tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros), lo que en la especie no ocurre.

A fin de efectuar el tratamiento de los motivos de agravios propuestos por la defensora oficial, entiendo que resulta necesario tener presente que el objeto procesal abarca dos hechos que dieron lugar a la formación de las causas N° 726.030/19 y N° 726.031/19.

Por esta razón el análisis de la prueba debe efectuarse de modo conjunto y concatenado, teniendo en cuenta las circunstancias de tiempo, modo y lugar de los sucesos investigados, tal como lo ha plasmado el juez de grado anterior, según se desprende de los fundamentos de la sentencia puesta en crisis.

El cuestionamiento defensivo se circunscribe esencialmente al proceso de valoración de la prueba y, en ese sentido entiendo, como adelanté, que el a quo cumplió adecuadamente su labor de fundamentación en relación a la existencia de los hechos objetos de las causas N° P-726.030/1 y N° P726.031/19 como también la participación de Walter Correa en los mismos.

En ese sentido, advierto que la prueba fue valorada en forma conjunta en relación a ambas causas, perspectiva de análisis justificada en función de la inmediatez temporal y de lugar entre ambos sucesos. Así, según surge del registro de las audiencias orales, prestaron declaración testimonial Franco Collino y Leandro Zarralanga, en la modalidad de Cámara Gesell –en razón de la edad de las víctimas–.

También declararon Luis Alberto Santamaría y el oficial Tapia León, que intervino en el procedimiento de aprehensión (audiencias realizadas el 2/11/19; 28/11/19; 3/12/19 y 18/12/19, ver constancia en actas de fs. 127, 136; 141; 152, respectivamente).

En relación al primer hecho requerido en la causa N° P- 726.030/19, el juzgador consideró que se encontraba acreditado hecho, en tanto el relato de las víctimas resultó coincidente en el aspecto nuclear del suceso. Así, detallaron aquéllos que fueron sorprendidos por la espalda por dos sujetos.

A su vez, ambos testigos describieron el cuchillo de manera similar. Esta concordancia se mantuvo en relación a la modalidad del ataque, el objeto sustraído y la vestimenta de los autores, durante todo el proceso.

En su recurso, la defensa cuestiona el valor convictivo de los testimonios de los menores porque, según su argumentación, no es posible que Franco Collino y Leandro Uriel Zarralanga no describieran los visibles tatuajes de Walter Correa (fs. 25, fs.163).

También indica que no fueron claros en lo relativo a la descripción de la vestimenta del acusado y destaca la defensora oficial, finalmente, el resultado, a su juicio impreciso, del reconocimiento en rueda de personas llevado a cabo en el marco del debate oral (fs. 127 y 128) en el que Franco Collino indicó que el más parecido al acusado se encontraba entre el numero 1-Correa- y el número 3, sin indicar con certeza al acusado.

Ahora bien, entiendo que ninguno de los aspectos destacados por la defensa exhiben entidad como para disminuir el peso probatorio del testimonio de las víctimas menores de edad, porque entiendo que el análisis de la defensora, luce parcial y fraccionado sin la debida consideración del contexto y de las circunstancias en que sucedieron los hechos.

En esta dirección la defensa al exponer sus agravios, soslayó concretamente que las víctimas eran menores de edad, circunstancia que debe enfatizarse, en tanto los expuso a un mayor temor al vivenciar el desapoderamiento.

Este temor, a su vez, fue confirmado por las profesionales intervinientes del CAI, Dra Quiroga y Lic. Carla Vitti, en particular referencia a Franco Collino quienes destacaron «el alto monto de ansiedad y tensión que le generaba la situación de autos» (fs. 112 y vta.).

Además, la oscuridad dada la estación del año y la rapidez de los acontecimientos, justifican contextualmente que los menores no hubieran podido apreciar los tatuajes o cicatrices del imputado. Todos estos extremos fueron considerados por el tribunal de sentencia que, en definitiva acordó solidez a los testimonios, puesto que fueron concordantes en cuanto a la modalidad, al número de intervinientes y a la descripción de la vestimenta.

En otro orden, y más allá del esfuerzo de la defensa de cuestionar y solicitar la exclusión probatoria del acta de procedimiento de fs. 6 de los autos N° P-726.030/19, prueba común para ambas causas, lo cierto es que no se advierte sustento que avale su pretensión.

En efecto, no existe razón alguna que justifique que Walter Correa tuviera en su poder, al momento de la aprehensión, el celular sustraído previamente a las víctimas menores de edad –y luego reconocido por el menor Uriel Zarralanga–, así como las tarjetas de cobro sustraídas a Luis Alberto Santamaría.

Otro elemento que considero relevante, y que lo destacó el a quo, es que en el reconocimiento en rueda de personas llevado a cabo durante el debate oral, Correa pretendió variar su fisonomía al mojarse el cabello antes de la realización del acto.

De ello quedó debida constancia, tanto en el acta mencionada, como en el registro audiovisual del debate realizado en la audiencia celebrada el 28/11/2019.

En cuanto al agravio relativo a la falta de firma del testigo de actuación en el acta de procedimiento de fs. 6., este Tribunal ha sostenido de modo uniforme y reiterado que se trata de **una «nulidad de naturaleza relativa según se ha dicho en forma reiterada** (L.S. 416-014, entre otros) que debe ser opuesta

bajo pena de caducidad, en la oportunidad procesal establecida por el art. 366 C.P.P. t.o. Ley 9040». Lo que la recurrente no ha efectuado, sellando de tal modo, la suerte adversa del agravio.

En este sentido, ver los **precedentes «Murcia Lucero»; «Orellana Sepúlveda»; «Matus»**; entre otros. A ello debe agregarse, además, que, según surge de la audiencia celebrada el 2/11/19 (fs. 136), el representante del Ministerio Público Fiscal, desistió del testimonio de la testigo Natalia Victoria Morales, sin que la defensa insistiera con su citación.

Actitud que no se condice con la estrategia asumida en el escrito casatorio en cuanto pretende sostener el carácter esencial de dicho testimonio para dirimir las diversas versiones entre los dichos del oficial Policial Tapia y los del propio acusado (ver recurso fs. 163 vta.).

En otro orden, tampoco puede prosperar el cuestionamiento en relación a la exclusión probatoria del acta de fs. 6. En efecto, en razón de irregularidades y omisiones. Al respecto la recurrente funda su posición en la existencia de «[...] cuestiones que debían ser debidamente registradas en el instrumento puesto que [la] correcta inserción de esos datos podía determinar con indubitable claridad la falta de intervención del imputado [...]».

Debe destacarse que la defensa reitera lo que ya fue solicitado durante la realización del debate oral, tal como surge claramente del registro audiovisual de la audiencia del día 18 de diciembre de 2019, también plasmada en el acta que luce agregada a fs.152.

El planteo fue desestimado, con argumentos que comparto, por el tribunal de anterior instancia por entender que si bien existían ciertas omisiones o falta de datos en el instrumento –tales como la distancia a la que se encontró la moto de Santamaría sustraída por el coimputado de Correa, o si sobre el motovehículo estaba o no la campera de la víctima, la suma de 20.000 pesos y 100 dólares sustraída a Santamaría– esas falencias no impedían llegar a la certeza respecto de la existencia de los hechos y la intervención de Walter Fabián Correa en ellos.

Por otro lado, según destaca el propio sentenciante en los fundamentos brindados, la propia defensa expresó que en el caso concreto no había violación a los artículos 147 y 148 del CPP.

A ello agregó que la valoración de contexto y del conjunto del material probatorio, tornaban inverosímil la declaración del acusado que no resultó razonable, ni sustentada en prueba alguna del presente legajo. En definitiva, el a quo, concluyó que no es objeto de nulidad, ni de exclusión probatoria el acta cuestionada, en tanto no se vieron afectadas las garantías constitucionales que la defensa pretende.

De tal manera, resulta adecuado el rechazo de la pretensión pues, no basta con alegar un defecto formal en un acto procesal, sino que resulta imperativo demostrar en qué modo esas inconsistencias contribuyen a la afectación del derecho o garantía protegida por ella (ver al respecto **“Toro Diaz”**, entre otros), cuestiones que la defensa de Walter Correa no ha cumplimentado debidamente. El análisis efectuado, me permite compartir el dictamen del Procurador cuando sostiene que el contexto en el que se produjo la aprehensión del encartado por el personal policial actuante –que fue atacado con piedras– explica las inconsistencias y omisiones del acta. Pero ello, sin embargo, no significa que los hechos consignados no hubieran sucedido.

Estas razones me conducen, como adelanté, al rechazo de los motivos de agravios formales pretendido por la defensa del acusado.

En cuanto al vicio sustantivo alegado y la pretensión de la aplicación de la teoría de la insignificancia, atento a el escaso valor de los bienes que fueron habidos en poder de Walter Correa, desde ya anticipo que el reclamo también debe ser desestimado.

Ello en tanto, la pretensión defensiva se sustenta en la fragmentación de los sucesos acontecidos soslayando la defensora oficial, que los supuestos fácticos de ambas causas han quedado debidamente acreditados. Esto es que mientras se encontraban reunidos Franco Collino, Leandro Uriel Zarralanga y Nayla Flores fueron despojados del teléfono celular del primero de los nombrados mediante la utilización de un cuchillo (causa N°726.030/19) y luego de ello, al emprender la huida, el acusado junto a una persona que no fue identificada, cometieron el segundo suceso que tuvo como víctima a Luis Alberto Santamaría (causa N° 726.031/19).

Ahora bien, la defensa formaliza el reclamo alegando el escaso valor de los bienes que fueron habidos en poder de Correa al momento de su aprehensión.

En este sentido entiendo que la defensora sustrae del análisis ensayado el contexto y las circunstancias que quedaron debidamente acreditados con el plexo probatorio reunido en autos. Así la utilización de un cuchillo para lograr el desapoderamiento de las víctimas del primer hecho (causa N° 726.030/19) y el empleo de un arma de fuego cuya aptitud no pudo tenerse por acreditada en el segundo hecho (causa N° 726.031/19) del que resultó víctima Luis Alberto Santamaría.

Por lo que los cuestionamientos defensivos representan argumentos y afirmaciones propios de la posición procesal asumida en relación a la valoración del material probatorio, evidenciando una mera discrepancia con la labor intelectual del tribunal de juicio en la fundamentación del fallo, carentes de sustento probatorio y de capacidad de desvirtuar el razonamiento del a quo, lo que me conlleva a confirmar la validez de la sentencia condenatoria.

Así, la naturaleza del hecho, particularmente en cuanto a su modalidad de ejecución, **no permite calificarlo como insignificante.**

Finalmente y en orden al agravio vinculado al **monto de la pena impuesta** a Walter Correa, entiendo que también debe ser rechazado.

En primer lugar considero que la defensora no ha concretado su agravio, sino más bien ha realizado una crítica abstracta de la actividad del a quo en lo que respecta a este punto.

En efecto, en su recurso se limita a señalar que se han valorado arbitrariamente las circunstancias agravantes y atenuantes del caso, pero en ningún momento refiere cuáles son y por qué razón no han sido adecuadamente valoradas.

Más allá de ello, debe señalarse que la motivación de la sentencia, en lo que respecta a la determinación del monto de la pena, no se encuentra viciada de nulidad en tanto el tribunal ha fundado debidamente el merecimiento de la pena impuesta conforme a las circunstancias previstas en el art. 40 y 41 del CP.

En ese sentido, el juzgador se apartó del monto requerido por el Fiscal de Instrucción al momento de los alegatos, que requirió la pena de once años de prisión para Walter Correa (audiencia oral del 18/12/2019).

El juez de sentencia para fundamentar **la pena de ocho años** aplicada consideró, en orden a la gravedad del injusto, que fueron dos los hechos cometidos.

Asimismo, entendió que las víctimas del primer hecho eran personas menores de edad, sorprendidas en un lugar solitario que impidió que pudieran pedir ayuda. A ello agregó como circunstancia agravante, la revictimización de Leandro Uriel Zarralanga y de Franco Collino durante el desarrollo del proceso judicial. Desde la **perspectiva de la culpabilidad**, el a quo ponderó que Walter Correa dada su edad era un sujeto con capacidad de trabajo y entendimiento, lo que a criterio del sentenciante hacía más reprochable su conducta.

Como se advierte, las circunstancias ponderadas por el Tribunal de juicio se adecuan a las pautas de mensuración establecidas por los arts. 40 y 41 del CP, no verificándose en el caso bajo estudio ninguna falencia de entidad que amerite la descalificación de la tarea llevada a cabo por el sentenciante.

Por tales razones y opinión concordante del señor Procurador General, doy respuesta negativa a la primera cuestión propuesta en el acuerdo que lidero. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio y Dr. Palermo. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 154/170, por la defensa oficial de Walter Fabián Correa.
- 2.- Tener presente la reserva federal formulada.
- 3.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

34- AGUILERA. 02-12-20

| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
|----|----|----|------------|------------|---------|---------|----------|---------|---------|---------|---------|-------------|---|------------|
| - | - | - | AFA | PCE | - | - | A | - | - | - | - | - | - | 474 |

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201202_FcAguilera.pdf

Lex: Art. 166 inc. 2°, 2° párrafo del CP.

Vox: Robo agravado. Arma de fuego apta.

Summa:

El **TPC** condenó al nombrado a la pena de **nueve años y seis meses de prisión**, por el delito de robo agravado por el uso de arma de fuego apta para el disparo (art. 166 inc. 2, segundo párrafo del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 del CPP).

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1021, pronunciada por el TPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Córdoba.

SCJM. Dres.: **Adaro.** Palermo. Valerio.

Fallo.

CUIJ: 13-05317094-8/1((018602-87861)) FC/ AGUILERA JONATHAN LEANDRO P/ ROBO AGRAVADO (87861) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105485983*

En Mendoza, a los dos días del mes de diciembre del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05317094-8/1, caratulada "F. C/ AGUILERA, JONATHAN LEANDRO P/ ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA APTA PARA EL DISPARO S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo, DR. OMAR A. PALERMO y tercero, DR. JOSÉ V. VALERIO.

La defensa técnica del imputado Jonathan Leandro Aguilera interpone recurso de casación contra la sentencia N° 1.021 (fs.336 y vta.) y sus fundamentos, en cuanto condena al nombrado a la pena de nueve años y seis meses de prisión, por el delito de robo agravado por el uso de arma de fuego apta para el disparo (art. 166 inc. 2, segundo párrafo del CP), pronunciamiento dictado en la causa N° P- 87.861/18 por el Segundo Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

I.- Sentencia recurrida

La resolución establece, en lo que aquí respecta, que ha quedado acreditado que «[...] el día 28 de octubre de 2018, siendo aproximadamente las 8:30 hs., la víctima se encontraba en el garaje de su casa, ubicada en calle Cayetano Silva N° 1002, departamento de Godoy Cruz, preparándose para salir en su vehículo marca Chevrolet, modelo Vectra, dominio HVU-435, de color gris y plata y, en su momento, Jonathan Leandro Aguilera, que venía caminando por calle Ascasubi, se le abalanzó apuntándole con un revólver calibre 22, y le exigió la entrega de las llaves del auto, pero ante la resistencia de la víctima que arrojó las llaves a la vereda, Aguilera gatilló el arma dos veces sin producir disparos, por lo que la víctima se le abalanzó y lo persiguió. En ese instante, Aguilera efectuó un disparo certero en dirección a la víctima, quien primero intentó resguardarse, pero posteriormente, ante un nuevo intento de disparo de parte de Aguilera, la víctima se dirigió hacia él, aunque al hacer un movimiento forzado con el pie y caer al piso, Aguilera aprovechó la situación para subirse al rodado y darse a la fuga por calle Chuquisaca hacia el oeste, siendo interceptado cuando circulaba por calle Tiburcio Benegas de Godoy Cruz, si bien prosiguió la fuga hasta el interior del Barrio Urundel, en donde fue aprehendido». Para así decir, el Tribunal valoró, entre los elementos de juicio más relevantes, las declaraciones testimoniales de Bernardino Mondaca y Daniel Zorrilla, las actas de procedimiento de fs. 7 y 10, informe detallado del CEO de fs. 48/53, informe del Laboratorio de Microscopia Electrónica de Barrido de fs. 54/56 y los demás elementos de juicio incorporadas al debate.

II.- Recurso de casación

La defensa de Jonathan Leandro Aguilera promueve su impugnación a tenor de lo dispuesto por los arts. 474, incs. 1 y 2 del CPP, es decir, por considerar que existen vicios in iudicando y vicios in procedendo en la resolución que cuestiona.

En el aspecto formal, sostiene que el plexo probatorio no alcanza para sostener la certeza positiva respecto a la autoría de su defendido en el hecho por el cual se le condenó. En tal sentido, cuestiona que el tribunal a quo al valorar el testimonio de la víctima, Bernardino Mondaca, entendió que su relato se encontraba corroborado con el resto del plexo probatorio, en especial, con las declaraciones testimoniales de Daniel Zorrilla, vecino de la víctima, y de los funcionarios policiales actuantes.

Afirma en este sentido, que el tribunal sentenciante eludió realizar un análisis pormenorizado de estos elementos de juicio. Aclara que ello no implica realizar un análisis en compartimentos estancos. Asegura que el error incurrido se inicia con el riguroso valor dado al testimonio de Mondaca, quien si bien brinda un relato creíble respecto a las circunstancias de tiempo y lugar del hecho, se advierte en su relato ciertas circunstancias de modo y sobre todo respecto de la persona que habría cometido el hecho, que impiden llegar a la certeza pretendida por el tribunal de sentencia.

En relación al testimonio brindado por Zorrilla, asegura que su relato no fue claro ni espontáneo en cuanto a la cantidad de disparos que pudo escuchar. Señala también que el disparo que habría escuchado no coincide temporal ni geográficamente con lo expresado por la víctima Mondaca, quien refirió otras circunstancias en las cuales habría disparado el autor.

Señala también el recurrente la relatividad del testimonio prestado por Zorrilla, quien ante las contradicciones marcadas sobre las características del arma de fuego que habría observado en poder del autor del hecho, expresó que tal descripción fue aportada por la policía cuando fue a declarar.

Entiende que esta circunstancia no ha sido tomada en cuenta por el a quo, a pesar de que pone en serias dudas su testimonio, ya que se advierte su falta de espontaneidad y la influencia de terceras personas en su relato. Señala que más allá de la credibilidad del testimonio de la víctima en cuanto a la ocurrencia del hecho, no se puede concluir lo mismo en relación a quién fue el autor, ya que las características aportadas por Mondaca sobre su posible agresor son amplias y de gran generalidad en la zona donde vive.

Entiende que prueba de ello es que la víctima no pudo reconocer en rueda de personas al autor del hecho, descartando la presencia de alguna de las personas que componían la rueda, entre las que se encontraba su asistido.

Por otro lado, señala que el tribunal de sentencia descartó arbitrariamente la declaración indagatoria vertida por el imputado Aguilera, en tanto no brindó los fundamentos por los cuales descreyó de su versión de los hechos, a pesar que la experiencia indica la posibilidad de su ocurrencia del modo relatado por aquél. Asegura que las dos hipótesis tienen las mismas condiciones convictivas.

Ello por cuanto las demás pruebas recabadas y referidas por el tribunal a quo no desacreditan la versión dada por el imputado. Por las razones expuestas, solicita se revoque la sentencia cuestionada y se absuelva a Jonathan Aguilera por no acreditarse su participación en el hecho atribuido.

En el aspecto sustancial cuestiona el monto de la pena impuesta a su asistido, ello por cuanto entiende que el tribunal sentenciante a través de una enumeración de los elementos de valoración de los arts. 40 y 41 del CP, enmascara una fundamentación arbitraria y aparente que no explica por qué considera cada punto como agravante o atenuante.

A ello agrega que existen elementos que el tribunal de sentencia toma como agravantes, como es la edad, que debe ser considerada una atenuante. Señala también que resulta arbitrario el poco valor dado a la falta de antecedentes y la circunstancia que haya sido la primera causa que enfrentó, o que se haya recuperado la cosa sustraída, todo lo cual acerca al mínimo de la escala penal del delito.

Concluye que el tribunal de sentencia no acredita fehacientemente los motivos por los que se aleja del mínimo de la escala penal, aun cuando ésta tiene una escala penal en abstracto alta, que absorbe la propia

gravedad del hecho. En razón de lo expuesto, solicita que en caso que se considere bien fundada la sentencia en relación a la autoría, se revoque la pena impuesta, casando la misma e imponiendo el mínimo de la escala penal por el delito condenado. Formula reserva del caso federal.

III.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General estima que el recurso de casación interpuesto por la defensa del imputado no puede prosperar, en tanto no se advierte en la sentencia cuestionada una inobservancia de las normas que pudiera acarrear la nulidad, debiendo confirmarse la validez de la sentencia. Señala que el planteo realizado por la defensa es una reedición de los argumentos utilizados en el debate, los que fueron abordados y evacuados satisfactoriamente por el juzgador.

En este sentido, sostiene que de la lectura de los fundamentos de la resolución cuestionada se advierte que para arribar a la certeza acerca de la existencia material de los hechos y la autoría del imputado, el plexo probatorio fue analizado y cotejado en su totalidad por el tribunal de sentencia. Precisa que el sentenciante discriminó debidamente las dos versiones sobre el hecho, la dada por la víctima y la sostenida por la defensa, dando suficientes razones por las cuales se inclinaba por la teoría del caso propuesta por el representante del Ministerio Fiscal. Concluye, conforme los argumentos referidos, que la sentencia atacada se encuentra debidamente motivada, por lo que el planteo de la defensa es infundado y debe rechazarse en esta instancia.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Por diversos motivos considero que el recurso de casación formulado por la defensa del acusado no puede prosperar. Paso a explicarlo.

Ante todo debo señalar que de la lectura de los fundamentos del dictum cuestionado surge que el tribunal de sentencia valoró adecuadamente y de manera integral cada una de las pruebas incorporadas al debate, no advirtiéndose en el razonamiento del sentenciante vicios que conduzcan a sostener que estamos frente a una decisión arbitraria.

Dicho esto, advierto que la defensa dirige su crítica a cuestionar la autoría del imputado Jonathan Leandro Aguilera en el hecho objeto del proceso y, a tal fin, los agravios esbozados giran principalmente en torno a la valoración -a su juicio arbitraria- de los elementos de prueba incorporados al debate, en especial, las declaraciones brindadas por los testigos presenciales: la víctima, Bernardo Mondaca y por el vecino de éste, Daniel Zorrilla.

De este modo, el recurrente cuestiona en primer orden, la credibilidad del testimonio brindado por la víctima en relación a ciertas circunstancias del hecho. Precisa al respecto que el testigo reconoció haber ocultado la presencia de su familia como testigos del hecho, porque no quería involucrarlos, manipulando la información que éstos hubiesen podido aportar sobre las circunstancias de lo acontecido.

También sostiene la defensa que Bernardo Mondaca modificó el itinere del hecho, ya que realizó variaciones entre el relato dado en instrucción y el brindado durante el debate, donde no precisa claramente cuándo se cae y se lastima la pierna, o cuándo habría escuchado el supuesto disparo de arma de fuego. Entiendo que los agravios esgrimidos en este sentido no pueden prosperar en esta instancia.

En primer orden, advierto un déficit argumentativo en relación a la crítica esbozada en los aspectos señalados.

Así, en relación a los agravios vinculados a la información que habría podido aportar la familia de la víctima, y que este habría manipulado, la defensa no precisa cuáles serían los datos relevantes

provenientes de aquella fuente y de qué manera hubiesen modificado la solución a la que arribó el tribunal de juicio.

Por las mismas razones, corresponde la misma solución al segundo planteo, en tanto la defensa no se hace cargo de explicar de qué manera tales variaciones en las circunstancias señaladas influyen en la credibilidad del relato de la víctima, en función del resto del material probatorio.

Tampoco puede tener acogida favorable la crítica vinculada a las características aportadas por Mondaca sobre su posible agresor, en tanto entiende la defensa que éstas son amplias y de gran generalidad en la zona donde vive.

Al respecto, entendió el tribunal a quo –acertadamente a mi criterio– que ambos testigos presenciales coincidieron en las características físicas del agresor, como así también, que la víctima Mondaca afirmó que el autor tenía el cabello con reflejos dorados y vestía un campera color negra.

En relación a estos últimos aspectos distintivos, el tribunal de sentencia destacó que de las actas de procedimiento y de visu se desprende esta característica en el cabello de Aguilera, como así también la campera de color negra secuestrada en poder del acusado.

Por otro lado, y en relación a las críticas dirigidas a la declaración prestada por Daniel Zorrilla, entiende la defensa que las imprecisiones en el relato del testigo en cuanto al número de disparos de arma de fuego que habría efectuado el acusado Aguilera y el momento del iter criminis en que ello habría acontecido –circunstancia ésta que no coincidiría con lo manifestado por la víctima– resultan relevantes para descreer de su testimonio.

La misma interpretación pretende en relación a la supuesta influencia del testigo por parte de personal policial, por cuanto aquél sostuvo que la descripción del arma de fuego fue aportada por personal policial en oportunidad de presar declaración testimonial.

Entiendo que los agravios esgrimidos en este sentido tampoco resultan de recibo en esta instancia, no sólo porque se advierten las mismas falencias argumentativas indicadas precedentemente, sino también porque el tribunal a quo dio adecuados fundamentos a este tópico.

Al respecto, el sentenciante sostuvo que «[d]urante el curso del debate [Zorrilla] expresó en primera instancia que escuchó dos disparos, y luego de la lectura de lo declarado durante la I.P.P. a fs. 28 y si bien dijo que entiende que fueron dos disparos, confirmó lo declarado en ese momento».

Agregó a ello que, ante preguntas de la defensa, el testigo señaló que «[...] vio dos «apuntadas» y seguro escuchó un disparo» (fundamentos, fs. 340).

Por otro lado, no debe soslayarse en orden a la imprecisión o confusión del testigo que la víctima afirmó que el autor «le disparó cinco veces y una sola vez salió el disparo» (ver fs. 339 vta.). En definitiva, el tribunal de sentencia concluyó que no modifica esta circunstancia alguna imprecisión en el número de disparos, por cuanto «[l]a existencia del arma de fuego y su efectiva utilización, surge no solo de lo declarado por los testigos presenciales, sino además de la prueba científica sobre el cuerpo y prendas del imputado» (fundamentos, fs. 340 vta.).

En otro orden, la defensa afirma, pero no desarrolla, que el tribunal de sentencia no brindó los fundamentos por los cuales descreyó de la versión de los hechos brindada por Aguilera. Asegura que las dos hipótesis tienen las mismas condiciones convictivas.

En efecto, el acusado Aguilera en oportunidad de ejercer su defensa material declaró que en aquella oportunidad se encontró con un conocido de la cancha a quien le debía «una mano», quien le solicitó que manejara el vehículo. Relató que, sin hacerle ninguna pregunta a este sujeto, lo condujo.

Afirmó que al advertir que era perseguido por la policía, el sujeto se bajó del rodado y emprendió la fuga dejando la campera en el auto, la que posteriormente fue secuestrada junto al vehículo por personal policial.

Entiendo que la teoría del caso formulada a partir de la versión de los hechos aportada por Aguilera, no sólo no resulta plausible a la luz de los principios que rigen la sana crítica racional, sino que tampoco encuentra asidero en las constancias de autos y, por ende, no resulta suficiente para desvirtuar los argumentos tenidos en consideración por el tribunal de la instancia anterior para sostener la responsabilidad de Jonathan Aguilera.

Así lo entendió el a quo al considerar que «[l]os intentos que, en abstracto realiza la defensa técnica, son meras conjeturas o especulaciones que no encuentran respaldo alguno en la prueba incorporada y valorada». Agregó el tribunal que «[t]ampoco se entiende por qué [Aguilera] querría descartar un vehículo, que desconocía si era o no robado» (fundamentos, fs. 341). De este modo, y para desestimar adecuadamente los planteos de la defensa conviene repasar los principales argumentos que fueron considerados por el tribunal sentenciante para tener por acreditadas las modalidades de los hechos.

Ello por cuanto la defensa, por un lado, realiza un análisis sesgado de los elementos de juicio que aborda y, por otro, omite considerar otros elementos probatorios que, analizados en su conjunto, permiten alcanzar un grado de certeza sobre la ocurrencia de los hechos.

Así, el tribunal de sentencia consideró, entre los elementos de mayor relevancia probatoria, que ambos testigos presenciales coincidieron tanto en las circunstancias de modales del hecho, como en las del autor. Destacó también el tribunal de sentencia que personal policial desplazado al lugar del hecho hizo constar estas mismas circunstancias, las que fueron transmitidas en los mismos términos al operador del CEO (fundamentos, fs. 340 vta.).

En cuanto a la participación de Aguilera como autor del hecho el tribunal a quo no sólo destacó las características físicas y de vestimenta de Aguilera, con especial referencia a los aspectos ya referidos supra, sino que, además, señaló que «[n]o puede dejar de visualizarse que -el ahora imputado- fue aprehendido en poder de la res furtiva [...] a pocos minutos de efectuado el desapoderamiento, teniendo en su poder una campera de color negra» (fundamentos, fs. 341 vta.).

En definitiva, de lo expuesto surge que el tribunal de la instancia anterior en base a los elementos de prueba antes detallados, llegó a la certeza necesaria en esta etapa procesal –sin que pueda predicarse la existencia de una duda que habilite la aplicación del principio in dubio pro reo– para adoptar la decisión que aquí se cuestiona, plasmando su análisis en una resolución sin arbitrariedades y motivada de una manera lógica y convincente en cuanto a la acreditación de los hechos y la intervención de Jonathan en el hecho objeto del proceso.

Por último, debiéndose confirmar a mi criterio la sentencia cuestionada en esta instancia en cuanto a la materialidad del hecho y la autoría del acusado, corresponde analizar a continuación los aspectos del recurso que impugnan la motivación de la individualización de la pena; específicamente sobre el quantum de penalidad determinado.

Al respecto cuestiona el censurante que el tribunal sentenciante a través de una enumeración de los elementos de valoración de los arts. 40 y 41 del CP, enmascara una fundamentación arbitraria y aparente que no explica por qué considera cada punto como agravante o atenuante.

A ello agrega que existen elementos que se tomaron como agravantes, como es la edad, cuando debió ser considerada atenuante. Señala también que resulta arbitrario el poco valor dado a la falta de

antecedentes y la circunstancia que haya sido la primera causa que enfrentó, o que se haya recuperado la cosa sustraída, todo lo cual debería acercar al mínimo la escala penal del delito.

A mi modo de ver, este agravio tampoco puede prosperar en tanto considero que el tribunal de la instancia anterior ha brindado suficientes y adecuadas razones para situar la sanción en el monto aplicado.

En este punto, debe considerarse que se aplicó al acusado la pena de nueve años y seis meses de prisión, y para la determinación de este monto –contrariamente a lo sugerido por la defensa– valoró cada una de las circunstancias objetivas y subjetivas establecidas en el art. 41 del CP.

De este modo, y en lo que respecta a las circunstancias enumeradas en el primer inciso del referido artículo, consideró la naturaleza de la acción desplegada por Aguilera, en tanto el acusado, previo jalar varias veces sin éxito el arma de fuego, efectuó un disparo a escasa distancia de la víctima y en la vía pública.

En relación al daño causado, el tribunal de la instancia previa meritó no sólo los daños causados al vehículo, el que sufrió deterioros por caer en un barranco de diez metros, sino también consideró los daños físicos y psicológicos causados a la víctima como consecuencia del hecho vivenciado (fundamentos, fs. 345).

Ahora bien, la defensa dentro de las circunstancias subjetivas enumeradas en el inciso 2 de la referida norma, sostiene que el tribunal a quo debió considerar la edad del imputado Aguilera como atenuante. Entiendo que la queja esgrimida en este sentido no puede prosperar.

Ello por cuanto el a quo señaló –en criterio que comparto– que «[...] el sistema argentino [...] se limita en las disposiciones relativas a la determinación de la pena a enumerar algunos de los posibles factores a tener en cuenta al fijar la pena, sin pretender agotarlas y sin establecer de antemano si ellos configuran atenuantes o agravantes» (fundamentos, fs. 344 vta.).

Al respecto, esta Suprema Corte de Justicia tiene dicho que «[...] si bien es cierto que los criterios normativizados en el art. 41 del Código de fondo constituyen criterios que el juez debe seguir para delinear la pena que considere adecuada al injusto penal, no por ello deben ser utilizados todos los allí nombrados puesto que, en el caso concreto, pueden no estar presentes.

En este sentido se expide el art. 40 en cuanto establece que, al momento de condenar, los tribunales deben hacerlo «de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso» (ver, **«Córdoba»**).

Es en este entendimiento, y dentro de un análisis integral de todos los elementos que dieron sustento a la pena aplicada, que el tribunal de sentencia consideró que Aguilera, quien estaba próximo a cumplir veinticuatro años a la fecha del hecho, se encontraba en la edad adulta y, por ello, debía considerarse su edad como una agravante.

Por otra parte, el recurrente no explica de qué manera su pretensión de considerar como atenuante este elemento puede incidir significativamente en la determinación de la sanción aplicable, máxime cuando ella se encuentra, lo suficientemente alejada del máximo legal correspondiente.

Tampoco puede prosperar el agravio vinculado a que el tribunal de la instancia anterior no tuvo en cuenta la falta de antecedentes de Aguilera para mensurar el monto de la pena. Ello por cuanto, tal como se desprende de los fundamentos de la resolución impugnada, el tribunal a quo hizo expresa referencia a la falta de antecedentes como una circunstancia atenuante (fundamentos, fs. 347).

En razón de lo expuesto, estimo que el juzgador ha tenido en cuenta de manera correcta aquellos elementos de mensura referidos en el código de fondo (arts. 40 y 41 del C.P.) para arribar a una solución justa.

De este modo, el tribunal sentenciante dentro de la escala aplicable, que presenta un mínimo y un máximo que se encuentra entre los seis años y ocho meses y los veinte años, la pena impuesta se encuentra comprendida dentro del primer tercio de ella, brindando el sentenciante adecuados motivos por los cuales debía apartarse del mínimo.

Así, de la lectura de la sentencia impugnada surge evidente que no estamos ante un caso de motivación aparente o mera dogmática, sino que el Tribunal de la instancia anterior ha interpretado las normas sustanciales correspondientes en base a las constancias de la causa, de modo tal que debe ser confirmado como acto jurisdiccional válido.

Por todo ello, y en sentido coincidente con el señor Procurador General, entiendo corresponde contestar negativamente la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazarse el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado, confirmándose la sentencia impugnada en su totalidad. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo y Dr. Valerio. Adhieren.

Sobre la misma cuestión los DRES. OMAR A. PALERMO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren, por los fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. OMAR A. PALERMO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN EL DR. MARIO D. ADARO DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. OMAR A. PALERMO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación deducido por la defensa de Jonathan Leandro Aguilera y, en consecuencia, confirmar la sentencia N° 1.021 dictada por el Segundo Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal formulada.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro

35- MOYANO GONZALEZ. 04-12-20

| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
|----|----|----|-----------|------------|---------|---------|-----------|---------|---------|---------|---------|-------------|---|------------|
| - | - | - | AI | PCE | - | - | CO | - | - | - | - | - | - | 474 |

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=462>

Lex: Art. 166 inc. 2°, 1° párrafo, 1° supuesto, 45, 46 del CP.

Vox: Robo agravado. Arma blanca. Coautoría. Participación. Condominio funcional del hecho. Grado de intervención.

Summa:

El **TPC** condenó a Moyano González y a Villegas Aspiazu a la pena de **cinco años de prisión** en efectivo como autores penalmente responsables del delito de robo agravado por el uso de arma blanca (art.166 inc. 2° CP).

La **defensa** de Moyano González interpone recurso de casación (Art. 474 del CPP).

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1021, pronunciada por el TPC N° 2- 1° CJ.

SCJM. Dres.: **Adaro**. Palermo. Valerio.

Fallo.

CUIJ: 13-05316498-0/1((018602-709417)) FC/ MOYANO GONZALEZ FACUNDO JOAQUIN, VILLEGAS ASPIAZU DANIEL NICOLAS P/ ROBO AQGRAVADO POR EL USO DE ARMA BLANCA (709417) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105485351*

En Mendoza, a los cuatro días del mes de diciembre del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05316498-0/1, caratulada “F. C/ MOYANO GONZALEZ FACUNDO JOAQUÍN, VILLEGAS ASPIAZU DANIEL NICOLÁS P/ ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA BLANCA (709417) P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. OMAR A. PALERMO; segundo, DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero, DR. MARIO D. ADARO.

La defensa oficial de Facundo Joaquín Moyano González interpone recurso de casación (fs. 495/503) contra la sentencia de f. 466 y sus fundamentos, mediante la cual el Segundo Tribunal Penal colegiado condenó a Facundo Joaquín Moyano González y a Daniel Nicolás Villegas Aspiazu a la pena de cinco años de prisión en efectivo como autores penalmente responsables del delito de robo agravado por el uso de arma blanca (art.166 inc. 2° CP).

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

I.- Sentencia recurrida

La magistrada sentenciante tuvo por acreditado, con la certeza requerida para el dictado de una sentencia condenatoria, que «para fecha 29 de abril de 2019, siendo las 21:55 hs. aproximadamente, los menores Mauricio Ramiro Brantiz de 15 años de edad y Francisco Leandro Arrue Quiroga de 16 años de edad, en circunstancias en que se dirigían por calle Dalmau con dirección al Este, entre calle Alem y Güemes de la Ciudad de Tunuyán, Mendoza, fueron abordados intempestivamente por dos sujetos, los que se presentaron en contramano, resultando posteriormente individualizados como Joaquín Moyano, quien vestía una campera tipo choricera de color amarilla, mangas negras y un pantalón jean oscuro, y Nicolás Villegas, quien vestía campera color negra tipo choricera y pantalón negro, ambos a bordo de una moto marca Corvent 110 cc., color azul y gris, dominio A067UkU, oportunidad en la cual Nicolás Villegas se bajó y previo a exhibir un cuchillo de unos 20 cm de largo, con mango negro, punta plateada y colocarlo sobre la panza de Ramiro Mauricio Brantiz, le sustrajeron una riñonera símil cuero, color negro, un teléfono celular marca Huawei Y5 color blanco, con chip de la empresa Claro y unos auriculares de color negro, para luego darse a la fuga por calle Güemes, a bordo del mencionado moto vehículo, logrando las víctimas ante tal situación tomar los datos del vehículo y aportarlos rápidamente a la autoridad policial» (fs. 470 vta.).

Para decidir en tal sentido, el a quo valoró, las declaraciones testimoniales de Andrea Noelia Brantiz, Ramiro Mauricio Brantiz, María Fernanda Yurquina, Francisco Alejandro Arrue, Emilce Celeste Alfonso, Cecilia González, Mario Moyano, Marcelo Adrián Salguero y Gustavo Marcelo González, así como las demás pruebas válidamente incorporadas al proceso.

II.- Recurso de casación

La defensa oficial de Facundo Moyano considera que la resolución referida padece vicios in iudicando, conforme lo establecido por el art. 474, inc. 1° de la ley de rito. La norma que se estima erróneamente aplicada es la contenida en el art. 45 del CP.

En esta línea, advierte que la sentencia criticada califica la intervención de su defendido en grado de coautoría cuando, debido a la magnitud de su aporte, sería una **complicidad secundaria**. En apoyo de esta tesis el recurrente traza una doble estrategia argumentativa.

Por un lado, sostiene que dadas las circunstancias específicas del caso concreto –las cuales analiza pormenorizadamente– la conducta desplegada por su asistido quedaría abarcada por la expresión «de cualquier otro modo» contemplada en el art. 46 CP.

Por otro lado, explica que el aporte de Facundo Moyano al momento del hecho, no reprodujo ninguno de los elementos típicos del robo, no fue esencial, ni reflejaría el dominio del hecho.

Formula reserva del caso federal.

III.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General entiende que corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto y convalidar en su totalidad la sentencia impugnada (fs. 515/516). Después de realizar una exposición detallada del agravio, explica que la sentencia se encuentra debidamente fundada y que la jueza procedió de acuerdo a lo establecido por el Código penal y las reglas de la intervención delictiva. Agrega, asimismo, que el aporte de Facundo Moyano no fue mínimo, sino que desempeñó un rol que justifica la calificación de su comportamiento como de coautoría.

Refiere que la dinámica del hecho y la prueba que la sostiene no dejan dudas sobre la corrección del encuadramiento jurídico llevado a cabo por la a quo.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

En adelanto de las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan entiendo que corresponde rechazar el recurso casatorio impetrado por la defensa y, en consecuencia, convalidar la sentencia condenatoria.

El recurrente sostiene que el aporte de su defendido a la comisión del hecho –cuyos extremos no cuestiona– debería ser calificado como participación secundaria. Brinda en sustento de esta tesis un doble argumento: Facundo Moyano no habría tenido el **codominio funcional del hecho** que presupone la coautoría y, además, su prestación para la comisión del hecho no habría sido esencial.

Con el primer tramo de planteo, pretende cancelar la posibilidad de la coautoría, mientras que, en el segundo tramo, rechaza la imputación en calidad de partícipe necesario.

Bien, analicemos ordenadamente cada uno de los aspectos referidos en la motivación de la defensa. Respecto del codominio funcional del hecho, la defensa sostiene que el mismo no se verifica en el caso de autos. Según la visión defensiva, el robo habría sido ejecutado por Nicolás Villegas –coimputado que blandió el cuchillo y desapoderó a las víctimas– ya que Facundo Moyano únicamente permaneció en la motocicleta aguardando hasta la huida.

Así, para el recurrente es central el rol activo de Nicolás Villegas en oposición al rol pasivo de Facundo Moyano durante la fase ejecutiva y ello justificaría la distinción peticionada respecto del grado de intervención en el hecho.

Sobre este punto dice que «es dable destacar que la intervención de Facundo Moyano durante la ejecución del hecho ha estado limitada a ‘permanecer’ junto con el ejecutor de la acción típica» (f. 500 vta.), por ende, nunca podría ser considerado coautor.

Por su parte, respecto de la inviabilidad de la calificación en grado de participación primaria, objeta que su aporte si bien impulsó la realización típica, no fue esencial, en tanto no «efectuó ninguno de los actos definatorios del tipo» (f. 501 vta.).

Todo lo dicho hasta aquí conduce al recurrente a afirmar que el papel de su defendido en el hecho no puede sino ser considerado como de complicidad o participación secundaria.

Ello en tanto, el auxilio prestado no sería indispensable para la comisión del hecho delictivo.

El planteo defensivo es especialmente claro en relación con las tomas de postura teóricas de las que parte para realizar su crítica, mientras que la sentencia también deja en claro cuáles son sus puntos de partida. Veamos cada uno de ellos y, finalmente, cual es la aproximación que entiendo correcta frente a las cuestiones que plantea el caso.

La sentencia condena por coautoría con base en el aparato teórico del dominio del hecho.

En esta línea, la a quo estableció que «del análisis de los testimonios prestados como la prueba objetiva de cargo, logró establecerse que si bien Nicolás Villegas fue quien blandió el arma blanca utilizada, no por ello Moyano no tuvo dominio suficiente del ilícito y, por el contrario, asumió una intervención esencial en el evento» (f. 474).

Luego la jueza señaló que Nicolás Villegas y Facundo Moyano se trasladaron de manera conjunta, eligieron a sus víctimas, ambas menores de edad, las persiguieron y detuvieron sorpresivamente para que el primero las desapoderara, mientras el segundo esperaba con el rodado encendido para emprender la retirada (f. 475).

En el marco de estas consideraciones, la magistrada sentenciante valoró que la actuación conjunta estuvo previamente acordada –meditada, señala– para asegurar el éxito del plan delictivo, tanto con anterioridad a la ejecución, al efecto de seleccionar y sorprender a las víctimas, como durante y con posterioridad, con el fin de emprender la huida.

Momentos en que las contribuciones al hecho delictivo común de parte de Facundo Moyano convencieron a la jueza de que existió un codominio del suceso. Descartó, asimismo, cualquier problema de error en el nivel del tipo subjetivo. Este razonamiento como tal es lógicamente válido, fundado en derecho y en las constancias de la causa.

Por ello debe ser confirmado. No obstante, como veremos a continuación, soy de una opinión diversa respecto de la manera en que deben encararse la discusión.

El recurrente, por su parte, se vale del mismo modelo teórico, pero, a diferencia de la a quo, sostiene que Facundo Moyano al esperar montado en la motocicleta a que Nicolás Villegas desapoderara con violencia a las víctimas no habría realizado el tipo y, en consecuencia, no podría ser considerado (co)autor, al no codominar el hecho. La no realización de propia mano de los elementos del tipo impediría un reproche por autoría, al mismo tiempo que abriría espacio de juego a las reglas de la Parte general del Código penal sobre participación.

Es fácil advertir que la defensa hace uso tanto del aparato teórico roxiniano, como de la teoría formal objetiva, para aproximarse a la distinción entre autores y partícipes, al efecto de desgravar la situación de su representado.

Respecto de la teoría formal objetiva, según la cual es autor únicamente quien realiza todos los elementos del tipo, desde hace tiempo se sabe que es incapaz de explicar satisfactoriamente la coautoría, la autoría mediata, así como los casos de partícipes ejecutores.

Dicho en pocas palabras, la defensa echa mano de una teoría con numerosos problemas en su débito, entre los cuales se encuentran casos como el de autos, en el que la división de tareas implica una ejecución típica compartida.

De ser tomadas en serio sus premisas, no podrían explicarse las hipótesis de robo en el que mientras uno de los asaltantes desapodera, el otro ejerce la violencia: en el marco de la teoría formal objetiva debería hablarse de un delito de hurto para el primero y de un delito de amenazas para el segundo. Sin embargo, no solo es criticable este tramo de la argumentación defensiva, sino también las conclusiones que se pretenden deducir a partir del recurso al concepto del dominio del hecho.

En efecto, según esta tesis, es autor quien domina y partícipe quien, sin dominar, realiza una contribución al hecho delictivo.

Sin embargo, en el caso que nos convoca es poco verosímil negar que la motocicleta conducida por Moyano se presentase como una plataforma decisiva para el éxito del plan en división de tareas y, de ser retirada, pudiera haber hecho fracasar el plan.

Es decir, aún en el marco de esta teoría, sobre cuyo rendimiento no es el momento de evaluar, es posible afirmar una coautoría entre Facundo Moyano y Nicolás Villegas, tal como hace la a quo. Con todo, soy de la opinión de que la diferencia entre autoría y participación es una cuestión cuantitativa, esto es, de magnitudes de intervención en tanto grados de configuración del injusto típico.

Dicho de otro modo, en la codelinuencia no se trata de la cualidad de lo que se ha hecho –si el aporte es esencial, si había dominio del hecho, etc.–, sino de cuánto se ha hecho respecto del delito considerado como una obra conjunta.

Así, cuanto más se acuñe la forma del injusto típico, más cerca se estará de la coautoría y, a la inversa, cuanto menos se configure la específica forma de aparición del hecho punible, más cerca se estará de una participación. Desde luego, cuáles son los parámetros para mensurar **el grado de intervención** es objeto de una intrincada controversia.

Baste aquí con afirmar que, si bien la distancia de la ejecución –esto es, si la actividad se despliega durante o antes de la tentativa punible– es un elemento que usualmente dice mucho sobre quien ha configurado más el injusto típico, ello no obsta a que puedan existir casos en el que el delito se encuentra mayormente configurado en la etapa pre-ejecutiva y, en consecuencia, amerite valorar la intervención previa a la tentativa como de coautoría.

A su vez, existen factores simbólicos –posiciones de garantía y deberes especiales–, así como factores materiales – organizacionales– que también influyen en el grado de intervención en el delito. Con todo, en el caso concreto, no caben dudas de que la específica forma de aparición del hecho punible en el marco de un contexto de división de tareas obedeció a una configuración conjunta, en el que el desapoderamiento y la violencia desplegada por Nicolás Villegas encontraba su correlato en la posibilidad de sorpresa y desplazamiento rápido que le otorgaba la motocicleta conducida por Facundo Moyano.

Esta división del trabajo respecto de las tareas que desempeñaría cada uno al momento del robo, se comprueba no solo objetivamente con base en el despliegue realizado durante la etapa ejecutiva, sino, a su vez, en la intervención que tuvo Facundo Moyano en el diseño del plan delictivo en la etapa pre-ejecutiva. Lo cual se infiere a partir de las declaraciones de Francisco Alejandro Arrue (víctima), quien

afirmó que una vez que Nicolás Villegas se subió al rodado para emprender la fuga, Facundo Moyano le preguntó si les había «sacado todo».

En suma, no parece convincente el argumento de que la inactividad durante la fase ejecutiva –inactividad que considero no es tal, con base en que el rodado possibilitó la sorpresa en la agresión, así como la rápida huida con la res furtiva– hiciera decaer la imputación por coautoría con base en la teoría formal objetiva y el concepto del dominio del hecho.

Por el contrario, entiendo que en el caso de autos se verifica una división de tareas entre los coimputados que consistía en arribar en motocicleta al encuentro de las víctimas, sorprenderlas, intimidarlas, desapoderarlas y, finalmente, emprender la huida.

Para ello Facundo Moyano estuvo al mando de la conducción del vehículo, mientras que Nicolás Villegas se encargó de blandir el cuchillo y hacerse con las cosas, todo lo cual possibilitó la realización colectiva del robo. La división del trabajo referida a la luz de una organización distribuida equitativamente entre ambos intervinientes, justifica la imputación del delito en coautoría.

En definitiva, sea con la concepción teórica de la jueza de sentencia, sea con la expuesta aquí, la solución del caso lleva a considerar que la intervención del acusado en el hecho ha sido en calidad de coautoría. Con base en las consideraciones precedentes, estimo que corresponde rechazar el recurso defensivo y convalidar en su totalidad la sentencia puesta en tela de juicio. Por ello, entiendo que debe contestarse de manera negativa la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

Sobre la misma cuestión el DR. MARIO D. ADARO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

Voto Dr. Valerio. Por sus fundamentos.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, POR SUS FUNDAMENTOS, DIJO: **Si bien adhiero al análisis fáctico-jurídico expuesto por mis colegas de Sala, no comparto la doctrina citada en el tratamiento de los vicios in iudicando**, por cuanto considero que en autos no surge problema alguno en la determinación del grado de participación en el hecho que le cabe al imputado; más bien observo en el fallo que hoy se cuestiona un completo tratamiento y resolución a la cuestión de la intervención penal atacada, solución que no puede ser rebatida con éxito a través de los argumentos expuesto por el recurrente, carentes de fuerza objetiva alguna como para conmover el análisis efectuado por el a quo.

Por lo que entiendo no se trata de un problema doctrinario, sino meramente legal, bastando para su resolución el correcto tratamiento fáctico que aparece inserto en el voto de quienes me precedieron en el voto.

Así, la normativa a través de la cual el legislador regula aquellos problemas que puedan presentarse ante hechos delictivos en los que intervenga un colectivo de personas, (arts. 45 al 46 del C.P.), alcanza suficientemente como para responder acabadamente a cuestiones relativas a la imputación en la comisión del ilícito que se trate en casos como el presente.

En lo específico, el art. 45 del referido cuerpo legal, por el que se establece la definición jurídico-normativa respecto de **la coautoría**: «Los que tomasen parte en la ejecución del hecho o prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse...».

En efecto, sin mayores consideraciones, concluyo en el rechazo del vicio esgrimido en este punto por el censurante, en lo que hace al grado de participación –coautor– bajo el que fuera encuadrada la intervención del imputado Facundo Moyano en el hecho. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Atento al mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de esta Suprema Corte de Justicia de Mendoza, fallando en forma definitiva se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa oficial de Facundo Joaquín Moyano González, en consecuencia, confirmar la sentencia originaria del Tribunal Penal Colegiado n° 2.
- 2.- Tener presente la reserva federal formulada.
- 3.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro

36- DOLCEMASCOLO. 04-12-20

| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
|----|----|----|------|--------|---------|---------|----------|---------|---------|---------|---------|-------------|---|------------|
| - | - | - | - | - | - | - | A | - | - | - | - | - | - | 474 |

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=468>

Lex: Art. 167 inc. 3° del CP.

Vox: Robo agravado. Efracción. Valoración de la prueba. Credibilidad del testimonio de la víctima. Testigo único.

Summa:

El **TPC** condenó al nombrado a la pena de **cuatro años y seis meses** de prisión efectiva por considerarlo autor penalmente responsable del delito de robo agravado por efracción (art. 167 inc. 3° del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1° y 2 CPP).

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1099, pronunciada por el TPC N° 2- 1° CJ.

SCJM. Dres.: **Palermo.** Valerio. Adaro.

Fallo.

CUIJ: 13-05340605-4/1((018602-27642)) D., F. Y L.J.R.R. P/ ROBO AGRAVADO POR EFRACCION, AGRAVADO POR LA PARTICIPACION DE UN MENOR DE EDAD TODO EN CONCRUSO IDEAL(27642/19) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105510615*

En Mendoza, a los cuatro días del mes de diciembre del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05340605-4/1 caratulada "F. C/ D., F. Y R.R.L.J. P/ ROBO AGRAVADO POR EFRACCIÓN Y POR LA PARTICIPACIÓN DE UN MENOR DE EDAD EN CONCURSO IDEAL S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. OMAR A. PALERMO, segundo DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero DR. MARIO D. ADARO.

La defensa oficial de F.D.D. formula recurso de casación (fs. 288/289 vta. y 293/295) contra la sentencia n° 1.099 pronunciada por el Segundo Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial que lo condenó a la pena de cuatro años y seis meses de prisión efectiva por considerarlo autor penalmente responsable del delito de robo agravado por efracción (art. 167 inc. 3° del CP) en estos autos n° P-27.642/19.

Asimismo, revocó la libertad condicional otorgada al recurrente en los autos N°24.358/E el 29/01/19 por el Juzgado de Ejecución n° 2.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO:

1.- Sentencia recurrida

El tribunal de instancia previa tuvo por acreditado que «el día 19 de abril de 2019, aproximadamente a las 02.00 horas, F.D.D., en compañía del menor de 17 años de edad [L.J.R.R.] ingresaron al domicilio ubicado en calle ..., "reventando" la cerradura y la puerta de ingreso al domicilio; y sustrajeron dos cascos de moto m5 de color negro, un televisor de 42" LCD JVC, un equipo de música marca Admiral, una caja de herramientas de color negro, de unos 40 cm x 20 cm con herramientas varias, un plasma de 32" Philco, un microondas de color natural, no se recuerda la marca, una juguera de color gris con negro marca Molinex, una cafetera marca Admiral color negra con gris, 3 pares de zapatillas Nike número 39/40, un par de color verde con negro, otro par todo blanco, y otro blanco con negro, camisetas Nike, una camiseta de Boca, una de Chile, una de Argentina, remeras varias, aproximadamente la suma de pesos tres mil (\$3.000), en efectivo, cargador y auriculares de teléfono, un colchón de plaza y media, dos frazadas de color rosado, un par de zapatillas New Balance de color negra número 37, ropas varias, un espejo, ropa, un celular Galaxy A9 de color dorado sin chip, un celular Audinac con pantalla rota de color blanco, una Tablet de 7" pulgadas de color blanca, una play station 2, una plancha Atma de color morado a vapor, la llave de una moto Gilera 400 cc, negra con llavero de la Difunta Correa y una cinta blanca» (fs. 270 y vta). Para tener por acreditado ese hecho, el juez tomó en cuenta, principalmente, los testimonios de M.Á.C., L.A.Q. y J.E.E., el acta de procedimiento policial e inspección ocular de fs. 1 y vta.; el croquis ilustrativo de fs. 2; las actas de ratificación del procedimiento policial de fs. 5, 6 y 7; el acta de privación ilegítima de la libertad del menor de fs. 3; el acta de aprehensión de fs. 4; las actas de vestimenta y descripción morfológica de fs. 12 y 23; la constancia de comunicación telefónica de fs. 18; el acta de vestimenta y

descripción morfológica del imputado mayor de fs. 30; los informes remitidos por Comisaría 25 de fs. 37 y 40 vta.; el acta de declaración testimonial de M.A.C. de fs. 31/32, el acta de procedimiento policial de fs. 45; el acta de ratificación de fs. 46; el acta de secuestro de fs. 47; el informe médico de Sanidad Policial de fs. 53; la constancia de remisión del detenido D. de fs. 59; el acta de declaración testimonial de fs. 113; el informe remitido por el CEO de fs. 85/87; el acta de nacimiento de fs. 92; el informe técnico n° 800/19 de fs. 101/107; el examen psíquico de fs. 168 y vta.; el acta de declaración testimonial de fs. 113 y los antecedentes penales de fs. 41 y vta., 42/44 y 62/75.

2.- Recurso de casación

La defensa de F.D. afirma que en la sentencia que cuestiona se efectuó una errónea valoración de la prueba y del derecho. Por una parte, refiere que no pudo acreditar que su defendido hubiera estado antes de su detención en el domicilio donde se cometió el robo, que no se valoraron las pruebas de descargo y que no logró el secuestro de los elementos que supuestamente faltaban en la vivienda. En base a ello, afirma que se vulneró el derecho de defensa en juicio y el debido proceso. En este orden, sostiene que D. –tal como declaró durante el debate–, caminaba de sur a norte mientras volvía de comprar en un quiosco, cuando frenó un vehículo policial del que bajaron agentes que le pidieron su documento de identidad y luego le dijeron que debían llevarlo aprehendido.

Agrega que un policía lo golpeó, por lo que D. salió corriendo e ingresó en una casa que tenía la puerta abierta. Allí los policías lo detuvieron y acusaron de haber robado una casa. La defensa afirma que de los testimonios de los policías no se puede acreditar que D. haya ingresado a la vivienda antes de que se topara al personal policial. Que los efectivos concurrieron al lugar a las 2:00 am, cuando el denunciante abandonó la casa a las 20:00 hs. Del relato de los policías se desprende que, anoticiados del ilícito, se desplazaron hasta la vivienda asaltada en .., encontraron a los acusados con elementos en la mano. Sin embargo, afirma la defensa que no hay pruebas de que los elementos sustraídos lo hayan sido por su defendido y su supuesto cómplice, y que el denunciante puede haber declarado falazmente incorporando elementos faltantes para agravar la situación de D..

Así, afirma que el a quo le restó importancia a la declaración de los testigos aportados por la defensa. Entiende que la valoración de prueba no se habría ajustado, a juicio de la defensa, a las reglas de la sana crítica racional, pues se valoraron exclusivamente los testimonios de efectivos policiales propuestos por el Ministerio Público Fiscal, y se rechazó la consideración de los testigos ofrecidos por la defensa por considerarlos mentirosos.

Por otra parte, sostiene que se aplicó erradamente el derecho porque se consideró consumado el delito de robo. Solicita que se condene a su defendido por el delito de hurto en grado de tentativa. Realiza reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El titular del Ministerio Público Fiscal considera que el recurso procede formalmente, aunque debe ser rechazado en el fondo.

Refiere que el recurso cuestiona la valoración de la prueba testimonial mediante afirmaciones dogmáticas propias de la óptica defensiva de la parte que lo interpone –en legítimo ejercicio de su ministerio–, pero que no aportan argumentos o agravios concretos suficientes para menoscabar el razonamiento del a quo. A su modo de ver la reiteración de la versión del acusado no aporta argumentos que denoten errores o vicios en la sentencia, y agrega que el tribunal valoró debidamente el plexo probatorio, en especial en cuanto a la autoría de D..

Allí se explicó por qué su supuesta interceptación previa en la vía pública es inverosímil, y los motivos que daban credibilidad a los testimonios de los policías Quevedo y Echevarría sobre el procedimiento que derivó en su aprehensión.

Sobre la falta de secuestro de la res furtiva, afirma que la sentencia explicó las razones que permitían considerar cierta la plataforma fáctica según la cual los autores entraron y salieron del domicilio en más de una ocasión, llevándose a un lugar seguro los bienes que no fueron hallados.

Eso justifica, además, que el delito se califique como consumado y no tentado. Por tales motivos, considera que el recurso debe ser rechazado.

4.- Audiencia de informe oral

El día 24 de noviembre pasado tuvo lugar la audiencia de informe oral del recurso solicitada por el impugnante, oportunidad en la cual la defensa de F.D.D. expuso in voce los motivos de agravio y el Fiscal Adjunto de la Procuración General dictaminó al respecto –v. fs. 311 y vta.–.

5.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

Puesto a resolver la impugnación en tratamiento adelanto que, según las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso no debe ser acogido.

Los argumentos de la defensa pueden esquematizarse para su análisis del modo que sigue.

La sentencia incurriría en vicios in procedendo en la valoración de prueba, pues

- i) no se pudo acreditar que D. hubiera estado en el lugar del hecho antes de ser detenido;
- ii) tampoco que los elementos sustraídos lo hayan sido por el acusado; y
- iii) que se restó importancia y consideró mentirosos a los testigos de descargo.

A su vez, en el vicio in iudicando de haber considerado consumado el hecho, a pesar de que no se acreditó que ciertos objetos hubieran sido sustraídos.

En lo que sigue explicaré que los argumentos del a quo empleados para acreditar la autoría del acusado no responden a un ejercicio de valoración probatoria arbitrario. Esto porque explicó adecuadamente la intervención de D. en el robo de los elementos que no pudieron ser secuestrados.

A ello debe agregarse que el único testigo ofrecido por la defensa –la víctima– no contribuye a acreditar su versión.

En base a que la plataforma fáctica será confirmada, tampoco puede tener cabida el argumento jurídico respecto a la calificación del delito como tentativa de hurto. La compulsa de la sentencia impugnada da cuenta de que el juzgador tuvo por acreditado el suceso criminoso, por una parte, en base al testimonio de la víctima M.Á.C., al informe de Policía Científica que daba cuenta del ingreso mediante la aplicación de un objeto extraño en la cerradura, y de la sustracción de numerosos bienes muebles. Por otro lado, tomó en cuenta que la existencia del hecho no había sido discutida por la defensa (fundamentos, fs. 271 y vta.).

En otro orden, el a quo reconstruyó cada uno de los argumentos de la defensa, y los contestó progresivamente (fundamentos, fs. 271 y vta.). De aquellos alegatos, la defensa en esta instancia reitera algunos de ellos: que el acusado no tomó parte en el robo, que –en todo caso– intentó cometer un hurto; que se valoraron erróneamente las pruebas de descargo; y que no se logró el secuestro de los objetos supuestamente robados. Ahora bien, el a quo desestimó fundadamente la teoría del caso presentada por el acusado.

Descartó que el hecho hubiera ocurrido desde las 20:00 hs. del 18 de abril de 2019 como pretende la defensa, en base a la llamada efectuada por un ciudadano al número de emergencias 911 alertando que en ese momento se estaba cometiendo un robo, llamada que tuvo lugar a las 1:49 hs. del 19 de abril de 2019, y a que apenas diez minutos después se hicieron presentes los policías Q. y E.. Estas pruebas simultáneamente descartan que el robo hubiera sido cometido por otra persona a las 20:00 hs. del día anterior, y que D. hubiera sido aprehendido en la vía pública y no en el domicilio del hecho. La veracidad de los testimonios de los efectivos policiales no pudo ser desvirtuada por la defensa, a juicio del a quo, pues Q. y E. mantuvieron coherencia y verosimilitud en su relato del procedimiento que derivó en la aprehensión del acusado. Sobre su contraste con testimonios de descargo, de la lectura de la sentencia condenatoria no se advierte que el a quo haya descalificado a los testigos ofrecidos por la defensa, ni el recurrente ha explicado de qué manera otros testimonios permitirían corroborar la versión de D. y desvirtuar la de los efectivos Q. y E..

De la compulsión de las actuaciones se advierte que los únicos testigos ofrecidos por la defensa fueron M. C. y N. D. A. (fs. 203 vta.). Consta en autos que el primero de ellos es la víctima, que declaró sin que su versión corroborase la explicación del acusado del hecho, y que las partes desistieron de la comparecencia del segundo (fs. 270 vta.).

Coincidió con el señor Procurador General respecto a que la defensa no ha concretado este agravio de manera tal que pueda ser considerado una **crítica eficaz contra la sentencia: no ha individualizado los testimonios a los que alude, ni identifica cómo habrían sido descalificados por mentirosos**, ni cómo se habría meritado erróneamente algún testimonio, ni –en definitiva– demuestra de qué manera otros testimonios controvertirían la coincidente declaración de los efectivos policiales que participaron del procedimiento.

Por el contrario, **el único testigo ofrecido por la defensa** que declaró en el debate es la víctima, y es la defensa misma la que afirma que puede haber «declarado falazmente incorporando elementos faltantes a los fines de agravar la situación procesal» de D. (recurso, fs. 289).

La circunstancia referida a que el robo fue cometido a través de varias etapas en las que se sustrajeron los elementos que no pudieron ser secuestrados –o con la participación de otros sujetos no aprehendidos– fue tenido por acreditado por el a quo a través de un detalle no controvertido por la defensa: que D. fue aprehendido mientras tomaba del domicilio un ventilador y un objeto que luego se determinó era el control de un aparato electrónico (fundamentos, 272 vta.).

Esto permitió al juzgador, también, asignar **credibilidad a la víctima** respecto de los bienes muebles que integraban el objeto del delito y tener por acreditado el faltante de otros elementos, de manera de considerar consumado al robo.

Respecto a este punto el a quo detalló la valoración que le permitió descartar la calificación tentada del hecho. En este orden, el a quo sostuvo que «finalmente, si el hecho fue consignado en tentativa (fs. 14) se debió exclusivamente a que todavía no había prestado declaración M. Á. C., quien lo hizo recién a fs. 31, dando cuenta de la sustracción de una gran cantidad de bienes muebles de su domicilio, lo cual motivó necesariamente una modificación del avoque como delito consumado (fs. 34). [...] En este orden de ideas, el hecho de que no se haya podido dar con el resto de los bienes sustraídos obedece a dos razones alternativas que no pudieron ser acotadas y certificadas durante la investigación, pero que de ningún modo enervan la certeza de la hipótesis acusatoria, esto es, que el delito está consumado y que D. fue uno de los coautores.

Es cierto que pudieron haber participado del evento otros individuos que no fueron identificados, pero también es compatible con la plataforma fáctica que D. y R. entraran y salieran del domicilio en más de una ocasión, llevándose a un lugar seguro los bienes muebles que no fueron hallados» (fundamentos, 272 vta.).

La motivación de la sentencia es, en definitiva, suficiente a los fines de su mantenimiento como acto jurisdiccional válido. Ello, a tenor de la jurisprudencia de este Cuerpo en el sentido que los posibles defectos de la resolución, para conllevar la extrema solución de su nulidad, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (**L.S.186-427, 153-011, 354- 218, 392-94 y 397-177**, entre otros), lo que en autos no ocurre.

Así, el a quo deriva la conclusión condenatoria de las pruebas rendidas, que evaluó de conformidad con las reglas de la sana crítica racional y el principio de unidad de la prueba, que impone su consideración conjunta, «...pues muchas veces la certeza se obtiene de probanzas, que individualmente estudiadas pueden aparecer como débiles o imprecisas, pero complementadas y unidas entre sí, llevan al ánimo del juzgador la convicción acerca de la existencia de los hechos denunciados» (L.S. 393-243, 382-107, 381-233, entre otros), que es lo que ha sucedido en la causa.

A su vez, el recurso no constituye una crítica razonada de la sentencia, sino una discrepancia con el criterio con el que fueron ponderadas las probanzas, desde que se limita a brindar una interpretación distinta de las mismas o a solicitar una diferente calificación del hecho sin fundamento objetivo ni legal.

Por lo tanto, y opinión concordante del señor Procurador General, corresponde confirmar la sentencia cuestionada, por no adolecer de los vicios endilgados ni de arbitrariedad alguna. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio y Dr. Adaro. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los Dres. JOSÉ V. VALERIO y MARIO D. ADARO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los Dres. JOSÉ V. VALERIO y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa oficial de F.D.D.
- 2.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 3.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro

37- RINCON CADIZ. 18-12-20

| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 54 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
|----|----|----|------|------------|---------|---------|----------|---------|-----------|---------|---------|-------------|---|------------|
| - | - | - | - | PCE | - | - | A | - | CI | - | - | - | - | 474 |

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=467>

Lex: Art. 166 inc. 2°, 1° párrafo, 1° supuesto, 166 inc. 1°, 167 inc. 2° y 54 del CP.

Vox: Robo agravado. Arma impropia. Lesiones graves. Poblado y banda. Concurso ideal.

Summa:

El **TPC** condenó al nombrado a la pena de **siete años de prisión** como autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma impropia, por causar lesiones graves a la víctima y por ser en poblado y en banda, todo en concurso ideal (arts. 166 inc. 2°, primer párrafo, primer supuesto, 166 inc. 1°, 167 inc. 2° y 54 del Código Penal).

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1° y 2 CPP).

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1179, pronunciada por el TPC N° 1- 1° CJ.

SCJM. Dres.: **Valerio. Adaro. Palermo.**

Fallo.

CUIJ: 13-05340007-2/1((018601-9315)) FC/ RINCON CADIZ, CARLOS ALFREDO ARNALDO P/ ROBO AGRAV. POR CAUSAR LESIONES GRAVES A LA VICTIMA ROBO AGRAV. POR SER EN EL POBLADO Y EN BANDA, TODO ELLO EN CONC, IDEAL (9315) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105509721*

En Mendoza, a los dieciocho días del mes de diciembre del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05340007-2/1, caratulada "F. C/ RINCON CADIZ, CARLOS ALFREDO ARNALDO P/ ROBO AGRAV. POR CAUSAR LESIONES GRAVES A LA VÍCTIMA ROBO AGRAV. POR SER EN EL POBLADO Y EN BANDA, TODO ELLO EN CONC. IDEAL S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. MARIO D. ADARO, y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

La defensa de Carlos Alfredo Arnaldo Rincón Cádiz interpone recurso de casación (fs. 398/413) contra la sentencia N° 1179 (fs. 386 y vta.) y sus fundamentos (fs. 387/396), mediante la cual se lo condenó a la pena de siete años de prisión como autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma impropia, por causar lesiones graves a la víctima y por ser en poblado y en banda, todo en concurso ideal (arts. 166 inc. 2°, primer párrafo, primer supuesto, 166 inc. 1°, 167 inc. 2° y 54 del Código Penal) en la causa N° P-9315/19.

El pronunciamiento fue dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial, actuando en Sala Unipersonal.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:

1.- Sentencia recurrida

El tribunal de juicio tuvo por probado que, «[p]ara fecha 1 de febrero de 2019, siendo aproximadamente las 03:30 horas, Oscar Damián Irrutia egresó de su domicilio ubicado en Ruta 23 s/n, Asentamiento Santo Tomás de Aquino, El Borbollón, Las Heras, alertado por su hermano Raúl Genaro Irrutia de que varios sujetos habían intentado ingresar al mismo.

En ese momento observó a Carlos Alfredo Arnaldo Rincón Cádiz y a Marcio Nahuel Rincón Cádiz, junto con otros tres o cuatro sujetos no habidos ni individualizados, a cincuenta metros de distancia, originándose una discusión con ellos. En dicha oportunidad, Marcio Nahuel Rincón Cádiz le propinó varios golpes en la cabeza a Oscar Damián Irrutia con un caño de gas amarillo utilizado como arma tipo tumbera, mientras que Carlos Alfredo Arlando Rincón Cádiz le asestó un golpe en la cabeza con un machete de aproximadamente cuarenta centímetros de largo con mango de goma color negro, provocándole a la víctima lesiones con un tiempo probable de curación e inutilidad para el trabajo mayor a un mes. Seguidamente, el denunciante huyó del lugar e ingresó al interior de su propiedad seguido por los incusos, quienes también ingresaron, sustrayendo Marcio Nahuel Rincón Cádiz una batería de color negro con letras rojas, que se encontraba a metros de la puerta de ingreso, al tiempo que otro de los autores rompió el vidrio de la luneta del vehículo marca Peugeot, modelo 504, dominio VEB-786 que se encontraba en el

interior del patio del lugar y luego arrancó el estéreo con frente de color negro e inscripción CDX-5605 del habitáculo de dicho automotor dándose luego todos a la fuga con la res furtiva en su poder».

Para así decidir el sentenciante valoró, entre los elementos más importantes, las declaraciones testimoniales de Oscar Damián Irrutia, Raúl Genaro Irrutia, Graciela Pasten, Diego Torres, Roberto Aceituno, Alfredo Ignacio Rincón, Elena Rincón, Leonardo Ríos y Pedro Sánchez; el acta de procedimiento de fs. 01/03; las fotografías del automóvil marca Peugeot, modelo 504, dominio VEB-786 de fs. 07/09; el acta de secuestro de fs. 11; el examen físico de Oscar Damián Irrutia de fs. 55; el desgrabado del CEO de fs. 82/86; la declaración del imputado Carlos Alfredo Arnaldo Rincón Cádiz de fs. 94/97; las actas de rueda de reconocimiento de persona de fs. 127/130 y vta.; y, la historia clínica del Hospital Central de Oscar Damián Irrutia de fs. 262/277.

2.- Recurso de casación

El recurrente promueve su impugnación sustentada en las disposiciones del art. 474 inc. 2° del CPP.

Así, considera que la sentencia carece de logicidad, de sentido común, de congruencia, de razonabilidad y de análisis de las constancias de la causa, por lo que a su entender resulta arbitraria.

En particular, sostiene que existen dos cuestiones que no fueron analizadas correctamente por el a quo:

1) el desgrabado del CEO y, 2) el sobreseimiento de Pedro Sánchez. En primer lugar, el recurrente argumenta que el sentenciante reforzó su hipótesis en el desgrabado del CEO (fs. 82/85) en el que se dejó constancia que el desplazamiento de las movibilidades fue en razón de un robo y no de riñas o altercados entre vecinos.

Sin embargo, el recurrente hace referencia que el sentenciante erróneamente no visualizó que en el desgrabado, a fs. 85, la víctima Oscar Irrutia manifestó que «[h]abría ido uno de los hermanos a comprar una cerveza, cuando arriba el mismo al domicilio regresa golpeado y este manifiesta que los QRJ alias Caco (Rincón Cádiz Calos Alfredo) lo habría golpeado por Ruta 23 QSY, la víctima y los hermanos salen del domicilio para enfrentar a los QRJ quienes lo amenazan, al regresar al domicilio los QRJ lo persiguen mantienen R-31 ingresan al domicilio y previo amenazarlos con un machete, le sustraen de un vehículo P-504 dominio VEB-786 el stereo del mismo, el vehículo se encontraba sin medidas de seguridad».

Al respecto, la defensa sostiene que surge claramente del CEO que nunca existió desde el inicio un robo, sino una riña, tal como lo postuló durante el debate.

En segundo lugar, le resulta dudoso que Pedro Sánchez fuera sobreseído, en tanto era el sujeto que conducía la motocicleta.

Al respecto, hace referencia que Sánchez manifestó que observó a los policías y se volvió a la casa de Rincón.

Por ello el recurrente señala que, si Sánchez dice la verdad por qué razón la policía, según el desgrabado del CEO, observó a dos sujetos que circulaban en una moto y no a un sujeto.

Además, el recurrente manifiesta que cuando la policía llegó al domicilio de Rincón buscaba a dos sujetos y no a uno. Por tanto, sostiene que pueden ocurrir tres situaciones, que Sánchez mintió, o que personal policial mintió o que quien realizó el desgrabado del CEO omitió poner que se trataba de un solo sujeto, y no de dos sujetos.

Asimismo, el recurrente señala que del CEO surge que fueron cuatro sujetos y que según Pedro Sánchez ese día se reunieron Carlos Alfredo Rincón, su hermano Nahuel, el Colorado y él. También indica que Graciela Pasten manifestó que fueron cuatro los sujetos. Por lo tanto el recurrente se pregunta nuevamente por qué Pedro Sánchez fue sobreseído de la causa.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General considera que no debe hacerse lugar al recurso de casación, convalidando en su totalidad la sentencia impugnada.

Advierte que la impugnación gira principalmente en torno a descalificar el razonamiento del Tribunal, intentado dar preeminencia a la versión defensiva a partir de una nueva valoración de parte del plexo probatorio y desde una óptica favorable al encartado.

En efecto, sostiene que el sentenciante valoró acabadamente el plexo probatorio en su conjunto, tanto prueba testimonial como instrumental, e incluso analizó la hipótesis defensiva, la que, según su entender, en forma fundada calificó como inconsistente y plagada de contradicciones.

4.- Solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso de casación formulado considero, por los motivos que a continuación se exponen, que no corresponde hacerle lugar.

Ello en tanto, y luego de analizados los fundamentos del fallo cuestionado, así como el recurso interpuesto, entiendo que el dictum se encuentra suficientemente motivado y que los agravios propuestos por el recurrente no logran conmover la conclusión a la que arriba el sentenciante.

De tal manera, estimo que la crítica esgrimida es una discrepancia con el modo y la posición adoptada por el sentenciante, ya que el recurrente no logra demostrar que la motivación de la resolución sea insuficiente o que adolezca de vicios de arbitrariedad, circunstancia que implicaría una falencia capaz de motivar la anulación del pronunciamiento como acto procesal válido.

Esto a la luz de la reiterada jurisprudencia de esta Sala, en el sentido de que los defectos de la sentencia, para conllevar tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (conf. **LS. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177**, entre otros); lo que en la especie no ocurre. El planteo de la defensa tiene como eje central de la impugnación la afirmación que referida a que los hechos objeto del proceso sólo se trataron de una pelea en el que resultó lesionado Oscar Irrutia, y no de un robo.

Al respecto, argumenta que existieron dos cuestiones que no fueron analizadas correctamente por el a quo.

Por un lado el desgrabado del CEO, del que surge que no existió desde el inicio un robo, sino una riña. Por el otro lado, el sobreseimiento de Pedro Sánchez, en tanto era el conductor de la motocicleta.

En primer lugar, y tal como lo adelantara, estimo que no le asiste razón al recurrente al cuestionar la valoración probatoria realizada por el magistrado de la instancia anterior.

Se advierte de los fundamentos de la resolución cuestionada que el sentenciante sustentó su decisión en el análisis contextualizado de las pruebas rendidas en la causa, las que ponderó de acuerdo a las reglas de la sana crítica racional, cuyo apartamiento el recurrente no ha podido demostrar.

Asimismo se advierte que el recurrente no logra explicar debidamente la decisividad de los supuestos cuestionamientos, así como tampoco explica por qué razón su valoración haría variar la solución adoptada.

En efecto, el a quo efectuó un prolijo y riguroso estudio sobre los elementos de prueba colectados. Así, a partir del relato de los testigos de cargo, principalmente de Raúl Irrutia, el juzgador sostuvo, adecuadamente a mi criterio, que el hecho ocurrió en dos momentos o tramos: «[e]n el primero, dos o más sujetos intentan ingresar al inmueble de las víctimas con fines de robo. En el segundo, los moradores de dicho inmueble –los hermanos Irrutia– van en búsqueda de los presuntos autores y mantienen un

altercado con estos, siendo ahí herido de gravedad Oscar Irrutia. Es en ese segundo tramo en el cual los autores ingresan al domicilio de los mencionados apoderándose de objetos de su propiedad» (fs. 389).

Debe destacarse que de los fundamentos y del soporte audiovisual del debate surge que Raúl Irrutia fue quien tuvo una visión más completa del evento.

En efecto, este testigo observó en el segundo tramo de los acontecimientos que «[l]e pegan en la cabeza a mi hermano [...] le robaron la batería, el estéreo y le rompieron la luneta de un Peugeot que estaba por arreglar [...] el que saca el estéreo es el hermano del Caco con el Colorado [...] el que se lo lleva es el Caco (el acusados en autos). Se le consultó al testigo si había visto al imputado recibir el estéreo y manifestó que sí, que a aquél se lo habían pasado y que se lo había llevado (fs. 389 vta.).

Es de resaltar que declararon en sentido coincidente la víctima, Oscar Irrutia, y su concubina, Graciela Pasten, quienes manifestaron que el acusado le propinó a la víctima un golpe con un machete a la altura de la frente.

Agregaron que el hermano de «El Caco» (alias «Plancha») y «El Colorado» ingresaron a su domicilio y se apoderaron de una batería y -previo romper la luneta de un vehículo que le habían dejado para su reparación- le extrajeron el estéreo. También, en sentido coincidente, depuso en la investigación penal preparatoria Diego Torres, vecino del lugar, al manifestar que Carlos Rincón hacía de «campana», es decir cumplía la función de avisar a sus cómplices en caso de que se presentaran terceros a auxiliar a las víctimas.

Si bien se advierte que el testigo durante el debate oral trató de no perjudicar con sus palabras la situación procesal del acusado al manifestar que no lo vio entrar a robar, sí refirió que vio que estaba ahí rescatando al hermano para que se fuera a su casa y no hiciera más quilombo, el sentenciante explicó, acertadamente a mi criterio, las razones por las que descartó esta declaración y tuvo en cuenta, al momento de la valoración probatoria, la prestada durante la investigación penal preparatoria (fs. 390 vta./391).

Asimismo, es de resaltar la declaración del funcionario policial que efectuó la aprehensión del acusado, el oficial Roberto Aceituno. Durante el debate manifestó que fue desplazado por el aviso de un robo y que al llegar al lugar observó a una motocicleta con dos ocupantes que realizaban una maniobra evasiva, por lo que trató de darle alcance.

Agregó que en ese momento los ocupantes de la motocicleta arrojaron un objeto, resultando ser el estéreo sustraído a Oscar Irrutia. Expresó que quienes se conducían en la motocicleta eran Pedro Benjamín Sánchez Gira como conductor y el acusado como acompañante.

A ello cabe agregar que, según surge de los fundamentos, estas declaraciones fueron corroboradas por los siguientes elementos de convicción: el acta de procedimiento de fs. 1/2; las fotografías del vehículo de fs. 7/9, que dan cuenta del daño en la luneta y donde se encontraba el estéreo; el acta de secuestro del estéreo sustraído de fs. 11; la certificación de las lesiones de la víctima de fs. 55, en la que se indica que presente una herida cortante en región frontal provocada por un machete, con fractura y hundimiento medio frontal expuesta, con una incapacidad laboral mayor a un mes; el reconocimiento en rueda de personas del acusado por parte de Diego Torres, Raúl Irrutia, Graciela Pasten y Oscar Irrutia d fs. 126/128; y, por último, el desgrabado del CEO de fs. 82/86, en el que surge que el 01/02/19 a las 05:10 hs. se registró el llamado de un hombre que afirmó que «[u]nos qjrj lesionaron a su hermano en situación de robo. Dice que tiene una fuerte lesión en la cabeza» (fs. 82), por lo que el desplazamiento de las moviidades fue en razón de un robo. De lo expuesto se advierte, tal como lo sostuvo el sentenciante, que «[l]as pruebas son contundentes, no sólo en relación con la existencia material del hecho, sino también en lo que respecta a la autoría del imputado» (fs. 393 vta.).

Asimismo, es de resaltar que durante el debate oral la defensa planteó que el acusado no era el autor del delito de robo agravado sino, y eventualmente de lesiones, en tanto no habría ingresado al domicilio de las víctimas, ni habría tomado con sus manos los objetos sustraídos.

Al respecto, el sentenciante, acertadamente a mi criterio, expresó que «[e]n el caso concreto es irrelevante que Carlos Rincón no haya ingresado al inmueble a tomar la batería sustraído, o que no haya roto la luneta del vehículo, o que no haya arrancado el estéreo de este. Lo relevante, en orden a la atribución del hecho como su obra, es que golpeó a la víctima con un arma, mientras quienes lo acompañaban ejecutaban las acciones antes mencionadas. Luego tomó parte de la res furtiva y se alejó del lugar.

Que haya existido o no un plan, me refiero a una deliberación para cometer el delito de esa forma, estableciéndose el rol de cada uno de los partícipes, o que esto se haya dado –por decirlo de manera coloquial– sobre la marca, como finalmente ocurrió, también resulta irrelevante. Lo determinante en definitiva es que se han podido acreditar los extremos objetivos y subjetivos de la coautoría, lo que hace que el resultado se les impute a todos los intervinientes» (fs. 395).

En segundo lugar, tampoco tiene asidero alguno la crítica formulada en cuanto a que Pedro Sánchez fue sobreseído en la presente causa a pesar de ser el conductor de la motocicleta.

Al respecto, el sentenciante indicó que aquél fue sobreseído en tanto no fue sindicado como partícipe del robo, más allá que estuviera siendo investigado por la posible comisión del delito de encubrimiento (ello, en los autos P-752765/19).

De tal manera, el recurrente no explica debidamente los motivos de por qué el sobreseimiento de Pedro Sánchez de la presente causa eximiría de responsabilidad al acusado en tanto, y como se detalló, los elementos de prueba obrantes son contundentes en relación a ella.

En base a lo hasta aquí analizado, puedo concluir que no observo en el fallo bajo análisis defectos de motivación en el desarrollo de sus fundamentos, ni contradicciones a los principios de la sana crítica racional que lo conviertan en inmotivado o arbitrario en cuanto a la determinación de la plataforma fáctica tenida por cierta.

Con lo que, a mi juicio, los vicios denunciados por el recurrente, a más de constituir una reedición de los planteos expuestos durante el debate, los que fueron debidamente abordados y resueltos en la pieza impugnada, no presentan argumentos sólidos que permitan aquí la modificación de lo allí resuelto, lo que conduce a su rechazo.

Por todo lo expuesto, y en opinión coincidente con la vertida por el Procurador General, debe contestarse de manera negativa la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazarse el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro y Dr. Palermo. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR. A PALERMO, por sus fundamentos, adhiere al voto que antecede. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO, adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO, adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuestos por la defensa de Carlos Alfredo Arnaldo Rincón Cádiz.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Remitir las presentes actuaciones al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro

38- CABRERA SALINAS. 29-12-20

| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
|----|----|----|------|--------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|-------------|---|------------|
| - | - | - | - | PCE | - | - | A | - | - | UP | - | - | - | 474 511 |

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=472>

Lex: Art. 166 del CP. Art. 58 del CP. Art. 511 y concordantes del CPP.

Vox: Robo agravado. Observación cómputo de pena. Unidad de trato punitivo. Unidad de reacción penal. Unificación. Cómputo de plazos en procesos paralelos en caso de sobreseimiento o absolución.

Summa:

El **JPC** no hizo lugar a la observación de cómputo de pena correspondiente a la sentencia N° 1802; mediante auto respectivo

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 del CPP).

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** resolvió hacer lugar al recurso de casación deducido por la defensa y, en consecuencia, anular el auto dictado por el JPC, remitiendo los presentes obrados al JPC correspondiente, a fin de que la OGAP determine el juez que deberá resolver el planteo conforme las razones aquí desarrolladas y practicar **nuevo cómputo de pena** en el que se tengan en cuenta los días de encierro sufridos por el condenado en autos P-6558/20 (art. 486 del CPP).

Resolución cuestionada: Auto N° 1932, pronunciada por el JPC N° 1- 2° CJ.

Doctrina citada.

ZAFFARONI, Eugenio r. y ots.; Derecho Penal. Parte General; Ediar; Buenos Aires; 2003; pág. 1006.

Precedentes relacionados

a-SCJM

Cómputo de pena:

- Sebastianelli. 17-08-18:
<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/sumfal.php?fallo=MTAwMDAwMDI1Njg=&tabla=c2M=>

“Sobre si resulta factible computar en el cómputo de la pena los días sufridos en prisión preventiva en una causa en la que se obtiene un resultado favorable para el imputado, y así descontarlos del tiempo total de prisión, es un interrogante que la normativa vigente no brinda solución a dicho planteo, con lo cual el remedio que se adopte debe resultar lo más ajustado a la casuística que se presente, y según como se presente ésta, será la respuesta que se adopte, de modo tal de conciliar jurídicamente los diversos intereses en juego...A modo de regla general, se considera que cuando un sujeto es imputado por diversos delitos, cada de los cuales se tramita procesalmente por vías independientes, y culminan a través de actos jurisdiccionales diversos, salvo que se trate de algunos de los casos contemplado en el art. 58 CP, la detención cautelar sufrida por el condenado en alguno de ellos, no puede descontarse en computarse en la pena impuesta en última instancia. De no ser ello así se habilitaría una especie de doble valoración del tiempo de detención... Toda vez que no resulte posible unificar penas o sentencias, la privación de libertad sufrida por un sujeto en el marco de un proceso judicial que concluye con un pronunciamiento

condenatorio o absolutorio, no puede ser proyectado y descontado del tiempo de detención que deba cumplirse en el ámbito de otro proceso distinto, cuya resolución fuera alcanzada con independencia de aquel, por lo que son procesos distintos, separables jurídica y procesalmente, tramitados y resueltos por vías diversas, por lo que manteniendo cada uno su individualidad, la detención sufrida debe sólo computarse, si corresponde, en cada uno de ellos...Ante los **diversos procesos seguidos con relación al mismo sujeto y que aparecen resueltos a través del mismo pronunciamiento jurisdiccional**, es decir, integrando el mismo proceso ventilado a través del mismo debate, y por el que se arriba a la misma sentencia, la vinculación procesal señalada permite apartarse de la regla y, en consecuencia, al tratarse de procesos paralelos, frente al supuesto que su tramitación culmine con una sentencia de condena con relación a todos o algunos de los delitos investigados, permite que el cómputo de pena que se practique, deba ser integrado con todos los períodos de tiempo en que el imputado estuvo privado preventivamente de su libertad, computándose como tiempo total de detención...La sucesividad en la tramitación de procesos, representa una desvinculación de la prisión preventiva sufrida en otra causa, por cuanto ésta se sustancia y se resuelve con anterioridad a que se diere inicio a la nueva causa. Es solamente ante el paralelismo de procesos, donde la solución no varía según se trate de causas en las que el imputado resulta condenado o absuelto, ya que, en ambos casos, el tiempo de detención debe ser descontado, tanto cuando en el proceso paralelo al condenado, se haya impuesto o no pena”

Parágrafos destacados.

“En estos casos, como anticipé, tanto la privación de libertad como la investigación y juzgamiento deberían ser únicos –no sólo la pena que se imponga en hipótesis de acreditarse su responsabilidad penal– y, si ello no es posible por causas no atribuibles a la persona sometida a proceso, no parece adecuado dejar de considerar en el cómputo de pena única los días de privación de libertad sufridos en alguna de esas causas en las que resultó absuelta o sobreseída.” (Preopinante)

“Contrastadas estas circunstancias con las consideraciones del **precedente «Sebastianelli»**, es claro que le asiste razón al recurrente en cuanto a que el presente caso se corresponde con la excepción a la regla allí señalada, aún cuando los tres procesos paralelos no hayan sido resueltos en la misma sentencia y por el mismo juez. “(Disidencia parcial)

SCJM. Dres.: **Palermo.** Adaro. Valerio (Disidencia parcial).

Fallo.

CUIJ: 13-05400933-4/1((028501-142)) SOL.JUICIO ABREV. INICIAL EN SUBSIDIO SOL. AUD. PRISION PREVENTIVA EN AUTOS N° P-757615/19 CARAT. F. C/ CABRERA SALINAS P/ ROBO AGRAVADO P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105575922*

En Mendoza, a los veintinueve días del mes de diciembre del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05400933-4 caratulada "SOLICITA ... EN AUTOS «F. C/ CABRERA SALINAS, NERI ALEJANDRO P/ ROBO AGRAVADO» S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. OMAR A. PALERMO; segundo, DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero, DR. MARIO D. ADARO.

El defensor oficial de Neri Alejandro Cabrera Salinas interpone recurso de casación contra el auto N° 193 mediante el que no se hizo lugar a la observación de cómputo de pena correspondiente a la sentencia N° 1802; pronunciamiento dictado por el Juzgado Penal Colegiado N° 1 de San Rafael, Segunda Circunscripción Judicial, en el Legajo N° 142, caratulado "Sol. Juicio Abrev. Inicial ...".

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO:

1.- La resolución recurrida

El tribunal impugnado resolvió del modo precedentemente señalado, por entender que «éste no es un caso en que daba resolverse una violación a las reglas del concurso [...] ya que la disposición del art. 58 del Código Penal, que regula el tema, resulta de aplicación únicamente cuando deban unificarse penas o condenas y en el sub júdice la detención que sufriera [Cabrera Salinas] en el Expte. N° P-6558/20 concluyó oportunamente con un sobreseimiento, por lo cual no había que llevar a cabo ninguna unificación». Asimismo, sostuvo que «la doctrina y la jurisprudencia es muy diversa ya que la redacción del art. 24 del C.P., no abarca todas las posibilidades que se presentan en la práctica» y que «al efectuarse el cómputo en el legajo se expuso que no se debía considerar la detención que había sufrido [Cabrera Salinas] en el Expte. N° P-6558/20, porque la misma no había sido contemporánea con la que sufriera en los procesos que integran la sentencia N° 1802.

Es decir, que el condenado no había estado simultáneamente a disposición de los magistrados que instruían alguno de los procesos por los que resultó condenado. Ello implica [...] que no se puede "compensar" en el cómputo, una detención producida en un proceso diverso (en el que resultó sobreseído) y además de ello esa privación de la libertad fue algunos meses antes, respecto de la que sufriera en las causas por las que luego resultara condenado» (conforme expediente digital, resolución de fs. 16/17).

2.- El recurso de casación de la defensa de Neri Cabrera Salinas

El recurrente promueve su impugnación a tenor de lo dispuesto por el art. 474, inc. 1° del CPP, esto es, por considerar que existen vicios in iudicando en la resolución que cuestiona. En ese orden, señala que en la resolución cuestionada se ha interpretado erróneamente el art. 24 del CP, ya que la contemporaneidad requerida por esa norma está dada en relación a la existencia de dos o más procesos que en algún

momento hayan estado abiertos en forma simultánea. Expresa que, a su entender, es lo que ha ocurrido en el presente caso con los expedientes P-757.615/19 y P-6.558/20. Sostiene que es innegable la relación e incidencia que conlleva un debido ejercicio de las reglas de conexidad con la aplicación de la prisión preventiva de acuerdo a lo normado por el art. 24 del CP. Así, entiende que el art. 58 del CP busca, entre sus objetivos, que un único juez tenga un conocimiento integral de la situación procesal del sujeto imputado; por lo que, de acuerdo al razonamiento del juez de sentencia, debe tenerse en cuenta que si el condenado Cabrera no ha estado simultáneamente a disposición de los magistrados que instrúan alguno de los procesos por lo que resultó condenado es porque no se aplicó debidamente el art. 58 del CP. Entiende que el juez de sentencia ha considerado la detención de los autos P-6.558/20 únicamente frente a los autos P-38940/20 –que por ser posterior al cierre definitivo de los autos P-6.558/20 tiene calidad de proceso sucesivo–, pero la situación es diferente en autos P-75.761/19, que también forman parte de la sentencia condenatoria y que, por ser anterior y haber mantenido coexistencia con el expediente P-6.558/20, tienen entre los mismos calidad de procesos paralelos.

Considera que la celeridad con que se dictó la sentencia de sobreseimiento en autos P-6.558/20 no puede invocarse en detrimento de su defendido, puesto que si el órgano jurisdiccional no se hubiera apresurado en resolver la situación del acusado en esos obrados ese último hecho probablemente hubiera sido resuelto en el proceso que dio lugar a la sentencia N° 1.802 y, en consecuencia, se hubiera computado el tiempo de prisión preventiva sufrido en esas actuaciones.

En virtud de ello, sostiene que el tiempo en que Neri Cabrera estuvo detenido en el proceso por el que fue sobreseído debe subsanarse al momento de efectuarse el cómputo de pena de aquel proceso contemporáneo en el que fue condenado, pues debe darse al condenado el mismo tratamiento que hubiera recibido si su situación se hubiese resuelto en un único proceso y ante un único tribunal. Cita jurisprudencia en respaldo de su posición. Por otro lado, analiza el fallo “Sebastianelli” de esta SCJ que fuera citado por el a quo y concluye que el tribunal recurrido hace alusión a la regla general de interpretación del art. 24 del CP desarrollado uno de los votos de aquel precedente, pero omite señalar las excepciones indicadas allí y por qué, en el caso, se debe apartar de alguna de esas excepciones. En función de lo expuesto, solicita se haga lugar al recurso y se case la resolución impugnada, conforme a la pretensión de esa parte. Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Fiscal Adjunto.

En oportunidad de emitir su dictamen, el Fiscal Adjunto entendió que corresponde rechazar el recurso de casación deducido por la defensa del imputado y confirmar la resolución impugnada.

Ello, en razón de que, al no ser de aplicación el art. 58 del CP por **no tratarse de una unificación de penas**, no resulta posible computar prisiones preventivas que tramitaron por vías independientes.

Considera que, si bien la defensa alega la violación de las reglas del concurso real y el de unidad de investigación, el CPP autoriza muchas excepciones durante la etapa de la investigación penal preparatoria. Por un lado, cuando transitando la misma etapa procesal se determine grave retardo para el proceso. Por otro, cuando por razones de especialidad o funcionalidad, el Procurador –de virtud de sus facultades– disponga otros criterios de intervención que tiendan a la celeridad de los procesos.

Expresa que esto es lo que ha ocurrido en el presente caso, donde los autos P-6558/20 fueron resueltos por sobreseimiento, antes que se promovieran a la etapa de juicio los expedientes restantes, no resultando plausible la pretensión del recurrente de que se esperara a que las demás causas estuvieran instruidas para realizar el juicio por todas.

Es en virtud de ello que el a quo consideró en el cómputo de pena tan sólo las detenciones sufridas en los autos P-757.615/19 y P-38.940/20, en los que tiene jurisdicción para la aplicación del art. 24 del CP, y no las del proceso independiente resuelto mediante sobreseimiento.

Asimismo, señala que la interpretación que el juez de sentencia hizo del fallo “**Sebastianelli**” es correcta en cuanto a que no pueden compensarse en el cómputo de pena las causas que tramitaron por **vías independientes**, salvo el caso del art. 58 del CP, el que fue respetado en la resolución atacada.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

Por diversas razones estimo que corresponde hacer lugar al recurso de casación deducido por la defensa de Neri Alejandro Cabrera Salinas y, en consecuencia, casar la resolución cuestionada, conforme se explicará a continuación.

a) De modo previo, y a fin de una mejor comprensión de la cuestión sometida a consideración de esta instancia, resulta conveniente efectuar una breve reseña de los antecedentes de la causa.

Así, de su compulsas surge que en autos P-757.615/19 se investigó la participación del imputado en la comisión de un delito de fecha 29/09/2019, en el que se ordenó su detención el día 12/06/2020 y por el que fue condenado mediante sentencia 1.802 de fecha 15/07/2020.

Por otro lado, en el expediente P-6.558/20, se dispuso la detención de Cabrera Salinas en fecha 26/01/2020, permaneciendo en ese estado hasta el 07/02/2020, momento en que se ordenó su libertad. En esa causa se dictó su sobreseimiento mediante sentencia N° 1.737 de fecha 10/06/2020 (dos días antes de disponerse su detención en la causa P-757.615/19).

Finalmente, en autos P-38.940/20, el imputado fue privado de su libertad en fecha 19/05/2020 como consecuencia de un hecho acontecido el día 18/05/2020 –permaneciendo en ese estado hasta la fecha– y condenado mediante sentencia N° 1.802 de fecha 15/07/2020, que homologó el acuerdo de juicio abreviado celebrado por las partes, para concluir el procedimiento seguido en esta causa y en la P-757.615/19 antes referida.

b) Aclaradas las fechas de las privaciones de libertad sufridas por el imputado y también las relativas a los pronunciamientos recaídos en las causas seguidas en su contra, corresponde dilucidar qué periodos de detención corresponden ser descontados de la pena que, en definitiva, se le impuso y se encuentra cumpliendo Neri Alejandro Cabrera Salinas. Veamos.

Como es sabido, en nuestro sistema penal rige el **principio de «unidad de la reacción penal»** –también denominado de **unidad de respuesta punitiva**, de concentración de la reacción penal o de pena total–.

De éste se deriva que «cualquiera sea el número de penas que deban ejecutarse sobre la misma persona, el principio republicano -el mínimo de racionalidad exigido a todo acto de gobierno o poder legítimo- hace necesario **unificar el trato punitivo** conforme a las particularidades individuales del sujeto concreto [...]

Este principio debe respetarse tanto (a) cuando existe una única acción pluralmente típica; (b) cuando existe una pluralidad de injustos que deben ser condenados simultáneamente; o (c) cuando existe una pluralidad de condenaciones que importan una pluralidad de penas o de restos de ellas que deben ejecutarse sobre la misma persona» (**ZAFFARONI, EUGENIO R. Y OTS.; Derecho Penal. Parte General; Ediar; Buenos Aires; 2003; pág. 1006**).

El postulado obliga, a mi entender, a juzgar y eventualmente a penar en un solo proceso, toda aquella pluralidad delictiva que se le atribuya a una persona.

Como consecuencia de ello, la legislación procesal establece la conveniencia de la concentración de procesos, es decir, la intervención de un único órgano judicial o tribunal para llevar a cabo la investigación

y, luego, el juzgamiento de casos estrechamente vinculados, ya sea por conexidad objetiva o subjetiva; a fin de favorecer la buena administración de justicia (CSJN, Fallos 332:810 y 316:820) y el adecuado ejercicio de los derechos de las partes. Asimismo, considero que esta circunstancia también debe ser contemplada en orden a las medidas cautelares que se dicten contra las personas sometidas a los procesos aludidos.

Es decir que toda privación de la libertad –ya sea dispuesta mediante simple detención o prisión preventiva, según el caso– debe observar el aludido principio de unidad.

Es que, en mi opinión, cuando existen varios procesos simultáneos seguidos contra una misma persona, éstos deben ser investigados y juzgados por un único órgano judicial –mediante el sistema de conexidad contemplado en el art. 58 del CPP– y sólo podrá ordenarse en relación a ese imputado una única medida cautelar que asegure el resultado de aquellos procesos.

En consecuencia, si tal principio no fuere observado corresponderá que las detenciones sufridas en causas que tramitan en forma paralela sean computadas en la pena única que, en definitiva, se imponga al condenado.

A esos fines, deberán tenerse en cuenta los periodos de privación de libertad sufridos por el imputado aún en aquellos procesos en que resultare absuelto o sobreseído.

Lo expresado no implica que, como se ha sostenido desde diversos sectores de la doctrina, una persona detenida en diferentes procesos pueda acumular días de privación de libertad para que sean descontados en una posterior condena a pena de prisión.

Ello, justamente porque este argumento se basa en la existencia de procesos sucesivos –aquellos casos en que uno proceso concluya mediante absolución o sobreseimiento y, luego de su conclusión, se inicie uno diferente–.

Diferente es la situación –como la traída a conocimiento de esta instancia– en la que coexisten de manera simultánea distintas causas donde se investigan y juzgan diferentes hechos contra una misma persona, y que –por razones ajenas al imputado– no tramitan de manera acumulada (art. 58 del CPP).

En estos casos, como anticipé, tanto la privación de libertad como la investigación y juzgamiento deberían ser únicos –no sólo la pena que se imponga en hipótesis de acreditarse su responsabilidad penal– y, si ello no es posible por causas no atribuibles a la persona sometida a proceso, no parece adecuado dejar de considerar en el cómputo de pena única los días de privación de libertad sufridos en alguna de esas causas en las que resultó absuelta o sobreseída.

Tal el caso que nos ocupa, en el que resulta claro que existieron tres procesos en trámite de manera simultánea, puesto que cuando se produjo el tercer hecho que se le atribuye a Cabrera Salinas –el 18/05/2020- existían dos causas seguidas en su contra en etapa de investigación (P757615/19 y P-6558/20).

Y, si bien la privación de libertad dispuesta en la segunda de esas causas concluyó antes de que el imputado fuera detenido en la primera y también antes del dictado de su sobreseimiento en el mismo expediente en que recuperó su libertad, no puede dejar de valorarse que las tres causas coexistieron en cuanto a su investigación y si no fueron juzgadas de manera acumulada, ello no puede ser atribuido al encausado.

En otras palabras, no comparto lo sostenido por el a quo en cuanto a que el recurrente pretenda «la compensación» de los días que el imputado estuvo detenido en una causa por la que resultó sobreseído, toda vez que no se trata de «un crédito» que pueda hacerse valer en procesos posteriores. Ello sólo podrá predicarse en situaciones de procesos sucesivos.

Es que no puede sostenerse una solución diferente a si los tres expedientes hubieran tramitado de manera conjunta y la privación de la libertad hubiera sido una sola, a fin de que un único órgano judicial decidiera en definitiva y dictara, en su caso, una pena única –de acuerdo a los principios que se mencionaron precedentemente–; ya que en esa hipótesis deberían tenerse en cuenta también los días de detención sufridos en la causa que concluya con el dictado del sobreseimiento o absolución del imputado dispuestos en la sentencia en la que recayó condena en los otros procesos.

Si ello no sucedió así, por motivos ajenos al encausado y aún cuando haya sido por razones legítimas de la administración de justicia, las consecuencias de tal proceder no pueden pesar sobre aquél, tal como sostiene el recurrente. Por consiguiente, resulta claro que los días que el hoy condenado estuvo privado de su libertad en autos P-6.558/20 deben ser descontados del monto de pena de prisión que se encuentra cumpliendo, como consecuencia de la sentencia N° 1802. En razón de ello, corresponde hacer lugar al cuestionamiento analizado. Por todo lo expuesto, entiendo que corresponde dar respuesta afirmativa a la primera cuestión planteada y, en consecuencia, hacer lugar al recurso de casación deducido por la defensa de Neri Cabrera Salinas. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

Voto Dr. Valerio. Por su voto.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, **EL DR. JOSÉ V. VALERIO, POR SU VOTO, DIJO:** En virtud de los motivos que a continuación expondré, comparto la solución que propicia mi colega preopinante, aunque difiero en los motivos que me conducen a ello. Veamos.

Tal como mencionaron sentenciante y recurrente, en el **precedente «Sebastianelli»** expuse mi posición en relación al modo en que debe computarse la prisión preventiva a los efectos de determinar el tiempo de cumplimiento de las penas de prisión efectivamente impuestas.

En aquella oportunidad, sostuve que «a modo de regla general, [...] cuando un sujeto fue imputado por diversos delitos, cada uno de los cuales se tramitó procesalmente por vías independientes, y que culminaron a través de actos jurisdiccionales diversos, salvo que se trate de alguno de los casos contemplados normativamente en el art. 58 del Código Penal, la detención cautelar sufrida por el condenado en alguno de ellos, no puede descontarse en computarse en la pena impuesta en última instancia».

Es que, según entiendo, «[e]sta solución se justifica por cuanto de no ser ello así, se habilitaría una especie de doble valoración del tiempo de detención. En otras palabras, toda vez que no resulte posible unificar penas o sentencias, la privación de libertad descontado del tiempo de detención que deba cumplirse en el ámbito de otro proceso distinto, cuya resolución fuera alcanzada con independencia de aquel; en esencia, estamos ante procesos distintos, separables jurídica y procesalmente, tramitados y resueltos por vías diversas, por lo que manteniendo cada uno su individualidad, la detención sufrida debe sólo computarse, si corresponde, en cada uno de ellos».

Sin embargo, en aquel fallo también puse de resalto que la **regla descripta tiene una excepción**.

Así, «la situación es distinta cuando aquella independencia no es tal sino que, más allá de los casos del art. 58 del C.P., los diversos procesos seguidos con relación al mismo sujeto, aparecen resueltos a través del mismo pronunciamiento jurisdiccional, es decir, integrando el mismo proceso ventilado a través del mismo debate, y por el que se arribó a la misma sentencia. Ante ello, la vinculación procesal señalada permite apartarse de la regla referida y, en consecuencia, al tratarse de procesos paralelos, frente al supuesto que su tramitación culmine con una sentencia de condena con relación a todos o alguno de los

delitos investigados, permite que el cómputo de pena que se practique, deba ser integrado con todos los períodos de tiempo en que el imputado estuvo privado preventivamente de su libertad, computándose como tiempo total de detención».

Ahora bien, en el caso sometido a consideración de esta instancia, resulta evidente que Neri Alejandro Cabrera Salinas estuvo sometido a tres procesos penales paralelos, esto es: a) el tramitado en autos P-757615/19, desde el 29/09/2019; b) el tramitado en autos P-6558/20, desde el 26/01/2020; y c) el tramitado en autos P-35180/20, desde el 18/05/2020.

Si bien es cierto que la detención en la causa donde se investigó el primer hecho (P757.615/19) recién fue ordenada con posterioridad al dictado del sobreseimiento en autos P-6.558/20 y, por ende, a su conclusión –conforme a las fechas reseñadas en el voto precedente–; esa circunstancia obedeció a una decisión del representante del Ministerio Público Fiscal –que bien pudo disponer dicha medida en el mes de enero de este año cuando ordenó la detención en la segunda de las causa tramitadas contra Cabrera Salinas, luego de recabar sus antecedentes o causas en trámite– que no influye en la existencia de tres procesos paralelos en contra del imputado hasta el momento de su sobreseimiento en uno de ellos.

Como se advierte, el hecho de que el fiscal interviniente haya esperado –por razones que se desconocen– al dictado del sobreseimiento en autos P-6558/20 para ordenar la detención en autos P757615/19, y luego haya convenido con la defensa del acusado la realización de un juicio abreviado por las dos causas pendientes, en las que Cabrera Salinas se encontraba detenido (P-757615/19 y P35180/20), no nos exime de considerar que hubo tres procesos paralelos en los que se dispuso su detención en diferentes momentos.

Contrastadas estas circunstancias con las consideraciones del **precedente «Sebastianelli»**, es claro que le asiste razón al recurrente en cuanto a que el presente caso se corresponde con la excepción a la regla allí señalada, aún cuando los tres procesos paralelos no hayan sido resueltos en la misma sentencia y por el mismo juez.

Esta última afirmación obedece a que el representante del Ministerio Público Fiscal pudo –y no lo hizo por razones que se desconocen en esta instancia– acumular, tramitar y presentar ante el mismo órgano jurisdiccional las tres causas conexas seguidas contra el acusado, a fin de posibilitar un análisis integral de su situación procesal, minimizar los riesgos de error y de hacer efectivo el principio de economía procesal. En virtud de ello, considero que el tiempo durante el cual Cabrera Salinas estuvo detenido en la que causa en que la que resultó sobreseído –de tramitación paralela a aquellas en las que resultó condenado– debe computarse como tiempo sufrido de detención a los fines del cumplimiento de la pena impuesta por la sentencia N° 1802. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO: Atento al resultado que se arriba en el tratamiento de la cuestión anterior corresponde anular el auto N° 1932; y, en consecuencia, remitir los presentes obrados al Juzgado Penal Colegiado correspondiente, a fin de que la OGAP determine el juez que deberá resolver el planteo conforme las razones aquí desarrolladas y practicar nuevo cómputo de pena en el que se tengan en cuenta los días de encierro sufridos por el condenado Neri Alejandro Cabrera Salinas en autos P6558/20 (art. 486 del CPP). ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y MARIO DANIEL ADARO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Hacer lugar al recurso de casación deducido por la defensa de Neri Cabrera Salinas y, en consecuencia, anular el auto N° 1932 dictada por el Juzgado Penal Colegiado N°1, de la Segunda Circunscripción Judicial.
- 2.- Remitir los presentes obrados al Juzgado Penal Colegiado correspondiente, a fin de que la OGAP determine el juez que deberá resolver el planteo conforme las razones aquí desarrolladas y practicar nuevo cómputo de pena en el que se tengan en cuenta los días de encierro sufridos por el condenado Neri Alejandro Cabrera Salinas en autos P-6558/20 (art. 486 del CPP).

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro

Capítulo VI.

Delitos contra la propiedad.

Estafa. Fraude. Usurpación. Daño.

CAPÍTULO VI. DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD. Estafa. Fraude. Usurpación. Daño.

1- BAEZ RIOS. 18-05-20.

| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
|----|----|----|------|--------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|-------------|---|------------|
| - | - | - | - | - | - | - | - | - | - | - | - | - | - | 474 |
| - | - | - | - | - | - | - | - | - | - | - | - | - | - | 414 |

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=299>

Lex: Art. 181 inc. 1° del CP

Vox: Usurpación. Medios comisivos: violencia, amenazas. Derecho de defensa. Posesión.

Summa:

El **JPC** resolvió absolver a P. E. Báez Ríos del delito de usurpación (art. 181 inc. 1° del CP)

El **querellante particular** interpone recurso de casación.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia pronunciada por el JPC N° 1-4° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Vega, Héctor Segundino. 02-05-16:
<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/sumfal.php?fallo=MTAwMDAwMDIwNDc=&t=abla=c2M=>

Parágrafos destacados:

Si bien no puede constatarse con el grado de certeza requerido, la forma de ingreso al inmueble y la presunta violencia sobre las cosas ejercida para entrar al mismo, el concepto de violencia de la norma del artículo 181 inc. 1, Código Penal, abarca también a la ejercida sobre las personas al impedir la entrada o negarse a desocuparlo ante el reclamo del poseedor o tenedor, aunque no se utilice ningún medio especial para ello. Por lo tanto, la motivación de la sentencia que condena al autor del delito de usurpación, no adolece de las falencias alegadas que impliquen su anulación. (Voto preopinante en minoría)

Se encuentra violentado el derecho de defensa del encausado, toda vez que no le fue posible expedirse sobre datos trascendentes respecto a la imputación del delito de usurpación que se le atribuye; no significa lo mismo defenderse de un despojo por violencia - tal como se sostuvo desde la acusación y durante todo el juicio - que por clandestinidad, conforme determina la sentencia que además resulta lesiva del principio de congruencia. En consecuencia, corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto, debiendo sustanciarse la causa a través de la realización de un nuevo debate ante el subrogante legal. (Voto en disidencia del Dr. Palermo, mayoría)

El tipo objetivo del **delito de usurpación (art. 181 CP)** requiere para su consumación, en cuanto al despojo como modo de comisión, que el mismo sea realizado sólo a través de alguno de los medios especificados en la norma: violencia, engaño, abuso de confianza o clandestinidad. En particular, la violencia como medio comisivo del delito es aquella vis física, empleada por el autor del hecho contra la víctima poseedor o tenedor - para ingresar al inmueble pero no contra los medios de aseguramiento dispuestos para impedir el ingreso a la propiedad (candados, cerraduras, estructuras). De manera tal que la fuerza que se

pueda ejercer sobre las cosas no queda contenida dentro de los límites de la violencia prevista por la norma. (del voto en disidencia del Dr. Palermo en mayoría)

La interpretación del término violencia, como medio comisivo del delito la usurpación, es la misma que se efectúa para el delito de robo, es decir la violencia recae sobre las personas y no sobre las cosas, ya que sobre ellas sólo se ejerce fuerza.

En el delito de usurpación de inmueble, considerar que la violencia puede ser cometida antes de entrar a la propiedad, al momento de entrar o para permanecer en la misma, amplía el concepto de violencia hasta alcanzar actos que obligarían a la víctima al ejercicio de fuerza para poder continuar ejerciendo su derecho oposición de violencia - y por resultar una interpretación extensiva, contraría los principios de legalidad, máxima taxatividad y pro homine, constituyendo una interpretación in malam partem que no puede ser admitida. (del voto en disidencia del Dr. Palermo en mayoría)

b-Cámara Nacional y Correccional, sala IV

Ambesi, Ana E. y otro. elDial.com – AI19A5

Doctrina citada.

MAIER, Julio J. B., Derecho procesal penal, Fundamentos, Buenos Aires, 2012, T. I, p. 568 y ss.

BAUMANN, Jürgen, Derecho procesal penal, Conceptos fundamentales y principios procesales, Introducción sobre la base de casos, trad. de Conrado FINZI, Buenos Aires, 1986, p. 271.

Parágrafos destacados

«[e]l tipo objetivo del delito de usurpación previsto por el art. 181 del Cód. Penal requiere para su consumación, en cuanto al despojo como modo de comisión, que el mismo sea realizado sólo a través de alguno de los medios especificados en la norma: violencia, engaño, abuso de confianza o clandestinidad. Dicho de otro modo, el **mero despojo** no es suficiente para **tipificar objetivamente** el delito de usurpación sino sólo cuando es materializado a través de aquellos medios previstos por la norma» (cual «**Vega, Héctor Segundino**»

SCJM. Dres.: **Palermo.** Valerio. Adaro.

Fallo:

CUIJ: 13-04372583-6/1((043301-12774)) F. C/ BAEZ RIOS PEDRO EUGENIO P/ USURPACION (12774) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104450500*

En Mendoza, a los dieciocho días del mes de mayo del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04372583-6/1 caratulada “F. c/ BAEZ RÍOS PEDRO EUGENIO P/ USURPACIÓN S/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, Dr. OMAR A. PALERMO, segundo Dr. JOSÉ V. VALERIO y tercero Dr. MARIO D. ADARO.

El querellante particular formula recurso de casación (fs. 207/211) contra la sentencia dictada por el Juzgado Penal Colegiado de la Cuarta Circunscripción Judicial (fs. 203/204), por cuanto resolvió absolver a Pedro Eugenio Báez Ríos del delito de usurpación (art. 181 inc. 1° del CP) que se le atribuía en los presentes autos n° 12.774.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde? TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

La decisión en crisis dispuso absolver a Pedro Eugenio Báez Ríos del delito de usurpación luego de valorar la denuncia de fs. 01, declaración de Reinaldo Armando González Salva, el croquis de fs. 4, la falta de acreditación de los hechos invocados en la acusación y la ausencia de otras pruebas.

2.- Recurso de casación

El querellante particular funda su impugnación en el art. 474 inc. 1° del CPP, es decir, por considerar que la sentencia adolece de vicios in iudicando por inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva.

Sostiene que el discurso decisorio se conforma de una serie detallada de explicaciones que son consecuencia de un notorio e injustificado apartamiento de la prueba aportada y de la jurisprudencia nacional y provincial.

Considera que no se ha aplicado correctamente la sana crítica racional, lo que perjudica a su parte.

Afirma que cuando la sentencia refiere a quienes ocupaban la casa al momento del ingreso de Báez, considera que González no mencionó concretamente quiénes ocupaban la casa. Esto habría impedido conocer si fueron amenazados por Báez o víctimas de violencia física, o si Báez ejerció violencia contra las cosas.

También valoró el croquis de fs. 04 según el cual no hay constancias de que hayan violentado algo para despojar a los ocupantes, por lo que la comisión del delito de usurpación no quedaba acreditada. Tampoco lo estaba el hecho mismo de la posesión.

A criterio del recurrente en el delito de usurpación basta con acreditar el **hecho de la posesión**; aunque según el hilo de la sentencia es necesario analizar el derecho a la posesión.

Sobre ese punto, refiere el querellante particular que el a quo, en su análisis sobre la prueba instrumental acompañada por el acusado, no evaluó las «tremendas contradicciones» que contiene en cuanto a fechas, facturas de agua y renta, que no pertenecen a la propiedad en cuestión.

Tampoco alude a la contundente prueba instrumental acompañada por el denunciante. Agrega que ambas partes esgrimieron tener la posesión, cuando está probado que el denunciado se apropió de la posesión la noche en que se articuló la denuncia.

El testimonio prestado por Navarro en el debate, así como por otros testigos y el denunciante, así como las constancias notariales, las facturas aportadas, el plano y las denuncias por robo de herramientas, acreditan que la casa era poseída por González con ánimo de propietario por sí y por interpósita persona. Explica que no puede conocerse cuándo se produjo el desalojo, por cuanto la pareja que estaba viviendo en ese momento nunca se presentó al juicio.

Además, las fotos que se sacaron la noche misma del despojo en las que consta que había muebles fuera de la vivienda, fueron ignoradas. También se soslayó la declaración de Báez según la cual los muebles de la pareja desalojada fueron guardados.

Todo este evento de intercambio de muebles fue acreditado en los testimonios de González y Chausino. De todo ello deriva que la vivienda fue desalojada y que, si no lo fue por amenazas, entonces debió serlo por clandestinidad. A su entender, no es relevante conocer la declaración de la pareja pues cuando se presentó González, Báez le negó la entrada y allí se consumó el delito de usurpación.

Contra la afirmación de la sentencia según la cual del croquis de fs. 04 no surgía que se hubiera violentado algo para despojar a los ocupantes, sostiene que está acreditada la existencia de un portón y una puerta. El recurrente considera que la cuestión se trata de determinar si, cuando no se utiliza otro tipo de violencia, el hecho de sacar las cosas del anterior ocupante y tomar el lugar para sí constituye o no violencia en el sentido requerido por el art. 181 inc. 1° del CP.

Sostiene que la jurisprudencia afirma que sí lo es. También invoca jurisprudencia, que no cita, según la cual quien entra a un inmueble sin violencia, engaño ni abuso de confianza pero ante el reclamo de quien goza de la posesión permanece en el lugar negándose a desocuparlo, sin emplear ningún medio en especial, comete el delito de usurpación.

Por otro lado, afirma que las flagrantes contradicciones del testigo Silva hacen dudar de que verdaderamente haya estado en el lugar.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador General se expide sobre la impugnación a fs. 225 y vta..

Considera que el recurso procede formalmente y que debe tratarse en el fondo, porque constituye un medio de impugnación típico planteado por el querellante particular, con un interés concreto en su objeto, específica indicación de los puntos de agravio y dentro del plazo para hacerlo.

Sin embargo, entiende que debe ser rechazado en lo sustancial puesto que, aunque invoca la presencia de vicios in iudicando, al concretar su cuestionamiento se enfoca en una valoración probatoria defectuosa y hace hincapié en que González tenía la posesión del inmueble hasta la tarde del despojo, y que en la noche encontró gente dentro.

Este punto fue tratado en la sentencia y allí se concluyó que la ausencia de prueba y la falta de identificación de los testigos principales impedían demostrar la forma de comisión del supuesto delito.

Como consecuencia, los breves fundamentos del a quo exponen con claridad, a criterio del Procurador General, las razones por las cuales no pudo adquirir la certeza necesaria para condenar.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

Del examen del recurso de casación promovido y la sentencia impugnada, adelanto opinión en el sentido de que corresponde rechazar la impugnación y confirmar la resolución criticada, en atención a los motivos que a continuación se exponen.

Preliminarmente debo decir que la censura casatoria resulta admisible desde el punto de vista formal, toda vez que la sentencia condenatoria recurrida encuadra en las previsiones que el Código Procesal Penal establece en atención a las disposiciones de los arts. 475 y 477 del CPP.

El recurso, sin embargo, no logra a mi entender demostrar la presencia de los vicios que invoca en la sentencia. Para explicar esto, contrastaré los agravios expresados por el impugnante con la sentencia pronunciada por el Juzgado Penal Colegiado de la Cuarta Circunscripción Judicial. Veamos.

La sentencia en cuestión tomó en consideración que a Báez se lo acusaba del delito de usurpación, que requiere ser cometido mediante violencias, amenazas, clandestinidad o abuso de confianza; la conducta de despojar; y un sujeto pasivo que ostente la tenencia o posesión del inmueble.

De su examen de la prueba concluyó que ninguno de esos requisitos estaba acreditado en autos. Según el a quo, ni la víctima González ni el acusado Báez habían logrado acreditar el hecho de la posesión.

Tampoco estaba probado el medio comisivo, pues según González, Báez se presentó ante la pareja que ocupaba el inmueble con una niña en brazos y le dijo que si no se iban del lugar, los iba a hacer meter presos, y luego sacó los muebles que había en el sitio para meter los suyos.

Esto, afirma, eventualmente podría ser considerado como una forma del medio comisivo «violencia», o «amenazas».

Sin embargo, la pareja que habría sido víctima de esa violencia o amenazas no fue identificada durante la investigación y no se presentó a testificar en el debate a pesar de que en varias ocasiones se preguntó a González si podía identificarla. De manera tal que no pudo acreditarse la versión de González.

El juez también señaló que el croquis ilustrativo aportado a la causa no daba cuenta de señales de violencia sobre las cosas empleada para despojar a los ocupantes.

Ahora bien, cabe tener presente que, según la imputación que se efectuó a Pedro Eugenio Báez Ríos a fs. 53, y el requerimiento de citación a juicio de fs. 153/152, se le atribuye la comisión del delito de usurpación por despojo previsto por el art. 181 inc. 1° del CP.

Advierto, en primer lugar, que la acusación contra Pedro Eugenio Báez Ríos adolece de una seria falencia técnica, pues **no identifica con claridad el medio comisivo** que ésta habría empleado para ingresar en el inmueble.

Este defecto implica un menoscabo al **derecho de defensa**, pues no es posible decir que signifique lo mismo para aquél defenderse de un despojo por clandestinidad –en tanto implica la ocultación de los actos de ocupación respecto de las personas que tienen derecho a oponerse– que de un despojo por violencia, conforme al alcance que de ésta se dará luego (sobre la cuestión, **ver MAIER, Julio J. B., Derecho procesal penal, Fundamentos, Buenos Aires, 2012, T. I, p. 568 y ss.**).

Corresponde tener presente que el objeto del proceso no sólo está constituido por el acontecimiento histórico que en él se trata sino, también, por la pretensión jurídica como tal, es decir, el punto de vista jurídico general bajo el cual procede una consecuencia jurídica (**BAUMANN, Jürgen, Derecho procesal penal, Conceptos fundamentales y principios procesales, Introducción sobre la base de casos, trad. de Conrado FINZI, Buenos Aires, 1986, p. 271**).

Dicho esto, ingresando al tratamiento de los agravios expresados por el recurrente y tal como afirma el señor Procurador General, pese a que el querellante particular invoca la existencia de vicios in iudicando previstos por el art. 474 inc. 1° del CPP, la queja se asienta sobre una errónea e incompleta valoración probatoria por parte del a quo.

A partir de ello se esboza un vicio en la interpretación del derecho relativo a la forma en la que debe entenderse el despojo previsto por el tipo penal en cuestión. Sin embargo, las críticas no resultan susceptibles de conmover la racionalidad de la decisión a la que arribó el a quo.

En primer lugar, el recurrente afirma que la sentencia se asienta sobre un notorio e injustificado apartamiento de la prueba aportada y de la jurisprudencia nacional y provincial. Sin embargo, en sus alegaciones no logra explicar de qué manera esto habría ocurrido, pues –aunque enuncia diferentes elementos de prueba que considera omitidos– no da cuenta del modo en que esto habría afectado la conclusión a la que arribó el juzgador; ni explica cómo otros criterios jurisprudenciales serían aplicables a este caso.

La crítica se basa en una enunciación de desacuerdos con la decisión, que no encuentran sustento probatorio. De este modo, el recurrente afirma que en el delito de usurpación basta con acreditar el hecho de la posesión pero que según el hilo de la sentencia es necesario analizar el derecho a la posesión.

Al respecto, afirma que el análisis de la sentencia sobre la prueba instrumental acompañada por el acusado omitió considerar las «tremendas contradicciones» que contiene en cuanto a fechas, facturas de agua y renta, que no pertenecen a la propiedad en cuestión. Sin embargo, esta aparente crítica no supone un cuestionamiento serio al razonamiento del juez por tres razones.

En primer lugar, porque la prueba que invoca no resulta susceptible de acreditar el derecho a la posesión que pretende demostrar. Por otra parte, porque omite concretar a qué contradicciones se refiere, considerando que la documentación aportada por el acusado consigna de manera genérica el «Loteo Farrugia», ubicado precisamente donde se encuentra el inmueble en cuestión.

Por último, porque tampoco ha explicado de qué manera este dato resulta relevante para la solución del caso. En efecto, el razonamiento del a quo parte del supuesto de que no ha podido acreditarse la posesión del inmueble previa al ingreso de Báez, pues una pareja no identificada la habría ocupado, sin que pueda conocerse si lo hacía o no en nombre del querellante. Esta conclusión no se ve alterada por la crítica planteada. Lo mismo ocurre respecto de la alusión al testimonio prestado por Navarro en el debate, a las constancias notariales, las facturas aportadas, el plano, las denuncias por robo de herramientas y las fotos en las que consta que había muebles fuera de la vivienda.

Tales piezas de evidencia a criterio del querellante acreditan su posesión con ánimo de propietario por interpósita persona. Un cuestionamiento de este tipo no altera la conclusión del a quo, pues se asienta sobre premisas que no se componen únicamente del dato de la posesión previa al ingreso de Báez, sino también de la falta de acreditación del supuesto medio comisivo empleado para ingresar a la misma, que el recurrente no logra rebatir.

En efecto, la versión del querellante particular no contradice la del acusado Báez respecto a que una pareja no habida se encontraba en el domicilio en cuestión al momento de su ingreso, pues el propio acusado ha declarado lo mismo y ha explicado que invocó un derecho emergente de un contrato de compra-venta para tomar posesión del local.

Del mismo modo, el recurrente afirma que la existencia de un portón y una puerta en el inmueble contradice la conclusión del juez según la cual del croquis aportado no surgían daños a la propiedad, lo que impedía acreditar violencia en el ingreso.

Esta crítica carece de sustento alguno para conmovir la conclusión en cuestión, pues la existencia de las medidas de seguridad mencionadas por el querellante no prueba que el acusado haya ingresado de manera violenta o mediante amenazas.

Sin embargo, el recurrente modifica su alegación luego y asevera que, si la vivienda fue desalojada y no se encuentra acreditada violencia o amenazas, entonces debió serlo por clandestinidad, para lo cual la declaración de la pareja en cuestión no es determinante.

Por eso refiere que existe jurisprudencia según la cual, cuando no se utiliza otro tipo de violencia, el hecho de sacar las cosas del anterior ocupante y tomar el lugar para sí constituye de todas maneras «violencia» en el sentido requerido por el art. 181 inc. 1° del CP.; y que quien entra a un inmueble sin violencia, engaño ni abuso de confianza pero ante el reclamo de quien goza de la posesión permanece en el lugar negándose a desocuparlo, sin emplear ningún medio en especial, comete el delito de usurpación.

Esta crítica en particular adolece de serias deficiencias argumentativas.

En primer lugar, y sin considerar que el recurrente invoca jurisprudencia que no individualiza ni cita, lo cierto es que no hay pruebas que acrediten que el acusado ingresó de forma clandestina al inmueble.

En segundo orden, es criterio de esta Sala Segunda que «[e]l tipo objetivo del delito de usurpación previsto por el art. 181 del Cód. Penal requiere para su consumación, en cuanto al despojo como modo de comisión, que el mismo sea realizado sólo a través de alguno de los medios especificados en la norma: violencia, engaño, abuso de confianza o clandestinidad. Dicho de otro modo, el **mero despojo** no es suficiente para **tipificar objetivamente** el delito de usurpación sino sólo cuando es materializado a través de aquellos medios previstos por la norma» (cual «**Vega, Héctor Segundino**»).

En tercer lugar, **la alegación tampoco da cuenta de la versión defensiva, según la cual Báez había adquirido ese inmueble de buena fe mediante un contrato de compraventa con Navarro.**

Para tener sustento, el argumento debería en todo analizar si Navarro estaba legitimado para realizar esa venta, algo que no ha sido meritado en la sentencia ni cuestionado por el recurrente. Este dato resulta de suma importancia para el caso, pues el acusado afirma encontrarse legitimado para el ingreso al inmueble. Debe tenerse presente que en este delito el dolo exigido por el tipo subjetivo se encuentra acreditado sólo si el autor conoce que se trata de un inmueble en ajena posesión, y debe saber que está empleando alguno de los medios típicos (Cámara Nacional y Correccional, sala IV en «Ambesi, Ana E. y otro», elDial.com – A119A5).

Por último, el querellante particular afirma que existen flagrantes contradicciones en la declaración del testigo Silva, que hacen dudar de que verdaderamente haya estado en el lugar.

Sin embargo, no explica cuáles son ni en qué consisten las contradicciones en cuestión, ni de qué manera serían relevantes para la solución del caso, habida cuenta de que el a quo no tomó en consideración ese testimonio en su fundamentación.

Por los motivos expuestos, considero que el recurso de casación planteado por el querellante particular en autos debe ser rechazado, debiendo confirmarse la sentencia del Juzgado Penal Colegiado de la Cuarta Circunscripción Judicial en cuestión. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio y Dr. Adaro. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los Dres. JOSÉ V. VALERIO y MARIO D. ADARO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los Dres. JOSÉ V. VALERIO y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los Dres. JOSÉ V. VALERIO y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto en autos por el querellante particular.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

2- SALGADO. 12-06-20.

| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
|----|----|----|------|------------|---------|------------|------------|---------|-----------|---------|---------|-------------|---|------------|
| - | - | - | | PCC | | | A | | | | | | | |
| | | | | IAP | - | EGT | P1° | - | CR | - | - | - | - | 474 |

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200612_FcSalgado.pdf

Lex: Art. 266, 268, 173 inc. 7 en función con el art. 174 inc. 5 y último párrafo, 239, 260, 55, 42, 45, 26 del CP. Art. 38 inc. b de la ley N° 9106.

Vox: Concusión. Administración infiel. Tentativa. Desobediencia. Malversación de caudales públicos. Inhabilitación absoluta y perpetua. Autoría. Participación primaria. Beneficio de la duda.

Summa:

El **TPC** resolvió condenar a:

- a- *Ibarra*, a la pena de **tres años de prisión de ejecución condicional e inhabilitación absoluta y perpetua** para el ejercicio de funciones en la administración pública, por resultar partícipe necesario en el delito de concusión.
- b- *Ojeda*, a **tres años de prisión de ejecución condicional e inhabilitación absoluta y perpetua** para el ejercicio de funciones en la administración pública, por resultar partícipe necesario en el delito de fraude a la administración pública en la modalidad de administración infiel en grado de tentativa
- c- *Salgado*, a **cinco años de prisión e inhabilitación absoluta y perpetua** para el ejercicio de funciones en la administración pública, por resultar autor penalmente responsable de los delitos de concusión, desobediencia, malversación de caudales públicos, fraude a la administración pública en la modalidad de administración infiel en grado de tentativa, en concurso real
- d- *Araya*, a la pena de **dos años de prisión de ejecución condicional e inhabilitación absoluta y perpetua** para el ejercicio de funciones en la administración pública, por resultar partícipe necesario en el delito de concusión

Los **defensores técnicos** de los nombrados interponen recursos de casación.

El **Procurador General** entiende que deben ser rechazados en lo sustancial los recursos promovidos.

La **SCJM** resolvió respecto de

- a- *Ojeda*: acoger parcialmente el recurso de casación interpuesto, dejando sin efecto solamente la determinación de la pena de inhabilitación impuesta en el resolutivo IV de la sentencia, permaneciendo en lo demás incólume tal resolutivo, remitiendo al TPC de origen a fin de que la OGAP practique el sorteo tendiente a establecer el tribunal que entenderá en la determinación de la pena de inhabilitación. (Art. 38 de la ley 9106). Costas en su orden.
- b- *Ibarra*, rechazar el recurso interpuesto. Imponer costas.
- c- *Salgado*, rechazar el recurso interpuesto. Imponer costas.
- d- *Araya*, rechazar el recurso interpuesto. Imponer costas.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 68 pronunciada por el TPC N° 1-3° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Torres Surget. 03-05-18:

- Chacón Moyano. 23-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191223_FyQcChacon.pdf
<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/sumfal.php?fallo=MTAwMDAwMDI0Nzc=&tabla=c2M=>

Doctrina citada.

ROMERO VILLANUEVA, Horacio. «Código Penal de la Nación Anotado», Lexis Nexis, Buenos Aires, 2.005, cita 27, p. 954/955.

SCJM. Dr. Valerio. Dra. Orbelli. Dra. Isuani.

Fallo:

CUIJ: 13-04395826-1/1((032101-4237)) SALGADO SERGIO HERNAN, IBARRA MARCIAL GUSTAVO, ARAYA FLAVIO GUILLERMO, RUGGERI GISELA PAOLA P/ CONCUSION (4237/16) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104475019*

En Mendoza, a los doce días del mes de junio del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04395826-1/1 caratulada "F. C/ SALGADO, SERGIO HERNÁN Y OTS. P/ CONCUSIÓN S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DRA. ALEJANDRA ORBELLI y tercero DRA. MARINA ISUANI.

Las defensas de Marcial Gustavo Ibarra (fs. 544/559 vta.), Franco Federico Ojeda Palma (fs. 560/577), Sergio Hernán Salgado Araujo (fs. 578/587 vta.), Flavio Guillermo Araya (fs. 592/600) interponen recursos de casación contra la sentencia N° 68, en tanto condena al primero a la pena de 3 años de prisión de ejecución condicional e inhabilitación absoluta y perpetua para el ejercicio de funciones en la administración pública, por resultar partícipe necesario en el delito de concusión; al segundo a 3 años de prisión de ejecución condicional e inhabilitación absoluta y perpetua para el ejercicio de funciones en la administración pública, por resultar partícipe necesario en el delito de fraude a la administración pública en la modalidad de administración infiel en grado de tentativa; a Salgado, a 5 años de prisión e inhabilitación absoluta y perpetua para el ejercicio de funciones en la administración pública, por resultar autor penalmente responsable de los delitos de concusión, desobediencia, malversación de caudales públicos, fraude a la administración pública en la modalidad de administración infiel en grado de tentativa, en concurso real y al nombrado en último lugar, a la pena de 2 años de prisión de ejecución condicional e inhabilitación absoluta y perpetua para el ejercicio de funciones en la administración pública, por resultar partícipe necesario en el delito de concusión (arts. 266, 268, 173 inc. 7 en función con el art. 174 inc. 5 y último párrafo, 239, 260, 55, 42, 45, 26 Cód. Penal), pronunciamiento dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Tercera Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- Resolución recurrida

La sentencia en la causa P-4237/16 por concusión establece que el 16 de setiembre de 2013 se firmó un convenio marco entre el intendente de Santa Rosa y el Dr. Roberto Solorza en representación de Jorge Castillo por emprendimiento La Salada de Cuyo, para impulsar el desarrollo económico, social y productivo del complejo ferial La Salada y todo emprendimiento que surgiere.

El mismo día se firmó el decreto 1209/13, autorizando la entrega de permisos precarios para la explotación de predios privados para Ferias Internadas, en la misma norma se determinó lo que se entenderá por tal, reglamentó el otorgamiento de los permisos y en el art. 13 se modificó la ordenanza tarifaria municipal 1842/201 y mod., incorporando en el capítulo VI en el art. 13 de la misma, el inc. 1°37, creando derechos municipales, entre otros, por derecho de playa.

A esto se llegó luego de negociaciones entre Salgado y Castillo, con intervención de Solorza, que llevaron a cabo al menos durante todo el año 2012, incluyendo viajes de personas allegadas a Salgado para verificar in situ el funcionamiento de los megapolos en Buenos Aires.

De esta manera comenzó a funcionar el megapolo en un predio privado a la vera de la ruta nacional 7 en Santa Rosa, desde setiembre y hasta marzo de 2016, los sábados y domingos, exigiéndose por parte de Salgado una contribución de \$ 10 por el estacionamiento de los vehículos de quienes iban a hacer compras.

Ello se hacía a través de empleados municipales y/o integrantes de entidades de bien público o cooperadoras escolares o centros deportivos, a los que se les destinaba un porcentaje de la recaudación, especialmente los sábados, actividad que era controlada por Ibarra y Araya, a quienes los playeros les rendían cuentas y el dinero iba a una caja grande, que parecía de calzado -botas-, que era llevada al domicilio de Salgado y en otras ocasiones a la intendencia, cuya llave entregaba la secretaria Ruggeri por órdenes de Salgado, a Araya o a Ibarra, quienes dejaban la caja en un cajón del escritorio del despacho del intendente.

En la causa P-79691/15 por desobediencia se acreditó que mediante oficio del 5 de setiembre de 2013, el Fiscal Adjunto de Investigaciones Administrativas de la Fiscalía de Estado a cargo del Dr. Javier Fernández le requirió informe en el plazo de 10 días al intendente de Santa Rosa sobre el estado del proceso licitatorio tramitado por ordenanza 1999/2012; si dicha ordenanza fue promulgada, imponiéndole la obligación de remitir copia del decreto de Procuración, lo que fue recibido en Mesa de Entradas del municipio el 11 de setiembre de 2013 y fue remitido a intendencia el 12 de setiembre de 2013. Vencido el plazo en exceso, Salgado omitió cumplir el requerimiento. En la causa P-104.366/14 por malversación de caudales públicos, se da por probado que el 30 de diciembre de 2011, el ISCAMEN efectuó un depósito de \$ 1.500.000 en una cuenta del Banco de la Nación Argentina sucursal Santa Rosa de titularidad de la municipalidad, en cumplimiento del convenio firmado entre el intendente y el presidente del ISCAMEN, señor Montané.

El mismo día Salgado emitió decreto 1271/2011 por el que autorizaba a la Dirección de Hacienda a hacer uso en forma transitoria de esos fondos, para hacer frente a los pagos de haberes del mes de diciembre y sueldo anual complementario correspondiente a la segunda cuota del año. No procedió al reintegro del dinero dentro del ejercicio económico correspondiente, ni al cumplimiento de lo acordado en el convenio.

En la causa P-26.565/16 por fraude a la administración pública en la modalidad de administración infiel en grado de tentativa, se determinó que a través del ex tesorero de la municipalidad, Lezcano, se detectó una maniobra fraudulenta en perjuicio de la administración pública municipal orquestada por Ojeda y Salgado, pudiendo establecerse que en diciembre de 2015 Ojeda, que había sido Secretario de Hacienda hasta principios de ese mes y persona de confianza de Salgado, le entregó a Lezcano una serie de facturas por la compra de combustible de Tirasso SRL, que no era proveedor de la comuna, y le dijo que efectuara las órdenes de pago y emitiera los cheques.

Lezcano consultó telefónicamente con el intendente, requiriendo una ratificación, a lo que le respondió que sí, proceder que no era habitual, ya que el trámite se iniciaba en la Oficina de Compras y Suministros. Ojeda y Salgado orquestaron una maniobra fraudulenta en tanto presentaron facturas en apariencia reales de una firma que trabaja con derivados del petróleo, con distintas fechas de emisión pero que van desde el 14 de setiembre de 2015 al 12 de diciembre de 2015, haciendo confeccionar al tesorero municipal Lezcano, las órdenes de pago y cheques correspondientes, efectuando las imputaciones fuera del horario

de atención al público, entre los días, 22, 23, 30 de diciembre de 2015, se ordenaron imputar, para lo que se libraron cheques.

Ojeda le dio varias facturas todas de Tirasso por la compra de combustible, que no era proveedor habitual del municipio, ya que quien lo proveía era Allub Hnos., de acuerdo a una licitación que se había hecho a principio de año. Que él –Lezcano– hizo las órdenes de pago y los cheques, mientras que las imputaciones las hizo la señora Camargo, quedándose fuera de hora, enviando todo a intendencia para la firma de Salgado.

2.- Recursos de casación

La **defensa** de Ibarra se agravia por la existencia de vicios formales y sustantivos. Entre los primeros cita la nulidad absoluta por incapacidad del Ministerio Público Fiscal representado por el Dr. Sebastián Capizzi, y por motivación carente de prueba, absurdidad y arbitrariedad. Como defecto material, señala que han sido mal aplicados los arts. 266 y 268, 45, 40 y 41 Cód. Penal.

Relata que intervino en el debate el Fiscal en Jefe de la Unidad Fiscal de Delitos Económicos de la Primera Circunscripción Judicial, quien no posee acuerdo del Senado para completar su investidura, según el art. 14 de la ley 8008, careciendo de uno de los requisitos constitucionales para poder ejercer ese cargo, esto es, de la capacidad procesal para ello.

Agrega que hay carencia probatoria en la motivación de la sentencia, porque no hay pruebas decisivas; que él no fue ayudante ni organizador de la playa de estacionamiento de La Salada, ni tampoco cobró ni recaudó el dinero; que Ruggeri no mencionó haberle entregado a Ibarra las llaves del cajón del despacho para que dejaran el dinero, mientras que Sabrina Nieto ubicó a Araya como encargado de la organización, cobro y recaudación del dinero y que Ibarra no participó.

Relata que los testigos que mencionan a su asistido no lo hacen ejecutando actos típicos. Sostiene que Lezcano fue arrepentido en muchas causas y su declaración es contradictoria con las de la investigación penal; que sus dichos no son serios.

Resalta que no fue necesaria la participación que se le endilga a Ibarra, lo que surge del uso del término «otros».

Aduce que no se valoró la prueba de conformidad con la sana crítica racional, ya que no hay vínculo entre Ibarra y Araya y éste no lo mencionó en su declaración, mientras que hay testigos que sí colocan a Araya en el lugar de los hechos pero no a su pupilo, no habiendo sido especificada cuál fue su actuación.

Señala que la participación que se le endilga es fungible, sustituible y que fue Araya quien ejecutó todos los actos típicos; que sólo se tienen en cuenta ciertas pruebas, como las declaraciones de Lezcano, Solorza y Ortiz y no otras decisivas.

Agrega que no se verificó el provecho propio requerido para la configuración de las exacciones ilegales; que no se demostró en qué consistió ese provecho propio, cómo se tradujo. Que no hay prueba sobre el destino que se le dio a las contribuciones –pago de la playa– y no se tuvo en cuenta la declaración de la ex pareja de Salgado.

Sobre la pena dice que es arbitraria, en contra de los arts. 40 y 41 del Cód. Penal, incurriéndose en un error porque su pupilo es Director de Desarrollo Humano, un cargo inferior al de secretario, que ejerció Diego Maures, por lo que es errónea la motivación, y no se mencionan las circunstancias personales de Ibarra. Señala también que no se probó que conociera la ilegalidad –a sabiendas– ni que efectuó un viaje como refuerzo del anterior.

Destaca que el inferior no da razones de por qué se apartó de la valoración de otras pruebas decisivas, como la declaración de Sabrina Nieto, no surgiendo de autos razonamiento basado en pruebas, en el

sentido de que su defendido sea partícipe necesario, a la vez que coloca el dolo en su viaje a Buenos Aires, sin tener en cuenta que en él fue a la búsqueda de un negocio comercial lícito y no de la playa de estacionamiento.

Argumenta que no se valoraron los elementos que conforman **la exacción ilegal ni la figura del art. 268 del código de fondo**, no habiendo prueba que el dinero haya sido usado por Salgado en su provecho propio, ya que no se probó un crecimiento patrimonial ni desbordes ostentosos; que se debió absolver a su pupilo, igual a lo que se hizo con Ruggeri.

Indica que el aporte doloso a un injusto doloso ajeno, indispensable, debe realizarse en la etapa ejecutiva del delito, y no antes, como en el viaje a Buenos Aires, ni posteriormente, como es haber ido a la casa de Salgado, supuestamente. La defensa de Ojeda Palma se queja por la incapacidad del Ministerio Público Fiscal, la nulidad por defecto en el debido proceso penal, carencia probatoria en la motivación así como absurdidad y arbitrariedad.

Se agravia igualmente por la aplicación e interpretación de art. 42 del Cód. Penal, desde que emitir cheques sobre una cuenta que no tiene fondos suficientes para su cobro, **es un delito imposible**, ya que si bien podría existir peligro ex antes, ex post se verifica que existe un defecto grave en la emisión y cobro de los cheques; que esos cheques fueron medios inidóneos para consumir la estafa en la modalidad de administración infiel en perjuicio de la administración pública.

Refiere que Ojeda no pudo haber defraudado a la administración pública, porque no era a la fecha de entrega de facturas y emisión de cheques quien poseía la facultad de ordenar eso a los subalternos.

También, que su participación no era necesaria y que sólo se valoró la declaración de Lezcano, quien está imputado por administración infiel de fondos provenientes de la Nación, en el Juzgado Federal N° 3; que no se probó que él le haya entregado a Lezcano las facturas; que sólo se valoró la declaración informativa de Funez.

Resalta que no hay prueba de comunidad de hecho ni convergencia intencional. Que no se valoró el tipo subjetivo del art. 173 inc. 7 CP que consiste en procurar para sí o un tercero un lucro indebido, o para causar daño.

Sobre la pena señala que no se ponderaron todos y cada uno de las exigencias para concretarla. Agrega que se lo condena a inhabilitación especial perpetua, siendo que al momento de la comisión del hecho había renunciado a su cargo, y que se aplicó erróneamente el art. 71 CP en función con el art. 18 de la Constitución Nacional, desde que el fiscal de cámara pidió pena de inhabilitación especial de 10 años.

Indica que debió motivarse la pena de inhabilitación especial perpetua para ejercer la función pública, ya que la misma impuesta en forma conjunta y su gravedad, debían ser valoradas concretamente sobre la base de la calidad de funcionario público que no detentaba al momento de la comisión del hecho.

Se agravia asimismo, porque se aplicaron e interpretaron erradamente los tipos contenidos en los arts. 174 inc. 5 en función del art. 173 inc. 7 CP.; que no hay razonamiento sobre el tipo del art. 173 inc. 7 CP, ya que los encartados viven modestamente, por lo que no hubo fin de lucro; esto es, no obtuvieron lucro para sí ni para otro.

También se queja porque su pupilo no es partícipe necesario, ya que no hay en autos un mínimo razonamiento crítico basado en pruebas, que posea esa calidad. Destaca que si Ojeda hubiera entregado las facturas apócrifas ello sería sólo un aporte en la etapa preparatoria; que él no era indispensable, sino fungible, sustituible. También se queja por los arts. 40 y 41 y 174 in fine del CP.

Critica cuando el a quo menciona la infracción del deber a cargo de los imputados, así como que el perjuicio económico se traduzca en créditos a favor de terceros, los tenedores de los cheques y las comisiones bancarias por el rechazos de éstos, lo que no prueba el tipo subjetivo.

Señala que no se probó el perjuicio económico al titular del interés, sea en modo de reducción de patrimonio o incremento del pasivo. Pide la absolución de su pupilo en forma subsidiaria a la petición de nulidad.

El defensor de Salgado impugna la sentencia por los dos motivos del art. 474 CPP. Pretende que se la anule, en subsidio que se la case y se absuelva a su pupilo, o bien se le imponga la pena mínima. En la causa por concusión se queja por la errónea valoración del tipo penal, por la nulidad que se deriva de efectuar valoraciones arbitrarias de la prueba, consideraciones propias de un derecho penal de autor en la calificación legal de los hechos, por la defectuosa individualización del monto de la pena y doble valoración.

Sobre el primer vicio, dice que se definió el abuso de autoridad con la firma de un convenio sin intervención del Concejo Deliberante ni dictado de norma sobre higiene, y la falta de transparencia en la recaudación y explotación de la playa en predio privado, no explicando cómo fue el proceder de interpósitas personas para exigir la contribución de \$ 10 para la playa, lo que se erige en el eje del agravio, porque la exigencia debe darse de un modo particular, lo que no ocurrió.

Entiende que el acuerdo entre Salgado y Castillo para la recaudación de la playa no tiene entidad para configurar concusión, por lo que este convenio es ajeno al delito.

También lo es el decreto que dispone contribuciones municipales para ferias que el inferior dijo que violenta el art. 73 inc. 1° de la ley 1079. O sea que, tanto el convenio como el decreto, no constituyen abuso de autoridad para cometer el delito de concusión.

Alega que no se dice cómo se dio la exigencia, el monto no precisado de lo obtenido por las contribuciones, ni se dijo que hubieran sentido temor por los funcionarios, o ser víctimas de amenaza o violencia para que los paguen.

Si no se sabe cuánto dinero recibió no se sabe si se recibió y se aprovechó del dinero; que no hay testigo que diga haber entregado los \$10 por temor a la autoridad pública.

Sobre la causa por desobediencia, expresa que no se dan las razones por las que se tiene por probado que ese informe llegó a conocimiento de Salgado, reseñando que se sabe que entró por mesa de entradas del municipio, pero que no hay certeza que llegara personalmente a él, dado que Salgado lo negó. Dice que el secretario privado dijo que estos informes se derivaban a la asesoría letrada, por lo que no hay constancia de su recepción.

En la causa por malversación enuncia que no se valoró que Salgado dijo que durante su ejercicio estuvo mal asesorado tanto por el jefe de asesoría legal como por el contador para usar estos fondos; que él creyó estar actuando conforme a las leyes de contabilidad y municipalidades, por lo que no tuvo ánimo de perjudicar los intereses de la comuna, lo que no fue ponderado por el juzgador.

Sobre la administración fraudulenta en grado de tentativa, el agravio versa sobre las declaraciones de Lezcano, testigo que dio tres versiones distintas, que implicaron un cambio en la plataforma fáctica, lo que el a quo no respondió y no dijo por qué le otorgó credibilidad, aún sabiendo que hubieron contradicciones.

Sostiene que no se probó la finalidad de enriquecimiento para sí de Salgado con el libramiento de cheques como tampoco la intención de perjudicar los intereses de la comuna.

Que conforme a las pruebas, el municipio estaba en una crisis de magnitud que le impedía cumplir con el pago de sueldos y el intendente sabía que las cuentas no tenían fondos. O sea, que no iban a poder pagarse. Cuestiona la valoración de la prueba sobre el ex tesorero Lezcano.

Que no se probó el dolo directo en ninguno de los delitos que se le atribuyen. Refiere que al condenar se tuvo en cuenta solamente el cargo que desempeñaba su asistido, evidenciando la intención de impartir una condena social antes que condenar hechos; denuncia que hubo una campaña política y mediática contra él, llevándose a cabo este proceso sin garantías para su parte.

Con relación a la pena, se agravia porque se tiene en cuenta una escala penal entre dos a 16 años, cuando sería de 2 a 10 años de prisión, teniendo en cuenta para determinar los 5 años impuestos el cargo público ejercido, lo que ya está valorado en los tipos y agravantes que se endilgan; hace una referencia genérica a los arts. 40 y 41 y no al caso concreto y la inhabilitación absoluta perpetua no es procedente.

Que se violó el principio de igualdad ante la ley, ya que no se condena a quienes participaron de la playa y se enriquecieron con ello. Se queja igualmente porque intervino el Dr. Capizzi sin acuerdo del Senado, violando la objetividad impuesta por el art. 3 inc. 4 de la ley 8008 y por intervenir en la oposición al requerimiento de elevación a juicio como Jueza de Garantías, la cónyuge del fiscal.

Respecto de la causa por concusión, agrega que no se fundó la calificación legal, ya que no se determinó si se dañó la probidad o lealtad de la función pública, el patrimonio de la comuna o el de quienes iban a la playa, lo que afectó el derecho de defensa.

El defensor de Araya alega que la sentencia carece de motivación, porque no se expusieron las razones determinantes del criterio que se adoptó para resolver como se hizo, careciendo de razones suficientes el fallo, lo que lo priva de evaluar si dichas razones son concordantes, o si los motivos para condenar están en el ánimo del juzgador exclusivamente.

Destaca que no se determinó lo relativo a la participación criminal en el hecho, ya que no se fijó la esencialidad del aporte ni la convergencia intencional del partícipe, según sus palabras, el dolo de contribuir al injusto doloso del autor, describiéndose sólo las actividades que su defendido desarrollaba en la playa, sin explicar en forma clara y concreta por qué se entendió que sin su auxilio, el hecho que se le endilga a Salgado no habría podido cometerse, condenándolo solamente porque era funcionario jerárquico de la Municipalidad y corresponsable del manejo de la cosa pública, siendo que él no es quien se excedió en sus funciones y firmó arbitrariamente un convenio de habilitación provisoria del megapolo La Salada, estableciendo derechos de estacionamiento, sino Salgado.

Refuta que haya tenido conocimiento que el cobro de la playa era indebido, en contra de lo que sostiene el juzgador a fs. 531. Resalta que por la función que él desempeñaba, no se puede sostener que tenía o debía tener conocimiento de la existencia de un marco regulatorio que reglamentara la explotación de la playa, toda vez que el Concejo Deliberante tenía conocimiento de ello.

O sea, ignoraba que era indebido el cobro, omitiéndose valorar esa falta de conocimiento, lo que constituye un error de tipo que excluye el dolo. Formulan reserva del caso federal y control de convencionalidad.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General dictaminó que se deben rechazar los recursos, desde que opina que se ha aplicado e interpretado correctamente la ley sustantiva en la sentencia, y no existe arbitrariedad en su fundamentación, habiendo sido las pruebas valoradas de conformidad a las reglas de la sana crítica racional.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

I. Adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que los recursos deben ser rechazados, salvo en cuanto a la penalidad aplicada al coimputado Ojeda, con los alcances que se determinarán en los párrafos finales de esta resolución.

En primer lugar, corresponde determinar que la intervención del fiscal Capizzi en esta causa, se encuentra legalmente avalada, lo que impide que prospere la nulidad que en este sentido articulan los recurrentes. De esta forma me he expedido anteriormente en el expediente «Pacheco Gatica», en términos aplicables al presente.

Así, he dicho que «...la figura de los fiscales sustitutos emana del texto expreso de la ley orgánica del Ministerio Público Fiscal –ley n° 8.008 y modif.-. En ella se prevé no sólo quién debe designarlos sino, además, en qué casos y cuáles son los requisitos que deben ser satisfechos por el magistrado que se trate. Así, será el Procurador General quien, como máxima autoridad del Ministerio Público Fiscal, quien deba efectuar su designación, no sólo en los casos expresamente previstos por ley -renuncia, muerte, destitución o licencia prolongada-, sino, además, cuando «[...] así lo requieran razones de mejor servicio» (conf. arts. 19 y 28 inc. 1°3 respectivamente).

«Mientras que en cuanto a los requerimientos que ese cargo exige, es la misma norma –art. 19– la que se refiere a ellos, refiriendo que “La elección del Fiscal sustituto se realizará conforme el siguiente orden: 1) Entre los miembros del Ministerio Público Fiscal que aprobaron las evaluaciones para el cargo a cubrir ante el Consejo de la Magistratura. 2) Miembros del Poder Judicial o del Ministerio Público de la Defensa que aprobaron las evaluaciones para el cargo a cubrir ante el Consejo de la Magistratura. 3) Abogados de la matrícula que aprobaron las evaluaciones para el cargo a cubrir ante el Consejo de la Magistratura.4) Funcionarios del Ministerio Público Fiscal que reúnan los requisitos constitucionales para el cargo vacante a cubrir [...]» «...A todo ello cabe agregar que el art. 74 de la ley n° 9.040, modificó el art. 2 de la ley orgánica del Ministerio Público Fiscal. Esa norma, luego de afirmar que el Procurador General es la máxima autoridad, señala que ese órgano estará integrado, entre otros, por: “1) Los Fiscales Adjuntos; 2) Los Fiscales de Tribunales Colegiados – Fiscales Jefes de Unidades Fiscales....».

En síntesis, el Dr. Capizzi reunía las exigencias requeridas por ley para el rol que desempeñó en este juicio, por lo que su actuación resultó en un todo válida y legítima, sin que se haya producido vulneración de la objetividad consagrada por el art. 3 inc. 4 de la ley 8008.

En la misma dirección, cabe destacar que el vínculo conyugal entre el fiscal y la Jueza de Garantías que resolvió en forma previa sobre el requerimiento de elevación a juicio, tampoco amerita la nulidad absoluta de lo actuado, como se reclama, dado que no se trató de una intervención simultánea ni en la misma etapa del proceso, no infringiéndose, por ende, normativa alguna.

En segundo término, es menester establecer que no se verifica la configuración de ninguno de los supuestos de nulidad previstos por el art. 416 CPP. Y si bien la motivación es escueta, cumple con el inc. 2° del art. 411 CPP, que exige la exposición concisa de los motivos de hecho y de derecho en que se basa el voto de los jueces, habiéndose empleado en su redacción términos y construcciones sintácticas sencillas, sin perjuicio de su rigor técnico, de conformidad con lo preceptuado por las **Reglas de Brasilia**.

Por ello, resulta suficiente a los fines del mantenimiento del dictum como acto jurisdiccional válido, a tenor de la reiterada jurisprudencia de este Cuerpo, en el sentido que los posibles defectos de que adolezca en este sentido la resolución, para conllevar la extrema solución de su nulidad, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos, lo que en autos, a la luz de la revisión

efectuada, no ocurre, habiéndose basado el inferior en las pruebas rendidas, que valoró de conformidad con las reglas de la sana crítica racional, cuyo apartamiento los impugnantes no pudieron demostrar.

De tal modo, los numerosos agravios vertidos por cada uno de los recurrentes sobre la motivación de la sentencia, entre ellos, los relativos a la fundamentación de la pena –agravio común a todas las defensas– y de la calificación legal de los hechos en la causa por concusión que formula el asistente jurídico de Salgado, quien aduce que se violó el derecho de defensa, por no saber si se dañó la probidad del funcionario, el patrimonio de la comuna o el de quienes iban a la playa, aspecto que desde ya se desestima, no pueden prosperar.

La misma solución cabe para las quejas de Ibarra, Araya y Ojeda sobre la motivación de su participación en los ilícitos del ex intendente, materialidad de los hechos y calificación legal.

Conclusión

II. En particular, abordaré la causa por concusión, comenzando por el recurso presentado por el letrado de Salgado, en el orden que él propone, sin perjuicio de que se traten agravios planteados por los otros recurrentes, si se juzga oportuno.

Así, la plataforma fáctica elaborada ha sido correctamente subsumida en el art. 266 Cód. Penal, toda vez que este precepto no sólo se refiere al funcionario público que abusando de su cargo «... exigiere o hiciere pagar o entregar indebidamente, por sí o por interpuesta persona, una contribución, un derecho...», sino que contempla explícitamente al «...funcionario público que, abusando de su cargo, solicitare...» tal pago o entrega.

De tal modo, el delito no sólo se configura engendrando temor, sino también sobre la base del error en que puede incurrir quien paga, inducido por el funcionario.

En efecto, en la concusión «...el funcionario pide o exige» (**C.Nac. Casación Penal, sala 4, Varela Cid, citado por Horacio Romero Villanueva, «Código Penal de la Nación Anotado», Lexis Nexis, Buenos Aires, 2.005, cita 27, p. 954/955**), por lo que no se requiere en el caso, que algún ciudadano diga haber sentido temor ante quienes les cobraban \$10 para ingresar a la playa, conforme a la crítica del recurrente.

Al respecto, este Cuerpo con antelación ha dicho que «...el consentimiento del sujeto pasivo al ofrecimiento o exigencia realizada no es espontáneo, sino que es una consecuencia del accionar compulsivo del funcionario, quien valiéndose de la preponderancia que mantiene en la relación, condiciona su voluntad» (**“Guajardo”**).

Entonces, si se considera que quien requería el pago era la Municipalidad de Santa Rosa –ente jerárquico con relación al ciudadano, cuya preponderancia es obvia– y no cualquier particular, la hipótesis que introduce el impugnante, sobre que el pago de la playa de estacionamiento era espontáneo, y no producto de una exigencia municipal, no encuentra corroboración en autos, máxime teniendo en cuenta que se habían colocado carteles de prohibido estacionar en las calles adyacentes a la feria, y que el chaleco que usaban quienes cobraban dicha tarifa, lucía la inscripción «Municipalidad de Santa Rosa», según surge, entre otras pruebas, de la declaración de Solorza (registro audio-visual 20180507, 02:51:37).

Con relación a la necesidad de que el funcionario imputado abuse de su cargo, el recurrente alega que el acuerdo entre el ex intendente y Castillo no tiene esa entidad, así como tampoco el decreto que dispone un pago para el uso de la playa, agravio que no puede ser acogido, desde que es al Honorable Concejo Deliberante, a quien compete establecer contribuciones de manera exclusiva, constituyendo un claro abuso del cargo desempeñado la actuación desplegada por Salgado en la especie, a punto tal, que dichas contribuciones no fueron ingresadas al Municipio (fundamentos, fs. 532).

Por el contrario, siguieron un derrotero irregular, así como era irregular y arbitrario su destino; esto es, el dinero era entregado a Salgado directamente, irregularidad que funcionarios jerárquicos de la comuna no podían desconocer.

O sea, se le daban a esos fondos una asignación distinta de la invocada como motivo de la detracción, toda vez que los mismos no entraban a las arcas municipales (C. Nac. Casac. Penal sala 4°, Leal Jorge Ramiro y otro citado por Romero Villanueva, ob. cit., cita 3, p. 957), por lo que la conducta que se le atribuye a los encartados se encuentra subsumida en el art. 268 Cód. Penal.

Esta conclusión es la que fluye de las circunstancias que quedaron acreditadas, y que configuran el ineludible contexto en el que se cometió el delito acá juzgado. Ello por cuanto a dicha recaudación la recibían Araya e Ibarra, la colocaban en una caja grande que habría contenido botas, que a veces llevaban a la oficina del intendente y a veces a su residencia particular, siendo el imputado Salgado quien disponía de ese dinero.

Por esta razón, carecen de decisividad para modificar la solución adoptada, que la pareja de éste haya declarado en el sentido que no vivían con lujos, así como tampoco que no se haya practicado la pericia contable ofrecida, para determinar un posible aumento patrimonial, frente a lo hasta acá desarrollado.

Además, la falta de precisión del monto de lo recaudado, no es un impedimento para tener por probado que esos fondos ingresaron al patrimonio del ex intendente, quien los usó discrecionalmente –tal como queda explícito en el párrafo anterior–, desde que esa exacta determinación, no es un recaudo esencial para comprobar el delito enrostrado.

Por otra parte, la única forma de tener por acreditados los hechos no es a través de prueba directa, tal como sostienen todos los impugnantes, sino que esta Sala se ha expedido reiteradamente en el sentido que «...debe tenerse presente..., el principio de unidad de la prueba, porque se encuentra íntimamente relacionado con el sistema de la sana crítica, e impone como regla la consideración de la prueba en su conjunto, pues muchas veces la certeza se obtiene de probanzas, que individualmente estudiadas pueden aparecer como débiles o imprecisas, pero complementadas y unidas entre sí, llevan al ánimo del juzgador la convicción acerca de la existencia de los hechos denunciados» (L.S. 393-243, 382- 107, 381-233), que es lo que ha sucedido en estos obrados.

Por ello, el agravio vertido por la defensa de Ibarra, afirmando que ningún testigo vio a su asistido en la playa de estacionamiento, no sólo ignora la jurisprudencia en lo pertinente transcrita, sino también las constancias probatorias de esta causa, entre ellas, el video 20180507 E-P-4237-16, que reproduce la audiencia de debate, oportunidad en la que Solorza sitúa en dicho predio a Ibarra, a quien identificó con claridad, mediante su nombre y apellido, ejecutando funciones de control del equipo de cobradores de la playa.

Agrega este deponente que sabía que estaba allí por referencias permanentes de quienes administraban el predio, y porque se comunicó con él personalmente para solucionar ciertos temas puntuales que se plantearon con personas de Buenos Aires (video, 02:50:26 y siguientes), lo que permite desmentir la afirmación de los defensores, y aseverar que Ibarra no sólo participó en las tratativas iniciales del megapolo, a través de los viajes que realizó a dicha provincia –como reconoce–, sino también con posterioridad.

Coinciden en el mismo extremo Lezcano, quien dijo haberle entregado a Ibarra las recaudaciones de la playa de estacionamiento; Zapata, que lo señaló como quien designaba al personal que trabajaba en la playa y Dorcemaine, ex pareja de Salgado, que manifestó «...haber visto a Ibarra y otros ir a su casa y

efectuar actos sobre esa “caja de zapatos negra», de acuerdo a la cita de la defensa de este recurrente (recurso, fs. 548 vta. y fs. 557).

Asimismo, debe tenerse en cuenta, que Sabrina Nieto expresó que Ibarra estaba desde el principio de la instalación de la feria, indicando que era quien designaba al personal, sintiendo por ello su ex pareja, el co-imputado Araya «muchos celos...» (video 20180511, 02:58:08, 2:59:40 y siguientes), no surgiendo del resto de lo declarado por esta testigo, que sus dichos detenten relevancia alguna a los fines que pretende el letrado, ante el cuadro probatorio en examen.

Además, las censuras evidencian un mero disenso con el criterio del juzgador, basado en la opinión personal de los letrados y sin correlato en el expediente, lo que impide que prosperen, de acuerdo a la jurisprudencia de este Cuerpo (L.S. 333-64, 400-240, 407-155).

Esta discrepancia se manifiesta, entre otros tramos de los recursos, cuando los defensores de Ibarra descartan «...la necesidad de la participación de nuestro pupilo» (recurso, fs. 549), sobre la base de que el sentenciante admite la posibilidad que «otros» sujetos además de Ibarra y Araya, puedan haber intervenido en la comisión del delito, otorgándole al término en último lugar transcripto, una interpretación que sólo se funda en su apreciación personal. También, cuando las defensas cuestionan los dichos de Lezcano, tildándolos incluso como poco serios, en contra de la ponderación del a quo, practicada a la luz de la inmediación propia del debate.

Igualmente, cuando sus letrados le confieren a los dos viajes que hizo Ibarra a Buenos Aires un sentido distinto del que surge de las pruebas rendidas, o bien al calificar como fungibles y sustituibles la participación necesaria de Ibarra y Ojeda, lo que no condice con lo que ha sido demostrado.

Por su parte, el cargo que desempeñaron en el municipio todos los imputados y su consiguiente manejo de la cosa pública, permite tener por acreditados el conocimiento y voluntad de participar en el delito en trato, tema que los defensores niegan, omitiendo considerar los datos reunidos, que confluyen en ese extremo.

Ello por cuanto dirán si se obró con o sin dolo, las circunstancias tales como la índole del acusado, las manifestaciones precedentes al hecho, la causa para delinquir, la naturaleza de los medios empleados, la manera de obrar, etc., ya que el estado de ánimo no puede ser justificado por percepción directa, sino que tiene que ser deducido de conjeturas exteriores, según ha dicho este Cuerpo con anterioridad.

Por este motivo, tampoco puede prosperar el cuestionamiento a la afirmación del sentenciante, relativo a que el accionar de Ibarra era «...a sabiendas» de que a dicha actividad no la realizaban bajo normativa legal alguna (fundamentos, fs. 532 vta.), lo que se extrae lógicamente de su carácter de funcionario jerárquico del municipio, sin que sea menester para ello, ejercer el cargo de Director, como apuntan los recurrentes.

A esto se añaden otras circunstancias reseñadas por el inferior, que no han sido rebatidas eficazmente, esto es, que tanto Araya como Ibarra participaban de la recolección de los cobros que los playeros realizaban, llevaban las planillas de los que trabajaban en cada ocasión, los pagos efectuados a cada uno de ellos, incluso al personal de limpieza (fundamentos, fs. 532 vta).

La contundencia de estas probanzas, ante el hecho que algunos testigos hablen del coimputado Araya y no de Ibarra; que Ruggeri no haya dicho que le dio a Ibarra las llaves del cajón del despacho para que dejara la recaudación, o que Araya no lo haya mencionado, no implican que no haya prestado conjuntamente con el nombrado, un auxilio o cooperación sin las cuales el delito no hubiera podido cometerse, toda vez que la intervención de ellos era lo que permitía que el dinero en cuestión fuera puesto directamente, luego de cada fin de semana, a disposición de Salgado, en la causa por concusión,

emergiendo de lo reseñado, sin hesitaciones, la convergencia intencional que los defensores de los tres condenados como partícipes necesarios, niegan. Cabe señalar que el defensor de Araya se agravia por cuestiones que emergen explícitas de los fundamentos.

Así, las actividades que desplegó este encartado relativas a la playa de estacionamiento, por él reconocidas (fundamentos, fs. 529 vta), constituyen el aporte que hizo. Y la esencialidad de ese aporte, deviene de la circunstancia que sin Ibarra y sin él, el dinero obtenido indebidamente no hubiera sido convertido en provecho del ex intendente, desde que éste no estaba en el megapolo ocupándose de los temas delegados a los coimputados, a punto tal que si se suprime mentalmente la intervención que les cupo, de acuerdo al método de la inclusión/exclusión mental hipotética utilizado reiteradamente por esta Sala (L.S. 397-124, 397-177, 400-38), el dinero de los usuarios de la playa de estacionamiento no habría podido llegar a Salgado en la manera como llegó, sin estar sujeto a reglamentos ni controles.

Conviene resaltar en este punto, que no se requiere la comprobación de que los partícipes necesarios ejecutaron actos típicos para que su intervención sea catalogada como tal, resultando suficiente que hayan tomado parte en el hecho, o prestado al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse (art. 45 Cód. Penal), lo que en el sub lite fue suficientemente probado, conclusión que es válida respecto de Ibarra, como de Araya y Ojeda.

Volviendo al recurso de Araya, es necesario remarcar, que de la función de este encartado en el municipio, en especial en lo atinente a la organización y control de la playa de estacionamiento, se deriva que sabía que debía existir una regulación emanada del Concejo Deliberante sobre el ilegítimo cobro que efectuaban.

Y aún en el caso que no la conociera, debía saber que el dinero no ingresaba a la comuna por la vía legalmente establecida, a menos que se piense que es tal, una caja de cartón de zapatos.

Se resalta asimismo, que no es necesario que los fundamentos transcriban los testimonios prestados durante el debate, ni que se evalúen absolutamente todos los rendidos, como apuntan los quejosos, resultando suficiente que se valoren los conducentes, sin que se haya demostrado frente al caudal probatorio incorporado, la dirimencia de los que dicen omitidos.

Por el contrario, el cuadro cargoso es rotundo, al revés de lo que estiman los recurrentes.

Desobediencia

III. En la causa P-79.691/15 por desobediencia, previo a todo corresponde emitir pronunciamiento en favor de la vigencia de la acción penal, desestimando la prescripción planteada por la defensa durante el informe oral, dado que a la fecha no han transcurrido dos años desde la sentencia condenatoria pronunciada por el inferior.

Entrando al tratamiento de la censura, no puede ser acogida la defensa esbozada en torno al desconocimiento del requerimiento que se le cursó, por no haber constancia de su recepción personal, ya que en autos obra una prueba decisiva de la que el a quo se valió para condenar, esto es, que Salgado le prohibió a la Jefa de Mesa de Entradas de la comuna, que respondiera el oficio remitido por la Unidad Fiscal Santa Rosa - La Paz pidiendo explicaciones sobre el caso, bajo advertencia de sufrir medidas disciplinarias.

Esta nota manuscrita suscripta por dicha empleada, agregada a fs. 28 del expediente que se formó al efecto, derriba la negativa de Salgado de haber conocido ese oficio, toda vez que la expresa prohibición que le formuló a su subalterna, lógicamente lo impide.

Malversación de caudales públicos.

IV. En la causa 104.366/14 por malversación de caudales públicos, el invocado error en el asesoramiento del ex intendente no encuentra en autos elemento objetivo que lo respalde –dictamen escrito ni vestigio de trámite administrativo iniciado con esa finalidad–, lo que ostenta en este caso una relevancia decisiva, teniendo en cuenta que las leyes obligan a todos los ciudadanos y con más razón al ex intendente, quien tenía en el manejo de la administración pública una vasta experiencia, toda vez que ejerció tal cargo durante años, según destaca el a quo.

O sea, no podía ignorar que su accionar era delictivo, máxime, porque las cuentas municipales fueron observadas por el Tribunal de Cuentas de la Provincia y el Concejo Deliberante requirió informes, sin obtener respuesta alguna, extremos éstos que fueron comprobados, careciendo la crisis por la que atravesaba la comuna y el fin de año, con el consiguiente pago de sueldos al personal y aguinaldo, de la calificación y efectos que su defensor pretende darle.

Ello por cuanto, no convergen las exigencias estipuladas para la configuración del estado de necesidad, esto es, que quien causa un mal por evitar otro mayor inminente, haya sido extraño al mismo (art. 34 inc. 3 CP), en especial la tercera, toda vez que surge de las reglas de la lógica, que tratándose de la crisis que atravesaba el municipio, su intendente no puede aducir ajenidad.

Por lo demás, la testimonial aislada del abogado Roberto López, quien expresó que a su entender, la Ley de Contabilidad permite salidas transitorias de partidas sin estipular tiempo de reintegro (registro audiovisual 2018509, 2:02:14), no reviste la envergadura que quiere atribuirle el letrado de Salgado, frente a lo hasta acá desarrollado, de donde emerge la magnitud y alcance del delito acá analizado.

Administración fraudulenta

V. En la causa P-26.565/16 por administración fraudulenta en grado de tentativa, el tratamiento del recurso de Ojeda se hará conjuntamente con el de Salgado. Con relación al nombrado en primer término, se tiene en cuenta que su participación deviene de haber sido el promotor de la maniobra, desde que es quien presentó facturas apócrifas de una empresa – Tirasso SRL–, que no era proveedora de combustible de la comuna.

Y que dicha actuación no consistió en un acto meramente preparatorio, como adujo su defensa, sino que constituyó en el caso concreto, el comienzo de la ejecución del delito, que no se consumó por circunstancias ajenas a su voluntad.

En este orden, debe mencionarse que la circunstancia que la Sala I de esta Corte en el expediente «Municipalidad de Santa Rosa EN J° 1013729/53411 P/ Ejecución Cambiaria P/ Consulta P/ Recurso Extraordinario Provincial», admitiera el recurso extraordinario interpuesto por la Municipalidad, revocando la decisión de la Primera Cámara Civil y haciendo lugar a los recursos de apelación incoados por la Municipalidad de Santa Rosa y Fiscalía de Estado contra la sentencia de primera instancia, rechazando la demanda ejecutiva, no implica, como alegó el defensor de Ojeda en la audiencia de informe oral, una disminución de la responsabilidad de su pupilo.

Además, entiendo que la participación de Ojeda fue necesaria, como resuelve el a quo, porque si bien en el momento del libramiento de los cheques, ya no era Director de Hacienda, sí era un agente municipal de planta –aspecto que menciona también el defensor de Salgado (recurso, fs. 583)–, empleo éste que justifica la imposición de la pena de inhabilitación, toda vez que la ley no distingue entre empleado y funcionario (art. 77 CP), de quien, básicamente, seguía siendo persona de confianza de Salgado, a punto tal, que cuando Lezcano le preguntó a Salgado si libraba orden de pago por las facturas de Tirasso que Ojeda le había presentado, la respuesta fue afirmativa.

El juzgador justificó la credibilidad que le atribuyó a Lezcano, a la luz de la inmediación típica del debate, explicando por ejemplo, que las contradicciones en las que según los impugnantes, incurrió «no hacen a la esencia de la maniobra descripta...» (fundamentos, fs. 538 vta).

Esta aseveración no fue cuestionada debidamente, limitándose los impugnantes a discrepar con el valor que el juzgador le confirió a dicho testimonio, descalificándolo por ejemplo, sobre la base de cuestiones que resultan irrelevantes, entre ellas, que se presentó como arrepentido; que estaba imputado en una causa que tramita ante el fuero federal, o que con la inclusión de esta deposición, se afectaron las garantías de defensa y debido proceso de sus pupilos, lo que no ha ocurrido.

En efecto, el ex tesorero Lezcano declaró en el debate, bajo juramento de decir verdad y en presencia de todos los encartados y sus defensores, lo que pudo constatarse en este estadio a través de los videos 20180508 y 20180515, de los que surge que manifestó claramente que los pagos de las facturas de Tirasso se hicieron a instancias de Ojeda, y previa consulta con el intendente, quien dijo que sí (02:47:50), fluyendo de tan contundentes circunstancias, la irrelevancia de las críticas que se esgrimen sobre este punto.

A esto se suma que la labor de ponderación del sentenciante no se encuentra limitada, habiéndose dicho en términos aplicables al presente, que «Ningún precepto legal impide al juzgador, que en la valoración de una declaración testimonial considere qué aspectos de la misma son eficaces y cuáles no para determinar cómo ocurrieron los acontecimientos...» (L.S. 265-436, 304-280, entre otros), no surgiendo de autos que la valoración efectuada contraríe las reglas de la sana crítica racional.

Por otra parte, lo alegado por la defensa de Ojeda, en el sentido que su asistido no ha firmado ninguna actuación que lo incrimine; que Camargo no recuerda quién le dio las facturas de Tirasso (video 20180515, 01:02:42); que José en su declaración desconozca los hechos, o las relativas a la incontrovertida existencia del decreto que aceptó su renuncia al cargo de Director en el que se desarrolló inicialmente, son extremos que no detentan trascendencia en torno a su participación en el delito en trato, cuyo autor fue Salgado, dado lo hasta acá desarrollado.

También se agrega, que la orfandad probatoria de la que se quejan los defensores encubre una discrepancia con el criterio del a quo, orfandad ésta que los impugnantes no demuestran y que la revisión practicada, desmiente.

La queja del letrado de Salgado, en el sentido que su responsabilidad es meramente objetiva e indirecta, derivada de su situación de jefe departamental, configura una interpretación personal que prescinde justamente de lo declarado por Lezcano, así como del contexto en el que se produjeron los acontecimientos, y es por lo tanto, insusceptible de prosperar.

Por lo demás, los hechos que se han tenido por probados, han sido correctamente subsumidos en la normativa escogida por el juzgador.

En efecto, el art. 173 inc. 7 CP se refiere al que «por disposición de la ley, de la autoridad o por un acto jurídico, tuviera a su cargo el manejo, la administración o el cuidado de bienes o intereses pecuniarios ajenos, y con el fin de procurar para sí o para un tercero un lucro indebido o para causar daño, violando sus deberes perjudicare los intereses confiados u obligare abusivamente al titular de éstos»; el art. 174 del mismo cuerpo legal en su inc. 5, al «que cometiere fraude en perjuicio de alguna administración pública», mientras que el último párrafo de este artículo manda que «...el culpable, si fuere funcionario o empleado público, sufrirá además inhabilitación especial perpetua».

La queja forjada en torno a que no se acreditó el fin de procurar lucro para sí o para un tercero, soslaya la obviedad de que cuando se trata del libramiento de cheques, hay una referencia indiscutida, imperativa, a dinero, y en el caso de autos, el mismo asciende a una cantidad por demás importante.

Efectivamente, las facturas apócrifas que presentó Ojeda fueron imputadas a los gastos por combustible de la comuna, en un monto cercano a un millón de pesos, siendo que era de cuatro millones el total presupuestado para ese rubro (fundamentos, fs. 538 vta), de donde se extrae que se obligó abusivamente a la municipalidad, poniendo en riesgo su patrimonio.

Y tal lucro es indebido, puesto que el destinatario de los fondos públicos –Tirasso– no estaba enterado de la maniobra. Por ello, la conclusión del juzgador, referente a que Ojeda y Salgado orquestaron una maniobra fraudulenta al presentar facturas en apariencia reales de una firma que trabaja con derivados del petróleo, con distintas fechas de emisión, haciendo confeccionar al tesorero municipal Lezcano, las órdenes de pago y cheques correspondientes, es correcta.

Por su parte, la intención específica que requiere la norma, de procurar para sí o un tercero un lucro indebido o causar daño, se desprende de los hechos acreditados, por más que los encartados manifiesten que viven modestamente, remitiéndome a lo dicho sobre el dolo y su prueba en los delitos antes examinados, por resultar enteramente aplicable a éste.

Huelga decir que el deber de Salgado de cuidado y respeto de la administración municipal, ha sido puesto en riesgo, sin que sea imprescindible verificar en este caso, aumento o disminución patrimonial alguna, encubriendo una mera discrepancia, lo aducido respecto de que la víctima no sería la administración pública, sino los tenedores de los cheques.

Por lo demás, no corresponde aplicar el art. 44 Cód. Penal, toda vez que en el sub lite no se está en presencia de un delito imposible, ni de un acto simplemente preparatorio.

En efecto, se subsumieron debidamente los hechos en examen en el art. 42 del mismo cuerpo legal, toda vez que los cheques no fueron pagados por falta de fondos, por razones ajenas a la voluntad de su autor y partícipe, siendo un razonamiento que infringe la lógica, que se libre un cheque contra una cuenta sin provisión de fondos, con otra finalidad más que la de defraudar a quien detenta tal instrumento de pago.

Reitero, la acción de presentar facturas falsas para pagar con fondos de la Municipalidad, lleva implícita el lucro indebido, toda vez que el beneficiario de ese dinero sería el tenedor de esos cheques, ya que la firma Tirasso no estaba entrada de lo ocurrido, habiéndose impuesto de ello de manera fortuita.

Resta consignar, que la entrega de las facturas, lejos de ser actos preparatorios, constituyen el abuso de confianza o engaño, en la fase de los actos ejecutivos del delito, puesto que el carácter de Ojeda de empleado público y ex Director de Hacienda, generó confianza en quien las recibió, dando origen a la disposición patrimonial que se truncó por causas ajenas a la voluntad de Salgado y Ojeda.

Dicho en palabras del sentenciante, «Esta emisión de cheques para el pago de facturas a un proveedor de combustible, provisión que en realidad no se llevó a cabo y no corresponde el pago es a todas luces fraudulenta, ya que se hace mediante ardid engañoso con la intención cierta y concreta, o con la mera posibilidad de ocasionar un daño a la administración pública, con la agravante de que sus operadores son funcionarios públicos» (fundamentos, fs. 538 vta), lo que no ha sido eficazmente rebatido por los censurantes.

Motivación de las penalidades

VI. A lo ya dicho sobre la suficiencia de la motivación de las penalidades impuestas a cada uno de los encausados, a tenor de la jurisprudencia de este Cuerpo ya señalada (L.S. 186-427, 153-011, 354- 218), se agrega que no se ha verificado violación de los arts. 40 y 41 Cód. Penal ni doble valoración.

Además, todas las penas han sido válidamente impuestas dentro de los límites mínimo y máximo de las escalas penales correspondientes, aún la de inhabilitación con la salvedad que se examinará más adelante, sin que se infrinjan los principios de legalidad ni de proporcionalidad, como exponen los censurantes.

En el caso específico de Salgado, esta escala parte de los dos años y su máximo se encuentra conformado por la sumatoria de 4 años (art. 266 CP), 6 años (art. 268 CP), 1 año (art. 239 CP), 3 años (art. 260 CP), 3 años (art. 173 inc. 7, en función del art. 174 inc. 5, 42 y 44 CP), según lo establece el art. 55 Cód. Penal, esto es, una cantidad muy superior a los 5 años por los que fue condenado, habiendo sido justificado el apartamiento del mínimo.

Así, no sólo se ha tenido en cuenta el cargo de Salgado, como señala erradamente su defensa, sino también su educación –instrucción terciaria- y sus condiciones culturales y sociales, que lo capacitan para comprender la criminalidad del acto (fundamentos, fs. 539 vta). Es más, la alusión a dicho cargo es una circunstancia insoslayable para el juzgador, de conformidad con los arts. 40 y 41 ya mencionados, descartándose que se hayan efectuado manifestaciones propias de un derecho penal de autor.

También se desestima la violación del derecho a la igualdad, sobre la base de la invocada falta de investigación a Rozas y Adid por los delitos que hubieran podido cometer en la causa relativa a la explotación de la playa de estacionamiento, como alega el defensor de Salgado, reflejando todos estos agravios solamente su apreciación personal, en disenso con el criterio valorativo del sentenciante, y no una situación real de vulneración de derechos y garantías.

La queja de Ibarra en el sentido que no se tuvieron en cuenta sus circunstancias personales prescinde, de que el inferior tuvo en cuenta «en especial, el nivel de responsabilidad y decisión funcional...» que su cargo le imponía (fundamentos, fs. 540), resultando irrelevante a estos efectos, que el mismo fuera director y no secretario.

Además, la circunstancia que el segundo viaje a Buenos Aires que hizo fue un refuerzo del anterior y estuvo relacionado con el conocimiento del funcionamiento del megapolo, es lo que emerge en su conjunto, de las probanzas que en su oportunidad se analizaron.

Beneficio de la duda

VII. Tampoco puede prosperar el pedido de absolución por aplicación del principio contenido en el art. 2 CPP, desde que –tal como se dejó plasmado a lo largo de esta resolución–, la motivación de la sentencia resulta ajustada a derecho, y no surge el estado intelectual de duda que legitima la aplicación del mismo, por parte del tribunal, posición que esta Sala ha adoptado en innumerables ocasiones (L.S. 419-17, 397-237, 388-024, 388-062).

Finalmente, considero necesario consignar que la CIDH ha destacado en sus informes, que la corrupción es un complejo fenómeno que afecta el goce y ejercicio de los derechos humanos; que debilita la gobernabilidad y las instituciones democráticas, fomenta la impunidad, socava el Estado de Derecho y exacerba la desigualdad.

Por ello ha resaltado la importancia de desarrollar e implementar, en los distintos niveles de gobierno, una serie de políticas públicas que permitan consolidar una estrategia integral de lucha contra la corrupción, con enfoque de derechos humanos.

El objetivo de estas medidas es el fortalecimiento institucional, el control y la disminución de los espacios de discrecionalidad, la rendición de cuentas y monitoreo sobre las actividades públicas, causa con la que entiendo, que el proceso llevado a cabo contra los encartados de autos, en todas sus instancias e incidencias, contribuye.

Pena

VIII. Ahora bien, le asiste razón a los defensores de Ojeda, cuando afirman que el fiscal pidió 10 años de inhabilitación para su asistido, de acuerdo a lo que consta en el registro audiovisual de la audiencia de debate (video 20180612, 1:47:14), y el a quo lo condenó con inhabilitación perpetua.

De esta forma me he expedido en el expediente **«Torres Surget»**, en términos aplicables al presente: «... desde la sanción de la ley N° 6.730 vengo sosteniendo que la facultad jurisdiccional que ostenta el juzgador a la hora de determinación del monto de pena, nunca puede exceder cuantitativamente la pretensión punitiva concretada en la acusación fiscal, por cuanto ello significaría un verdadero “elemento sorpresa” para los imputados y su defensor, extremo sobre el que efectivamente no pudieron defenderse, agravando la situación jurídica de quien aparece sometido a proceso, y una violación al art. 18 de la Constitución Nacional».

Por ende, dicha pena de inhabilitación no es válida, correspondiendo, a los efectos de su determinación y en tanto resulte compatible, aplicar el procedimiento previsto en el inc. “b” del art. 38 de la ley n° 9106, toda vez que esta ley es posterior a la ley 6730 y sus modificaciones, por ser ésta una situación análoga a la prevista en la citada norma, solución que ya se ha adoptado con antelación (**«Chacón Moyano»**).

Por lo tanto, y oído el Señor Procurador, corresponde confirmar la sentencia censurada, por no adolecer de los vicios endilgados ni de arbitrariedad alguna, salvo en la parte que expresamente se mencionó. **ASÍ VOTO.**

Voto Dra. Orbelli y Dra. Isuani. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, las DRAS. ALEJANDRA ORBELLI Y MARINA ISUANI adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento a lo resuelto en la cuestión anterior, corresponde hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la defensa de Franco Federico Ojeda Palma a fs. 560/577, y en consecuencia, dejar sin efecto solamente la determinación de la pena de inhabilitación impuesta en el resolutivo IV de la sentencia N° 68, permaneciendo en lo demás incólume tal resolutivo.

En consecuencia, deben remitirse los obrados al tribunal de origen a fin de que la OGAP practique el sorteo tendiente a establecer el tribunal que entenderá respecto de la determinación de la pena de inhabilitación de Ojeda Palma, por resultar la situación análoga a la prevista en el art. 38 de la ley n° 9106, aplicando en tanto resulte compatible, el procedimiento previsto en el inc. “b” de la citada norma.

Asimismo, corresponde omitir pronunciamiento sobre lo demás, puesto que se ha planteado sólo para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior.

Sobre la misma cuestión, las DRAS. ALEJANDRA ORBELLI Y MARINA ISUANI adhieren al voto que precede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO: Imponer las costas a los imputados vencidos, con excepción del imputado Ojeda Palma, a quien se le imponen en el orden causado, difiriendo la regulación de honorarios para su oportunidad. **ASÍ VOTO.**

Sobre la misma cuestión, las DRAS. ALEJANDRA ORBELLI Y MARINA ISUANI adhieren al voto que precede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se **RESUELVE:**

1.- Acoger parcialmente el recurso de casación interpuesto a fs. 560/577 por la defensa de Franco Federico Ojeda Palma, dejando sin efecto solamente la determinación de la pena de inhabilitación impuesta en el

resolutivo IV de la sentencia N° 68, permaneciendo en lo demás incólume tal resolutivo. En consecuencia, deben remitirse los obrados al tribunal de origen a fin de que la OGAP practique el sorteo tendiente a establecer el tribunal que entenderá en la determinación de la pena de inhabilitación, por resultar la situación análoga a la prevista en el art. 38 de la ley n° 9106, aplicando en tanto resulte compatible, el procedimiento previsto en el inc. "b" de la citada norma.

2.- Rechazar los recursos de casación interpuestos por la defensa de Marcial Gustavo Ibarra a fs. 544/559 vta., por la defensa de Sergio Hernán Salgado Araujo a fs. 578/587 vta. y por la defensa de Flavio Guillermo Araya a fs. 592/600.

3.- Imponer las costas a los imputados vencidos, con excepción del imputado Ojeda Palma, a quien se le imponen por su orden, difiriendo la regulación de honorarios para su oportunidad.

4.- Tener presentes las reservas formuladas. Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DRA. ALEJANDRA ORBELLI Juez de Cámara DRA. MARINA ISUANI Juez de Cámara

3- ARSUZA VILLEGAS. 14-10-20.

| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
|----|----|----|------|--------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|-------------|---|-----|
| - | - | - | - | - | - | - | - | - | - | - | -5° | - | - | 474 |
| - | - | - | - | - | - | - | - | - | - | - | -6° | - | N | 414 |

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201014_FcAVC.pdf

Lex: Art. 174, inc. 5°, 296, 54 y 45, 59, incs. 5 y 6 del CP. Art. 353, 354 del CPP.

Vox: Defraudación contra la administración pública. Solución del conflicto. Extinción de la acción penal. Reparación integral. Criterio de oportunidad. Nulidad del debate.

Summa:

El **TPC** declaró extinguida la acción penal respecto de A. M. E. A. –por reparación integral del perjuicio– y, en consecuencia, la sobreseyó del delito de fraude a la Administración Pública, en modalidad de estafa, y uso de instrumento público falso, en concurso ideal en calidad de partícipe necesario (arts. 174, inc. 5°, 296, 54 y 45 C.P.).

El **MPF y la querellante particular** interponen recurso de casación.

El **Procurador General** sostiene el recurso casatorio promovido por la Fiscalía.

La **SCJM** resolvió hacer lugar a los recursos de casación interpuestos por la Fiscal Titular de la Fiscalía de Instrucción N° 18, Unidad Fiscal N° 13 de Homicidios y Violencia Institucional y por la querellante particular, y, en consecuencia, **anular el debate**, la sentencia y sus fundamentos, y remitir las actuaciones al TPC N° 1 para que resuelva conforme a Derecho y con base en la normativa pertinente.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 535, pronunciada por el TPC N° 1- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Luna Amaya.
- Difrieri.
- Lemos Guerrero. 28-11-18

<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/sumfal.php?fallo=MTAwMDAwMDI2NzQ=&tabla=c2M=>

Si la conciliación y la reparación integral son alternativas regladas para la resolución del conflicto, quien primero debe constatar y tener por acreditado que el litigio entre las partes se haya resuelto, es el representante fiscal. Para lo cual, conforme los lineamientos de política criminal definidos por el Ministerio Público Fiscal, verificará si se encuentra satisfecha la pretensión que da vida al proceso penal, para luego, y en caso de que así lo entienda, manifestar expresamente su desinterés en proseguir las instancias del proceso, peticionando ante el órgano jurisdiccional la aplicación de alguno de aquellos. Por lo tanto, es una conditio sine qua non para su procedencia, la propulsiva y activa intervención del acusador público, en su rol de titular del ejercicio de la acción pública. Es el interés de la víctima o damnificado uno de los elementos que habrá de considerar el representante fiscal, para solicitar la aplicación del criterio de oportunidad, siempre dentro de un margen de razonabilidad, para evaluar la procedencia o improcedencia de alguno de estos institutos. Por ello, la reparación integral del daño debe ser racional,

sin que pueda ser decidida de oficio por el juez sin contar con la actividad requirente del agente fiscal. Mientras que la conciliación, exige la participación y el consentimiento de la víctima

Doctrina citada.

SILVA SÁNCHEZ, “Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de reparación” en Poder Judicial, 3° época, N° 45, 1997, p. 201

SCJM. Dres.: **Valerio**. Adaro. Palermo

Fallo:

CUIJ: 13-04777223-5/1((018601-18601)) COMPULSA EN AUTOS 92960/16 FC/ A. V. C. G. Y E. A. A. M. P/ FRAUDE A LA ADMINISTRACION (92960) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104855871*

En Mendoza, a los catorce días del mes de octubre del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04777223-5/1, caratulada “F. C/ A. V. C. G. Y E. A. A. M. P/ FRAUDE A LA ADMINISTRACION (92960)S/ REC. DE CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO; segundo DR. MARIO D. ADARO, y tercero, DR. OMAR A. PALERMO.

La Fiscal Titular de la Fiscalía de Instrucción N° 18, Unidad Fiscal N° 13 de Homicidios y Violencia Institucional (fs. 625/634 de la presente compulsas) y la Querellante particular (fs. 656/681) interponen, respectivamente, recursos de casación contra la resolución de f. 623 mediante la cual el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial declaró extinguida la acción penal en la causa N° P-92.960/16 respecto de A. M. E. A. –por reparación integral del perjuicio– y, en consecuencia, la sobreseyó del delito de fraude a la Administración Pública, en modalidad de estafa, y uso de instrumento público falso, en concurso ideal en calidad de partícipe necesario (arts. 174, inc. 5°, 296, 54 y 45 C.P.).

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Son procedentes los recursos interpuestos?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

I.- Sentencia recurrida

En fecha quince de marzo de dos mil diecinueve, el Tribunal Penal Colegiado N° 1 hizo lugar a la solicitud formulada por la defensa técnica de A. M. E. A. y dispuso su sobreseimiento en virtud de lo dispuesto por los arts. 59 inc. 6 C.P. y 353 inc. 4 C.P.P.

Para decidir en tal sentido, el tribunal de instancia anterior argumentó que no se trata de un criterio de oportunidad, sino que la reparación integral importa una causal de extinción de la acción que responde a un derecho de fondo por lo que no se requiere que esté dispuesto expresamente en el C.P.P., en tanto este tipo de solución ya está dada por la regulación de causales de extinción de la acción penal que contiene el C.P.

Asimismo, esgrimió que la extinción opera ante un supuesto determinado mediante el dictado de una sentencia que así lo disponga de conformidad al art. 354 del C.P.P.

A ello agregó que el hecho de que la reparación integral del perjuicio no esté expresamente regulada como criterio de oportunidad no interesa a los fines de resolver la extinción de la acción, la que sí se encuentra regulada desde la ley 1.908 en adelante.

Respecto de la reparación integral, los magistrados sentenciantes sostuvieron que la misma se encuentra satisfecha porque el monto depositado es el que pretendía la parte querellante-actor civil, como así también que se ha visto verificada no solo por la consignación del dinero realizada por la demandada civilmente e imputada en autos, sino además porque ello surge del escrito presentado por el querellante particular, donde acompañó el número de cuenta bancaria para que se le realizara la transferencia del dinero depositado en autos, sin haber hecho ningún tipo de reserva.

Así, habiéndose establecido el monto del litigio civil, dictada la condena por el juez, y no habiéndose objetado el monto del depósito, concluyó que la reparación ha sido integral y, en virtud de ello, declaró concluido el proceso.

II.- Los recursos de casación del representante del Ministerio Público Fiscal y de la parte querellante

a.- Recurso del Ministerio Público Fiscal

La representante del Ministerio Público Fiscal entiende que la sentencia referida es arbitraria al realizar una errónea aplicación del Derecho.

a.i.- En primer lugar, sostiene que la sentencia criticada resulta carente de sustento legal, toda vez que la decisión adoptada desconoce el carácter vinculante del dictamen del Ministerio Público Fiscal, en tanto titular de la acción penal.

El instituto de la reparación integral, según el entendimiento de la recurrente, constituye una especie dentro del género «solución de conflicto» como criterio de oportunidad procesal, y por ello las normas del sistema normativo vigente las que regulan el instituto son los arts. 26, 351, 353 inc. 4 y 9, 364 C.P.P. y 59 inc. 6 C.P.

De lo anterior se deriva que la vigencia absoluta del principio de oficiosidad o indisponibilidad de la acción en este tema, en virtud del cual el Ministerio Público Fiscal es el titular del ejercicio de la acción penal, como así también la ausencia total de normas que lo deroguen.

En consecuencia, no existiría norma alguna que autorizara a los magistrados sentenciantes a disponer de la misma y, por ello, se habrían extralimitado en su jurisdicción. Cita, en apoyo de su punto de vista, doctrina y jurisprudencia.

a.ii.- En segundo lugar, destaca que el tribunal de instancia anterior entendió que la reparación integral del perjuicio practicada por la coimputada E. extinguió la acción penal declarando concluido el proceso, pero no se pronunció respecto de la situación procesal del coimputado A., dejando abierta la pregunta sobre si este último también se beneficiaría del pago hecho por aquella. Realiza reserva del caso federal.

b.- Recurso de la parte querellante

La parte querellante entiende que la sentencia referida se encuentra carente de fundamentación y es arbitraria, en tanto se aleja, en lo que hace al instituto de la reparación integral como causa de extinción de la acción penal, del criterio jurisprudencial sostenido por esta Suprema Corte de Justicia.

Agrega, en otro orden de ideas, que el instituto de la reparación integral del daño no ha sido reglamentado en tanto causal de extinción de la acción penal, por lo que el tribunal no se encuentra facultado a aplicarla. Finalmente, la querellante sostiene que el ofrecimiento de reparación por parte de E. no es suficiente y razonable.

Ello en tanto, a pesar de que A. solo registraría durante el periodo de la auditoría (seis años y siete meses) una consulta con E., éste habría utilizado un total de 768 recetas de Nalbifina, siendo ésta una de las profesionales que más prescripciones ha realizado de la droga.

Realiza reserva del caso federal.

III.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General mantiene el recurso de casación interpuesto por la Fiscal Titular de la Fiscalía de Instrucción N° 18, Unidad Fiscal N° 13 de Homicidios y Violencia Institucional (f. 708), remitiéndose a los argumentos oportunamente expresados.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

En adelanto de las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que corresponde hacer lugar a los recursos casatorios impetrados.

Previo a todo, es menester consignar que este Cuerpo ha sostenido reiteradamente el criterio según el cual, es atribución del tribunal tratar el motivo casatorio que más convenga a la solución del caso, en razón de que la ley adjetiva no establece un orden de procedencia que imperativamente deba seguirse en el examen de las causales de impugnación extraordinarias, si se recurre –como en el sub lite– por ambos motivos (L.S. 183-188; 202-001; 269-234, entre otros).

En virtud de lo dicho, analizaré el vicio in iudicando denunciado en el punto II.a.i. por el Ministerio Público Fiscal, motivo en el que estimo, se encuentra entronizado el thema decidendum.

i.- Para resolver el agravio central planteado por las partes, el cual se refiere a la posición que ha de asumirse en relación con el instituto de la reparación integral del perjuicio, corresponde resumir brevemente los antecedentes de la causa que ahora interesan.

Según surge de la compulsa de las presentes actuaciones, en la audiencia celebrada el día 14 de marzo del corriente año, el abogado defensor de E. solicitó el sobreseimiento de su representada por aplicación del **art. 59 inc. 6 del C.P.**

Ello en tanto, la imputada habría reparado en forma integral el daño ocasionado a la Obra Social de Empleados Públicos, lo cual se encontraría acreditado con la boleta de depósito obrante a fs. 443 de las actuaciones principales. También consta que en la misma audiencia se corrió vista a la fiscal, quien solicitó se rechazara la solicitud de la defensa por los argumentos que entonces expusiera oralmente.

Por su parte, la querellante particular adhirió a lo manifestado por el Ministerio Público Fiscal. A pesar de esta opinión desfavorable, el Tribunal Penal Colegiado N° 1 declaró extinguida la acción penal en la presente causa, con base en los argumentos resumidos en el punto I, al cual me remito.

ii.- Luego de analizar el caso concreto conforme las constancias obrantes en la causa, corresponde determinar si los jueces sentenciantes han aplicado correctamente el instituto de la reparación integral del perjuicio, objeto de impugnación por ambos recurrentes.

Para ello, considero central el hecho de que el dictamen fiscal ha sido negativo. Como ya he tenido oportunidad de señalar, en nuestro sistema acusatorio corresponde la actuación de la ley penal, como regla, y la suspensión de la persecución penal, como excepción; por lo tanto es parte del principio de legalidad actuar la ley penal, como así también aplicar un criterio de oportunidad, sea suspendiendo la prosecución penal (art. 26 del CPP) o la suspensión del procedimiento o del juicio a prueba (art. 30 del CPP y art. 76 del CP), incluso la solución del conflicto, como en el caso que nos ocupa (art. 5 CPP).

Debemos tener en cuenta que el ejercicio de la acción penal (regla), le corresponde al Ministerio Público Fiscal, quien promoverá y ejercerá la acción penal en la forma establecida por la ley (art. 26 párrafo 1° del C.P.P.).

En tal sentido, la «regla» impuesta por la ley, es el ejercicio obligatorio de la acción penal y la «excepción» a ese deber, es que sólo se puede apartar en los supuestos que expresamente están previstos por la ley. Por otra parte, no debe perderse de vista que el art. 364 C.P.P. establece que en la audiencia preliminar sólo podrá solicitar la aplicación del principio de oportunidad por existir acuerdo reparatorio o reparación integral del perjuicio el Ministerio Público Fiscal, pedido que, como surge de la compulsa de las presentes actuaciones, no ha sido realizado para con E..

Como se sostuvo en el **precedente «Lemos Guerrero»**, la reforma introducida **mediante ley 27.147**, en la que se enmarca el dispositivo normativo cuestionado, en nada vino a modificar el ámbito de regulación del instituto bajo análisis (procesal), como así tampoco, el sentido de la jurisprudencia, sino que lo único que hizo fue incorporar tres causales de cuyo efecto se prevé la extinción de la acción penal.

Allí también se refirió que nuestro sistema procesal no contiene regulación específica de los institutos incorporados (conciliación y reparación integral), coincidiendo que nos encontramos frente a dos especies dentro del **género «solución del conflicto» como criterio de oportunidad procesal**.

En este sentido la norma aplicable al acuerdo presentado por la defensa es el artículo 5 del C.P.P., la cual se relaciona con el artículo 59, incs. 5° y 6° del C.P., en el sentido en que ambos incisos realizan una remisión a las leyes procesales correspondientes, ya sea por conciliación o reparación integral del perjuicio.

Así es como en el caso de arribarse a una solución del conflicto, se procederá conforme **al inc. 9° del artículo 353 del CPP**, y se dictará el sobreseimiento en los casos de que se cumplan las «obligaciones del acuerdo reparatorio o la reparación integral del perjuicio».

Estos criterios, implican una excepción al principio de legalidad impuesta por los artículos 71 del CP y 8 del CPP, que establecen la obligación de iniciar de oficio la acción penal siempre que no dependa de instancia privada.

En suma, lo anterior implica que «si la conciliación y la reparación integral son alternativas regladas para la resolución del conflicto, quien primero debe constatar y tener por acreditado que el litigio entre las partes se haya resuelto, es el representante fiscal.

Para lo cual, conforme los lineamientos de política criminal definidos por el Ministerio Público Fiscal, verificará si se encuentra satisfecha la pretensión que da vida al proceso penal, para luego, y en caso que así lo entienda, manifestar expresamente su desinterés en proseguir las instancias del proceso, peticionando ante el órgano jurisdiccional la aplicación de alguno de aquellos» (**«Lemos Guerrero»**).

iii.- Sentado lo anterior, en el caso concreto, se advierte que la representante del Ministerio Público Fiscal se opuso al pedido de la defensa en relación con la reparación del perjuicio, lo que, conforme a lo señalado, obsta a su otorgamiento, razón por la que el recurso del Ministerio Público Fiscal debe prosperar.

Ello por cuanto, no se verificó en autos el cumplimiento de las condiciones exigidas por el sistema normativo vigente para que pueda acreditarse que se contribuye con la reparación integral a restablecer la armonía social (art. 5 del C.P.P.).

Es que la fiscal no sólo ha conservado su interés por proseguir con las instancias del proceso, sino que, consultada sobre el particular, expresamente se pronunció en contra de la procedencia del instituto solicitado por la parte.

De este modo, y en sentido coincidente con el señor Procurador General, entiendo corresponde contestar afirmativamente la primera cuestión planteada y, en consecuencia, hacer lugar, en los términos aquí señalados, a los recursos de casación interpuestos y revocarse la sentencia. **ASÍ VOTO.**

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Puesto a resolver la cuestión en tratamiento, comparto la solución a la que arriba el ministro preopinante, aunque estimo pertinente no perder de vista que la operación específica del instituto de la reparación integral del perjuicio no es indiferente a la calidad del sujeto activo del delito.

Me refiero a que, en los casos en que se trata de funcionarios públicos –calidad que revestían A. y E. al momento de los hechos–, dicho instituto adquiere especiales ribetes que determinan, como regla general, su improcedencia como causal de extinción de la acción penal.

Es que se trata de sujetos especialmente obligados para con la Administración pública, dicho con otras palabras, personas a las que la ciudadanía les confía la gestión de un determinado sector del Estado.

Por ello, no se encuentran únicamente forzados a no dañar la institución en un sentido negativo, sino que, además deben proveer a su fomento.

Por ello, cuando no lo hagan, no basta para cancelar la pretensión punitiva estatal –cuyo titular de cualquier manera se ha pronunciado en forma negativa en relación con la procedencia del beneficio– con resarcir el perjuicio causado en el plano material, sino que, también debe cancelarse la conmoción que genera en la ciudadanía la violación del encargo que subyace a la función pública.

Esta es la razón material de que no se verifique reparación integral en los casos en los que víctima y autor se encuentran vinculados por un deber especial de fomento. Dicho de otro modo, no hay integralidad cuando la reparación es intentada por una persona que también ha menoscabado la institución en el plano comunicativo por haber infringido el mandato de confianza subyacente a su cargo.

El delito investigado excede el daño a una víctima concreta que pueda ver satisfechas sus pretensiones a través de una reparación económica, porque en los delitos cometidos en contra de la administración pública se afectan bienes jurídicos supraindividuales.

Así, al tratarse de un daño a la administración pública sancionado con una pena de prisión, los fines del proceso penal no se ven plenamente satisfechos con el pago de la suma de dinero que perdió la obra social. Más aún cuando los que ocasionaron el daño a la administración pública fueron funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones. Por las razones señaladas, entiendo que corresponde contestar de manera afirmativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Puesto a resolver las impugnaciones formuladas debo señalar que considero que, por las razones que a continuación se exponen, debe hacerse lugar a ellas.

En lo que respecta a la causal de extinción de la acción penal, y en línea con las consideraciones vertidas en «**Difrieri**», cabe decir que cada una de las circunstancias enumeradas en el art. 59 del CP tiene una naturaleza específica y responde a distintas necesidades político-criminales.

Por ello, y a mi modo de ver, no debe realizarse un tratamiento omnicompreensivo de su operatividad, al menos, en lo que respecta a la extensibilidad de sus beneficios.

Así, aun cuando la reparación integral del perjuicio ha sido consagrada expresamente como una forma de extinción de la acción penal mediante su incorporación al **art. 59, inc. 6 del C.P., dispuesta por ley 27.147**, su aplicación no resulta automática.

Ello, por el contrario, se encuentra subordinada a la consideración de las particulares circunstancias del caso, como ocurre con todos aquellos institutos que regulan relaciones interpersonales que han puesto en juego la vigencia del ordenamiento jurídico. Esta idea, según advierto, no ha sido correctamente concretada por el a quo en la resolución cuestionada.

Ahora bien, tal como ya he tenido oportunidad de pronunciarme en el marco de los autos **caratulados «Luna Amaya» y «Difrieri»**, la denominada reparación integral del perjuicio constituye un equivalente funcional a la pena.

Esto significa que, en aquellos casos en que la pena no resulte el medio más adecuado para la solución del conflicto o, dicho de otro modo, la respuesta penal más idónea, se impone la extinción de la acción por la concurrencia de alguna solución alternativa –como la reparación aludida– y, en consecuencia, el sobreseimiento del imputado.

Sin embargo, no puede soslayarse que para que un equivalente funcional cumpla su misión debe implicar, del mismo modo que la pena, una respuesta al delito en su dimensión fáctica, como afectación de un bien, y en su dimensión comunicativa, como lesión a la vigencia de la norma.

De este modo, sólo si la reparación integral del perjuicio articula ambas dimensiones del delito puede ser considerada equivalente a la pena y devenir en la extinción de la acción penal antes referida.

La cuestión planteada por el Ministerio Público Fiscal y la querellante particular impone resolver si en la reparación penal, tal como la prevé el Código Penal y el Código Procesal Penal prevalece el aspecto de reconocimiento de la norma (reconciliación con el Derecho) o el restablecimiento del estado de cosas patrimonial (reparación del daño).

Dicho de otro modo, lo decisivo es determinar si la extinción de la acción penal con base en la reparación integral del perjuicio debe asociarse al reconocimiento público y personal de la infracción –asociado al esfuerzo reparador individual– o a la reparación objetiva producida incluso por una persona distinta del imputado. Frente a ello, entiendo que la reparación debe concebirse como una tercera vía para alcanzar los fines del Derecho penal.

De este modo, no hay que perder de vista que la reparación penal, aun en el caso de que tenga naturaleza material, discurre en un ámbito jurídico-penal que condiciona los criterios de su determinación, en los cuales influyen, además del daño, otros aspectos subjetivos y su propia relevancia simbólica como respuesta a la infracción normativa.

En efecto, que el instituto en análisis no es una mera compensación económica a la manera del Derecho civil, se deriva de que la reparación penal opera como equivalente funcional a la pena únicamente si se dirime en el marco de un proceso penal, con la carga simbólica que este lleva ínsito. Es que «la reparación tiene más que ver con el autor y con la norma (con la colectividad), que con la víctima en sí misma [...] más con la renovada aceptación de la vigencia de la norma vulnerada que con el pago de una obligación. Aquello sería lo esencial; esto lo accidental» (**SILVA SÁNCHEZ, “Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de reparación” en Poder Judicial, 3° época, N° 45, 1997, p. 201**).

Teniendo en cuenta dichos conceptos, entiendo que, a pesar de existir una compensación económica de parte de E., esta no ha sido la expresión de un acto personal de aceptación de la norma vulnerada y, por ende, el beneficio de la extinción de la acción penal no puede aplicarse sin más.

En efecto, en el marco de las presentes actuaciones, el Tribunal Penal Colegiado N° 1 entendió erróneamente que la reparación integral se encuentra satisfecha porque el monto depositado es el que pretendía la parte querellante, como así que se ha verificado por la consignación del dinero realizada por la demanda civil, lo cual surge del escrito presentado por la querellante particular donde acompañó el número de cuenta bancaria para que se realizara la transferencia del dinero, sin haber realizado ningún tipo de reserva.

En el marco de la argumentación que sostiene la extinción de la acción penal con base en la reparación integral del perjuicio se sostuvo, asimismo, que habiéndose establecido el monto del litigio civil, dictada la condena por el juez, y no habiéndose objetado el depósito, debía concluirse que la reparación había sido integral y, por ello, correspondía declarar concluido el proceso.

En suma, de los fundamentos de la sentencia puesta en tela de juicio por los recurrentes, surge prístino que los jueces sentenciantes pierden de vista que la reparación penal tiene una configuración concreta radicalmente diversa de la civil, ámbito donde lo que interesa es el efectivo restablecimiento del estado de cosas patrimonial.

Por el contrario, en el ámbito del Derecho penal tan o más relevante que la efectiva reparación es el esfuerzo reparador, en tanto con el mismo se expresa el reconocimiento de la validez de la norma.

Por ello, el acuerdo entre E. y OSEP no constituye una reparación integral para la primera en tanto equivalente funcional a la pena, como pretende su defensa, en tanto ésta solo ha restaurado la dimensión fáctica del daño en el ámbito civil, sin reconducirse –conforme las constancias de la causa– a un acto individual de reconocimiento de la norma vulnerada.

Por los motivos desarrollados, considero asiste razón al Ministerio Público Fiscal y al querellante cuando cuestiona la postura del a quo en el sentido de que en estos obrados se dan las condiciones necesarias para que resulte procedente la causal de extinción de la acción invocada para con E.. Por ello, considero que debe ser contestada de manera afirmativa la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: De conformidad a lo votado en la cuestión anterior, corresponde anular el debate efectuado, la sentencia N° 160 y sus fundamentos, debiendo remitirse las actuaciones al Tribunal Penal Colegiado correspondiente a fin de que la OGAP determine el juez que habrá de intervenir en la realización del nuevo debate. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas por su orden y diferir para su oportunidad la regulación de los honorarios profesionales. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Atento al mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de esta Suprema Corte de Justicia de Mendoza, fallando en forma definitiva se RESUELVE:

- 1.- Hacer lugar a los recursos de casación interpuestos a fs. 625/634 por la Fiscal Titular de la Fiscalía de Instrucción N° 18, Unidad Fiscal N° 13 de Homicidios y Violencia Institucional y a fs. 656/681 por la querellante particular.
- 2.- Anular el debate, la sentencia N° 535 y sus fundamentos, y remitir las actuaciones al Tribunal Penal Colegiado N° 1 para que resuelva conforme a Derecho y con base en la normativa pertinente.
- 3.- Imponer las costas por su orden y diferir para su oportunidad la regulación de los honorarios profesionales.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

Capítulo VII.

Delitos contra la administración pública.

Desobediencia. Violación de sellos y documentos.

Peculado.

CAPÍTULO VII. DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PÚBLICA. Desobediencia. Violación de sellos y documentos. Peculado.

1- BESA. 18-05-20.

| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
|----|----|----|------|--------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|-------------|---|-----|
| - | - | - | - | - | - | - | - | - | - | - | - | - | N | 474 |
| - | - | - | - | - | - | - | - | - | - | - | - | - | N | 414 |

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200518_FyQcBesa.pdf

Lex: Art. 255 del CP.

Vox: Sustracción de medios de prueba. Absolución. Nulidad del debate. Nuevo juicio.

Summa:

La **Excma. Tercera Cámara del Crimen** absolvió al nombrado del delito de sustracción de medios de prueba (art. 255 del CP)

El **MPF** interpone recurso de casación.

El **Procurador General** mantiene el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** resolvió hacer lugar al recurso de casación interpuesto y, en consecuencia, anular la sentencia y sus fundamentos, remitiendo las actuaciones al TPC N° 1, a fin de que la OGAP siga el trámite de ley, conforme al resultado aquí arribado, a efectos de que se realice un nuevo juicio (art. 486 CPP).

Resolución cuestionada: Sentencia N° 6718, pronunciada por la Excma. Tercera Cámara del Crimen (Hoy TPC N° 1)-1° CJ.

SCJM. Dres.: **Palermo.** Valerio. Adaro.

Fallo:

CUIJ: 13-03864015-6/1((010503-45608)) FYQUER.PARTIC.C/BESA MOLINA RAUL RICARDO P/DEFRAUDACION (SUSTRACCION DE MEDIOS DE PRUEBA) (45608) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *103908798*

En Mendoza, a los dieciocho días del mes de mayo del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-03864015-6, caratulada “F. Y QUER. PARTIC. C/BESA MOLINA, RAÚL RICARDO /SUSTRACCIÓN DE MEDIOS DE PRUEBA S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. OMAR A. PALERMO, segundo DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero DR. MARIO D. ADARO.

El titular de la entonces Tercera Fiscalía de Cámara en lo Criminal interpone recurso de casación contra la sentencia N° 6718 agregada a fs. 625 y vta. y sus fundamentos obrantes a fs. 627/650, en cuanto absolvió a Raúl Ricardo Besa Molina del delito de sustracción de medios de prueba (art. 255 del C.P.), pronunciamiento dictado por la ex Tercera Cámara del Crimen en autos N° P-45.608/11.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

I.- Resolución recurrida

El tribunal sentenciante, mediante sala unipersonal N° 3 presidida por el Dr. Diego Lusverti, absolvió a Raúl Ricardo Besa Molina del delito de sustracción de medios de prueba se le atribuía en las causas N° P-45.608/11, conforme requisitoria fiscal de citación a juicio obrante en los autos mencionados. Los hechos oportunamente intimados consistieron en que durante «el año 2.010 se sustanció un proceso licitatorio en la órbita de la Dirección de Agricultura y Contingencias Climáticas, dependiente del Ministerio de Producción, Tecnología e Innovación de la Provincia de Mendoza (Dirección que estaba a cargo del Ing. Raúl Besa) para la provisión de cartucho y bengalas utilizables en la lucha antigranizo, período 2.010/2.011, a iniciarse el 01 de octubre de 2.010. De la referida licitación, N° 1.333/10/907, que tramitó en el expediente administrativo nro. 204-P-2.010-01408, participaron en calidad de oferentes, la Empresa “Stroyproject” EOOK, S.R.L. Unipersonal OOD, y la firma “Ice Crystal Engineering” LLC, resultando esta última adjudicataria, en tanto la oferta de Stroyproject” EOOD se rechazó por inadmisibile. [...] el día 25 de octubre de 2.010, una vez abiertos los sobres y publicitados así los oferentes, el Ing. Raúl Besa, en su calidad de Director de Agricultura y Contingencias, emplazó en 48 hs. a que uno de ellos (“Stroyproject” EOOD) presentara, a fin de ser incorporado y valorado en el expediente licitatorio, un certificado de calidad o equivalente, sobre el contenido en gramos de la composición pirotécnica a base de ioduro de plata de los cartuchos como de las bengalas ofrecidas, manda que asumió personalmente el Representante Legal de la empresa, Osvaldo Lima, quien una vez recibida la notificación, y tras contar vía e-mail con la documentación requerida escaneada, procedió a imprimirla y presentarla el día 29 de octubre de 2.010 (como se verifica en el cargo de recepción impuesto al pie de fs. 371), en la Mesa de Entradas de la dirección interviniente. [...], en fecha 04 de noviembre de 2.010, la empresa (a través de su representante Lima) acompañó documentación complementaria de la anterior, consistente en un análisis químico del producto. [...], esta última documentación nunca fue agregada en el expediente

correspondiente a la licitación (y por ende, no pudo ser ponderada al tiempo de concluirse el procedimiento), viéndose “Stroyproject” EOOD perjudicada por ello. Consultado entonces, el procedimiento normal establecido para la recepción y derivación de notas y documentación relativos a un expediente, se obtuvo que las notas y documentación dirigidas a la Dirección, y destinadas a ser incorporadas en algún expediente que tramita, ingresan en dos ejemplares por Mesa de Entradas, a ambos se les coloca un sello de entrada, en el que figura la fecha y la hora de presentación, los folios que contiene y la firma de la persona que recepciona, siendo restituida la copia al presentante, y dejándose constancia de la presentación en una carpeta de registros internos, y que los originales de esta manera recepcionados, pasan al Director de Agricultura y Contingencias Climáticas, para que ordene su incorporación en la pieza administrativa, en caso de corresponder, y a fin de continuar con el trámite de ley. De lo recabado surge que la nota cuestionada, correspondía que fuese incorporada en el expediente administrativo, y que el responsable directo de esa recepción y agregación en el expediente, era el Ing. Raúl Besa» (conforme requerimiento de fs. 504/508).

Para llegar a la conclusión absoluta el tribunal consideró que «debe concluirse necesariamente que dichas copias carecían de la virtualidad de provocar convicción en el órgano encargado de formar la voluntad administrativa, resulta[n]do así la conducta atípica» (fundamentos fs. 659 vta.).

II.- Recurso de casación

La impugnación deducida se basa en el inciso 2 del art. 474 del C.P.P., Ley 6.730, es decir, por adolecer el pronunciamiento cuestionado de vicios in procedendo.

Se agravia el recurrente por entender que la sentencia deviene arbitraria –por fundamentación aparente–, en tanto se ha valorado erráticamente la documentación que no fue agregada en la pieza administrativa en siete fojas y no se tuvo en cuenta, con el grado de relevancia que revestía, la testimonial de Miriam Isabel Romero, quien se desempeñaba en la Mesa de Entradas de la Dirección de Agricultura y Contingencias Climáticas.

Sostiene que existe certeza, atento a los elementos de prueba agregados a la causa, de que los oferentes que intervinieron en el proceso licitatorio, es decir, la empresa «Stroyproject EOOD S.R.L., Unipersonal OOD» y la firma «Ice Crystal Engineering LLC», no se encontraron en un plano de igualdad en el proceso licitatorio, sino todo lo contrario, debido a la maniobra delictiva efectuada por el hoy imputado.

Señala que la intervención de Besa se encaminó a beneficiar una de las ofertas, la presentada por la firma «Ice Crystal Engineering LLC», en tanto la realizada por la firma «Stroyproject EOOD S.R.L.» fue rechazada por inadmisibles y que, si bien no fue el único partícipe en esta maniobra, su responsabilidad es fundamental.

Agrega que el imputado incluso admitió los hechos, cuando al finalizar el debate dijo que había llegado a la dirección por nombramiento del Ing. Millán y que se sentía un chivo expiatorio de esta situación. Reitera que el aporte testimonial de la declaración de Miriam Romero no fue valorado, resultando sus dichos de vital importancia en el esclarecimiento de los hechos, toda vez que se acreditó que el escrito acompañado en siete fojas (fotocopias) y presentados por el Dr. Lima, fue entregado al Ingeniero Besa Molina, según quedó determinado indubitadamente por la pericia caligráfica obrante a fs. 608/610. Expresa que, en fecha 04 de noviembre de 2010, el denunciante acompañó documentación complementaria de la presentada con anterioridad, consistente en el certificado de análisis químico del producto con apostillado de La Haya, pero en copia simple, y que esta documentación no fue agregada al expediente licitatorio.

En ese orden, entiende que el tipo penal que le fuera atribuido al imputado no sólo comprende la «sustracción» del objeto de prueba, sino también el «ocultamiento» de esa documentación. Indica que

no existen dudas que la documentación en cuestión fue recibida en la Dirección de Agricultura y que llegó a manos del Director para que disponga su incorporación o no, y que esa responsabilidad se encontraba exclusivamente a su cargo.

Agrega que Besa formó parte incluso de los consejos de preadjudicación, de manera que tenía un rol preponderante en la formación de la voluntad del acto administrativo, por lo que no podía desconocer que una de las ofertas iba a ser desestimada, a pesar de ser económicamente más beneficiosa para el Estado provincial.

Sostiene que, si bien el sentenciante ha expresado que otorgarle un nuevo plazo a la firma denunciante para efectuar la presentación correspondiente iría en contra –por informalidad– del principio de igualdad en un proceso licitatorio, se apartó por completo de las constancias de la causa puesto que Besa Molina, mucho después de este plazo, admitió una modificación sustancial de la oferta a la firma que resultaría adjudicataria.

Insiste en que el testimonio de la señora Romero y de Domínguez resultan sumamente importantes, en tanto eran las únicas personas que recibían este tipo de documentación y que Romero expresó que ella, personalmente, se lo llevó al ingeniero Besa, explicando que esta modalidad no es común.

Seguidamente, y en relación a lo declarado por Romero, el recurrente se pregunta por qué un empleado público que recibe esa documentación en Mesa de Entradas, haría una planilla donde su jefe le está entregando esa documentación bajo su firma, la guardaría bajo llave y luego, cuando le fuera requerida, sacaría una copia, la certificaría por escribano y la guardaría en su casa.

Asimismo, señala que Besa reconoció haber recibido la documentación, no así haberla ocultado o sustraído, y que se la entregó a una secretaria y no sabe qué pasó.

Ante este argumento, el recurrente considera que no puede el imputado indicar que entregó la documentación en cuestión sin indicar a quién, cuándo y por qué, si el proceso licitatorio se encontraba en la faz crucial de lo que debía hacerse, que era el consejo de preadjudicación.

Expresa que existen otras constancias de la causa que son decisivas porque hablan de la informalidad a favor del otro oferente y en contra del denunciante, que no fueron valoradas por el sentenciante.

Así refiere que cuando se realiza el acta de preadjudicación hay un mejoramiento de la oferta que hace el otro oferente que ya ha estado al momento de ser agregada al expediente, antedatada o antepuesta al acta de preadjudicación toda vez que, por un lado, las fojas están modificadas con corrector y, por otro, en el segundo acta de preadjudicación –en la que Besa ha participado– se hace referencia a que la mejora aludida corre agregada a fs. 377/378.

Ello implica, a criterio del recurrente, que se ha reconocido en ese último acta que lo que la empresa Ice Cristal presentó estaba consignado antes y que después fue corregido para consignarlo entre las dos actas de reuniones del consejo de preadjudicación.

Sostiene que el interrogante contenido en el dictamen del que se vale la Comisión de Preadjudicación para no admitir la oferta de la firma denunciante sobre cómo descartamos el truco fotográfico tiene respuesta en la existencia del apostillado de La Haya.

Por lo tanto, entiende que si la documentación que se presentó tenía la apostilla de La Haya, aunque llegue en copia por el plazo fijado, era sensible que se conociera y que se agregara a las actuaciones porque era lo que se había indicado que estaba faltando.

Considera que el razonamiento del sentenciante para dictar la absolución de Besa por atipicidad es arbitraria –por fundamentación contradictoria–, toda vez que transforma un tipo penal de peligro potencial –la figura en análisis– en uno de resultado.

En ese sentido, entiende que no es necesario el resultado, ya que de la maniobra deriva un peligro potencial para la correcta administración pública, siendo indistinto el carácter dirimente del objeto probatorio. En función de lo expuesto, solicita se case la sentencia atacada y se dicte una nueva sin violación de ninguna garantía, o bien, se disponga su anulación y remisión al subrogante legal para la realización de un nuevo debate.

III.- Dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador General mantiene el recurso interpuesto por el Fiscal de la Tercera Cámara del Crimen y se remite a los argumentos expresados por aquél.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

Analizadas las constancias incorporadas a la presente causa, entiendo que corresponde hacer lugar al remedio casatorio oportunamente interpuesto y, en consecuencia, anular la sentencia emitida y reenviar la causa al subrogante legal a fin de que se efectúe un nuevo juicio. Doy razones.

En forma preliminar, corresponde destacar que este Cuerpo –en sus diferentes integraciones– ha sostenido reiteradamente el criterio según el cual es atribución del tribunal de casación tratar el motivo casatorio que más convenga a la solución del caso, en razón de que la ley adjetiva no establece un orden de procedencia que imperativamente deba seguirse en el examen de las causales de impugnación extraordinaria (L.S. 183-188; 202-001; 269-234, entre otros).

Es por ello que centraré el análisis de la presente causa en uno de los vicios formales denunciados por el recurrente, motivo en el que estimo se encuentra circunscripto el thema decidendum y que, por prosperar, conduce a la anulación de la resolución cuestionada por este remedio casatorio, a tenor de lo normado por el **art. 416 inc. 4° del CPP**.

De tal modo, entiendo que el tópico del presente recurso se circunscribe al cuestionamiento del fallo emitido por la entonces Tercera Cámara del Crimen de esta Primera Circunscripción Judicial basado en la consideración que la solución adoptada se ha fundado de modo aparente y contradictorio.

En ese orden, corresponde recordar en qué consisten ambos defectos de fundamentación a los fines de fundamentar cómo se verifican tales vicios en la sentencia cuestionada por el representante del Ministerio Público Fiscal.

Por un lado, se considera **«fundamentación aparente»** a aquella que consiste en aserciones o negaciones dogmáticas que no han sido vinculadas con las pruebas seleccionadas y valoradas.

En palabras de la Corte Federal, la «sentencia que no traduce una apreciación crítica y fundada de los elementos relevantes de la litis, satisface sólo en forma aparente la necesidad de ser derivación razonada del derecho vigente con adecuada referencia a los hechos de la causa y debe ser descalificada en su carácter de acto judicial» (Fallos 311:49, entre otros).

Por otro lado, la «fundamentación contradictoria» puede consistir en la simultánea aceptación de circunstancias fácticas o jurídicas que no pueden coexistir, ya que una de ellas excluye o repele a la otra. Al respecto, nuestro Máximo Tribunal, por ejemplo ha sostenido que «la existencia de una contradicción explícita respecto de la norma jurídica concreta que rige el caso importa error inadmisibles del fallo impugnado, en tanto, a efectos de la decisión a dictar, se la declara sucesivamente inaplicable y aplicable. De tal modo, la sujeción del caso al derecho vigente resulta ininteligible y no constituye derivación razonada del ordenamiento jurídico» (Fallos 330:1465).

A su vez, en lo que concierne a las circunstancias fácticas ha expresado que «[c]uando no puede reconocerse en la sentencia la aplicación del método racional de reconstrucción de un hecho pasado en la forma en que lo condicionan la Constitución y la ley procesal, corresponde entender que la sentencia no tiene fundamento; lo mismo sucederá cuando el referido método se aplique defectuosamente, que no se hayan incorporado todas las pruebas conducentes y procedentes, que la crítica externa no haya sido suficiente, que la crítica interna haya sido contradictoria, o que en la síntesis no se haya aplicado adecuadamente el beneficio de la duda, o que sus conclusiones resulten contradictorias con las etapas anteriores» (CSJ 000367/2018/CS001).

Ahora bien, en relación al caso en estudio, debe señalarse que el a quo, luego de meritar la prueba incorporada a la causa, entendió acreditado «más allá de toda duda razonable, que el escrito acompañado por siete fojas (en fotocopias) que el Doctor Lima presentó el día 04 de noviembre de 2010, fue entregado al Ingeniero Besa, según quedó determinado indubitadamente por la pericia caligráfica obrante a fs. 608/610 y por la declaración testifical de la señora Miriam Isabel Romero» (fundamentos, fs. 642 vta.).

No obstante ello, consideró que «previo a determinar si la falta de incorporación de dichas fotocopias al expediente administrativo obedeció a una conducta desidiosa, negligente o intencional, es menester determinar si hay tipicidad o no [...] resulta indispensable determinar si dicha documentación es o no prueba en los términos del tipo penal endilgado».

Y con esa finalidad, después de calificar como objetos a las fotocopias aludidas –no documentos–, efectuó un minucioso análisis de éstas para determinar si «tenía[n] o no una finalidad probatoria», y concluyó que «no revestía[n] la calidad de prueba, toda vez que no tenían la virtualidad de provocar convicción, fundamentalmente por el hecho de que carecía[n] de apostillado y se trataba de copias simples como el mismo presentante lo reconoció» (fundamentos, fs. 644 y 647 vta.).

Sin perjuicio del esfuerzo argumentativo del sentenciante, entiendo que tal conclusión no aparece adecuada teniendo en cuenta las constancias de la causa, el procedimiento aplicable y el bien jurídico tutelado por la figura penal endilgada.

Lo afirmado precedentemente obedece a que, según advierto, el a quo ha confundido el carácter probatorio exigido por el tipo penal en cuestión –en cuanto «a servir de prueba ante la autoridad competente»– con los efectos jurídicos que debía producir la documentación exigida como requisito ineludible en la licitación pública que motivó la presente causa.

En efecto, si bien puede asistirle razón al sentenciante en punto a que las fotocopias presentadas no producirían el efecto pretendido por el denunciante –tener por cumplimentado el emplazamiento para participar legítimamente en la licitación–, ello no significa que no pudieran servir como prueba, al menos de la voluntad por parte del oferente de cumplir con los requisitos exigidos, de solicitar nuevo plazo o cualquier otro argumento que quisiese hacer valer a nivel administrativo.

En otras palabras, la circunstancia de que las fotocopias carecieran de apostillado no implica que no puedan probar alguna circunstancia, que no tengan «la virtualidad de provocar convicción» –en palabras del sentenciante–, sino tan sólo que, por no reunir los requisitos exigidos por la normativa procesal administrativa, no resultaban idóneos para que el presentante pudiera participar en la licitación referida. Sostener lo contrario implicaría negar todo tipo de valor probatorio a aquéllos actos que, no siendo idóneos para un fin predeterminado, resultan aptos para acreditar otro tipo de hechos o circunstancias, aún de modo indiciario.

Lo que resultaría contrario a los principios procesales de valoración probatoria. Desde otro aspecto, y sin perjuicio de lo expuesto precedentemente, también se advierte que el tribunal de juicio soslayó la entidad del bien jurídico tutelado por la figura penal atribuida a Besa Molina.

En tal sentido, cabe señalar que el tipo penal contenido en el **art. 255 del CP** tiene como finalidad garantizar la conservación o preservación de aquéllos objetos dispuestos como medios de prueba y que, por ello, constituye un delito de pura actividad y de peligro.

Es decir que la figura se consuma con la realización de la acción descrita por la norma, sin que sea exigible la producción de un resultado distinto a esa actividad. En virtud de ello, entiendo que no resulta adecuado el razonamiento del sentenciante basado en la pregunta de «qué hubiese modificado si dichas copias se agregaban al expediente, si respecto de la presentación anterior ya se habían expedido las dos asesoría letradas en el sentido de que no revestían la calidad de prueba» (fundamentos, fs. 645 vta./646), ya que mediante ese análisis «transforma la figura penal [...] de un tipo de peligro potencial, a uno de resultado», como sostuvo el recurrente a fs. 659 vta./660 de su presentación.

Tampoco puede soslayarse que, luego de señalar las falencias de la presentación en fotocopias que hizo el denunciante y de justificar por qué no correspondía aplicar el principio de «informalismo a favor del administrado» a su respecto, el a quo sostuvo que ese «análisis tiene impacto en la prueba de hecho y la autoría, ya que si la presentación era defectuosa y extemporánea, por qué arriesgaría el imputado a ocultarla o sustraerla bajo su firma y responsabilidad» (fundamentos, fs. 647 vta./648).

Este último argumento aparece claramente contradictorio con el hilo conductor que derivó en la solución adoptada, según el cual entendió acreditado que las fotocopias fueron entregadas al imputado, pero consideró que lo dirimente no era determinar el alcance de su conducta, sino la aptitud probatoria de las copias no incorporadas.

En definitiva, las consideraciones precedentes ponen de manifiesto la existencia de vicios en la fundamentación de la sentencia impugnada, derivados de la inobservancia de lo dispuesto por el **art. 416, inc. 4° del CPP**, circunstancias que acarrearán la declaración de nulidad del fallo aludido.

Atento a la solución que propicio y las consideraciones precedentes, no resulta necesario expedirme en relación al resto de los agravios esbozados por el recurrente.

Por las razones precedentemente expuestas y oído el Procurador General, corresponde dar respuesta afirmativa a la primera cuestión. **ASÍ VOTO.**

Voto Dr. Valerio y Dr. Adaro. Adhiere.

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y MARIO D. ADARO adhieren, por los fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO: De conformidad con el resultado de la cuestión anterior, corresponde anular la sentencia de Nº 6718 y sus fundamentos (fs. 627/650).

En consecuencia, deberán remitirse los presentes al Primer Tribunal Penal Colegiado de esta Primera Circunscripción Judicial, a fin de que la OGAP siga el trámite de ley, conforme al resultado aquí arribado, a efectos de que se realice un nuevo juicio (art. 486 C.P.P.). **ASÍ VOTO.**

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se terminó el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, **RESUELVE:**

1.- Hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 654/660 vta. y, en consecuencia, anular la sentencia N° 6718 y sus fundamentos, dictados por la entonces Tercera Cámara del Crimen de esta Primera Circunscripción Judicial.

2.- Remitir las presentes actuaciones al Primer Tribunal Penal Colegiado, a fin de que la OGAP siga el trámite de ley, conforme al resultado aquí arribado, a efectos de que se realice un nuevo juicio (art. 486 CPP).

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

2- FRIAS ROBLEDO. 08-06-20.

| | | | | | | | | | | | | | | |
|-----------|------------|----|------|------------|------------|------------|------------|------------|------------|------------|------------|----------------|---|------------|
| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
| VG | Par | - | - | PCE | - | - | A | - | - | UP | - | - | - | 474 |

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200608_FcFrias.pdf

Lex: Art. 239 del CP. Art. 4 de la ley 26465.

Vox: VG. Desobediencia a la autoridad. Error de prohibición. Unificación de pena.

Summa:

El **JPC** condenó al señalado a la pena de **dos meses de prisión en efectivo** por resultar autor penalmente responsable del delito de desobediencia a la autoridad en contexto de violencia de género (art. 239 CP y art. 4, ley 26465).

La **defensa** interpone recurso de casación.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 2483, pronunciada por el JPC N° 1- 1° CJ.

SCJM. Dres.: **Adaro**. Valerio. Palermo (Licencia).

Fallo:

CUIJ: 13-04816294-5/1((018501-1477)) FC/ FRIAS ROBLEDO HECTOR LUIS P/ DESOBEDIENCIA, AMENAZAS AGRAVADAS (1477) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104896862*

En Mendoza, a los ocho días del mes de junio del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04816294-5/1, caratulada "F. C/ FRÍAS ROBLEDO HÉCTOR LUIS P/AMENAZAS AGRAVADAS S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO; segundo, DR. JOSÉ V. VALERIO, y tercero, DR. OMAR A. PALERMO.

La Defensa técnica de Héctor Luis Frías Robledo interpone recurso de casación (fs. 172/175) contra la sentencia N° 2483 (f. 169 y vta.) y sus fundamentos, mediante la cual el Primer Juzgado Penal Colegiado de la Primera Circunscripción condenó al nombrado a la pena de dos meses de prisión en efectivo por resultar autor penalmente responsable del delito de desobediencia a la autoridad en contexto de violencia de género (art. 239 CP y art. 4, ley 26.465).

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D, ADARO, DIJO:

I.- Sentencia recurrida

El juez sentenciante tuvo por acreditado con la certeza requerida para el dictado de una sentencia condenatoria que el día 03 de enero de 2019 a las 21:30 horas aproximadamente, Héctor Luis Frías Robledo ingresó al domicilio ubicado en el Barrio Las Margaritas I-02 de Mayor Drummond, Luján de Cuyo, donde se encontraba María Elena González Zambrano, violando así una prohibición de acercamiento ordenada por el Décimo Juzgado de Familia y notificada al sindicado en fecha 16 de mayo de 2016 (véase registros audiovisuales, 00:07:00)

Para decidir en tal sentido, el a quo valoró las declaraciones testimoniales de la víctima María Elena González, el licenciado Fabricio Lisambrello y el Auxiliar Walter Marcelo Gatica y las demás pruebas válidamente incorporadas al proceso.

II.- Recurso de casación

La defensa considera que la sentencia condenatoria dictada en contra de su representado padece vicios **in procedendo e in iudicando**.

En relación con los primeros, sostiene que no se habría valorado correctamente que la prueba verifica que el imputado actuó padeciendo un **error de prohibición**. Ello en tanto, la víctima le habría comunicado que había solicitado que se levantara la prohibición de acercamiento. En relación con los segundos, explica que el a quo utilizó el método aritmético para la unificación de penas, cuando este es de aplicación excepcional, debiendo utilizarse en rigor el método compositivo. Realiza reserva del caso federal.

III.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General entiende que corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto (fs. 200/201). Así, por un lado, sostiene que el sentenciante descartó, con total acierto, que el imputado no

hubiese tenido conocimiento de la vigencia de la medida, ya que conocía la condena en la que se dispuso, como regla de conducta, en el resolutivo II, punto 4, mantener la orden de restricción impuesta, esto es, la vigencia de la prohibición de acercamiento. Todo lo cual, anula la posibilidad de un error jurídico-penalmente relevante en su comportamiento.

Por otro lado, en relación con el cuestionamiento del método aplicado por el a quo a los efectos de proceder a la unificación de penas, advierte que este ha sido debidamente fundamentado. En esta línea, subraya que se tuvo en consideración lo preceptuado por el art. 27 del CP, entendiéndose que al unificar, además de revocar la condicionalidad de la condena anterior impuesta, debía adicionar la pena correspondiente al nuevo delito juzgado.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

En adelanto de las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que corresponde rechazar el recurso casatorio impetrado.

a) Vicios in procedendo

En este nivel, la estrategia defensiva apunta a poner en tela de juicio que se haya acreditado –con el grado de certeza requerido por una sentencia condenatoria– el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta por parte del condenado.

Esta toma de postura frente al caso es una reiteración de la realizada en el momento de los alegatos y se basa principalmente en un tramo de la declaración de la víctima, en el que expresa «yo pedí que levantaran la prohibición de acercamiento.

Le comuniqué esta situación al Sr. Frías, no recuerdo qué me dijeron. No recuerdo que me hayan dicho que se presente. Me dieron un papel para que se presentara al CPA de rehabilitación a las drogas».

Como es sabido, la invencibilidad que presupone el error de prohibición, en tanto déficit de conocimiento que cancela la responsabilidad penal del autor, presupone que éste actuó con la diligencia debida y de acuerdo a su rol en la formación de ese conocimiento.

De este modo, la clave en orden a contestar el primero de los agravios del recurrente consiste en determinar si Frías Robledo actuó correctamente conforme aquello que se esperaba de él.

Ello en tanto, lo que interesa en casos como el presente no es tanto verificar si el agente actuó ignorando la norma vinculante para él, sino si ese desconocimiento poseía relevancia jurídico-penalmente relevante. Bien, dicho esto, entiendo que, aun cuando Frías Robledo hubiese padecido un error en relación con la vigencia de la prohibición de acercamiento que pesaba en su contra, este no debe considerarse como relevante a los efectos de la cancelación de la posibilidad de reproche.

En efecto, los dichos de su pareja no lo habilitaban a «confiar» en relación con la información que le era brindada. Y el acusado no podía confiar en la información brindada por González Zambrano con base en tres razones que estimo cruciales: la primera, estos dichos eran vagos, tal como se lee de la transcripción realizada más arriba.

La víctima se limitó a transmitirle que pidió el levantamiento de la orden, que no recuerda bien qué le dijeron, que le dieron un papel.

La segunda razón, relativa a la conflictiva relación que atravesaban como pareja, la cual lo debió llevara extremar los recaudos en orden a verificar la información adquirida.

Por último, lo más importante es que el imputado no actuó diligentemente a los efectos de conocer si la orden de acercamiento se encontraba vigente, es decir, no concurrió al Juzgado de Familia, ni consultó con su abogado en relación con el tema.

Frías Robledo era un obligado especial en tanto destinatario de la orden de prohibición de acercamiento, la cual había sido mantenida en la primera sentencia (véase f. 113 de los autos N° 39.369/17, resolutive II, punto 4) y debidamente notificada.

De este modo, entiendo que el primer tramo del recurso defensivo debe ser descartado.

b) Vicios in iudicando

En segundo lugar, el recurrente critica el método de unificación de penas utilizado por el magistrado sentenciante.

Así, protesta por la utilización del método aritmético, el cual subraya como de aplicación excepcional. En relación con este agravio, cabe decir que el recurrente no consigue argumentar suficientemente su postura.

De hecho, se limita a transcribir el fragmento de un fallo de este tribunal para concluir que se han vulnerado las reglas del **art. 58 CP** sin agregar más.

Con todo, a pesar de la lacónica argumentación de la defensa de Frías Robledo, no advierto problema alguno con el método utilizado por el magistrado interviniente y el resultado alcanzado.

En línea con las consideraciones de Zaffaroni en su Manual de Derecho penal (2002), entiendo que deben diferenciarse las hipótesis de unificación de condenas de las de unificación de penas. Esta última es la que corresponde efectuar respecto de delitos cometidos después de la primera sentencia firme.

En estos casos, la condenación no desaparece porque en el momento en que fue pronunciada no violaba ninguna regla de condenación única, puesto que ese acto jurisdiccional condenó por el único delito cometido.

Al quedar en pie la condena, tampoco puede caer la pena, que se mantiene vigente hasta la sentencia firme que pronuncia la condenación por el segundo delito.

Este es, en efecto, el caso de Frías Robledo, a quien le había sido impuesta –en el marco de los autos P-39.369/17 y para fecha 14 de agosto de 2017– una pena de ocho meses de prisión en modalidad condicional por haber sido encontrado autor penalmente responsable de los delitos de desobediencia a la autoridad en concurso real con amenazas simples (art. 239 y art. 149 bis, primer párrafo, primer supuesto CP), por hechos ocurridos en fecha 07 de mayo de 2017.

Por su parte, en la presente causa –el pasado 02 de mayo de 2019– se le impuso una condena de dos meses de prisión en efectivo por haber sido hallado penalmente responsable del delito de desobediencia a la autoridad en contexto de violencia de género (art. 239 CP, art. 4, ley 26.465), por hechos sucedidos el 03 de enero de 2019.

Lo anterior condujo al magistrado sentenciante a revocar la condicionalidad de la pena impuesta por la sentencia N° 6844 y a unificarla con la presente en el monto final de diez meses de prisión de cumplimiento efectivo.

Analizado el iter argumentativo a la luz de las fechas de los hechos y las sentencias impuestas en función de ellos, cabe decir que la magistrada interviniente tuvo correctamente en cuenta la pena del primer delito que no fue cumplida (ocho meses de prisión) al momento de la sentencia unificadora y la pena del segundo delito (2 meses de prisión).

Finalmente, cabe agregar que el imputado se encuentra impedido de acceder a la modalidad de ejecución condicional, todo ello, en tanto no han transcurrido el término de cuatro años, contados a partir de la

fecha de la sentencia firme hasta la comisión del nuevo delito. Lo que implica que este nuevo delito le significa sufrir la pena impuesta en la primera condenación y la que le corresponde por el segundo delito. Todo ello, en función de lo prescripto por el **art. 27 CP. Así, la revocación de la condicionalidad** de la ejecución de la pena también es una correcta derivación de los hechos y el derecho aplicable.

Ello en tanto, como dije, con anterioridad a la pena impuesta en el marco de estos autos, Frías Robledo había sido condenado en fecha 14 de agosto de 2017 a la pena de ocho meses de prisión de ejecución condicional como autor penalmente responsable del delito de desobediencia a la autoridad y amenazas simples, no habiéndose alcanzado el vencimiento de los cuatro años establecidos por la norma supra citada. Dicho esto, no surge ni de la crítica del letrado defensor, ni de la compulsión de las presentes actuaciones que exista un error en el cómputo arrojado por la labor de **unificación de penas** practicada por el a quo.

En conclusión, teniendo en cuenta las fechas de las sentencias condenatorias y la de los hechos atribuidos al imputado, la sentencia referida respeta las normas del concurso real y por ello debe ser confirmada.

En suma, con base en las consideraciones precedentes, estimo que debe rechazarse el recurso defensivo interpuesto por la defensa Héctor Luis Frías Robledo. **ASÍ VOTO.**

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

Sobre la misma cuestión el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO DIJO: Conforme lo anterior, corresponde omitir pronunciamiento en este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse como afirmativa la cuestión anterior. **ASÍ VOTO.**

Sobre la misma cuestión el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. **ASÍ VOTO.**

Sobre la misma cuestión el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Atento al mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de esta Suprema Corte de Justicia de Mendoza, fallando en forma definitiva se **RESUELVE:**

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 172/175 por la defensa técnica de Héctor Luis Frías Robledo.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva federal formulada.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 08 de junio de 2020.-

3- FACCA. 29-09-20.

| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
|----|----|----|------|--------|---------|---------|----------|---------|-----------|---------|---------|-------------|---|------------|
| - | - | - | - | - | - | - | A | - | CR | - | - | - | - | 474 |
| | | | | | | | | | | | | | | 414 |

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200929_FcFacca.pdf

Lex: Art. 239, 55 del CP. Art. 1 Ley 24270.

Vox: Desobediencia. Impedimento de contacto de sus hijos menores con su padre no conviviente, agravado por la edad de los menores. Concurso aparente. Absolución. Lex specialis derogat legi generali.

Summa:

El **JPC** absolvió a la señalada del delito de impedimento de contacto de sus hijos menores con su padre no conviviente, agravado por la edad de los menores, en concurso real con desobediencia a la autoridad (art. 1 Ley 24.270, 55 y 239 del CP).

El **MPF** interpone recurso de casación.

El **Procurador General** mantiene el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 4484 (31-10-19), pronunciada por el JPC N° 2- 1° CJ.

Doctrina citada.

D´ALESSIO, Código Penal comentado y anotado-parte especial- Ed. La Ley- 1°Ed., pág. 772.

Precedentes relacionados

a-SCJM

Impedimento de contacto.

- Bigolín Gisela. 02-08-19.: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=168>
- Reyes Cortelezzi. 08-03-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=634>
- Vulcano. 22-03-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=981>

SCJM. Dres.: **Valerio**. Adaro. Gómez.

Fallo:

CUIJ: 13-05065881-8/1((018502-818)) FC/ M. S. FACCA P/ RESISTENCIA O DESOBEDIENCIA A UN FUNCIONARIO PUBLICO (0818) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105232294*

En Mendoza, a los veintinueve días del mes de septiembre del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05065881-8 caratulada “F. C/FACCA MÓNICA SUSANA P/RESISTENCIA O DESOBEDIENCIA A UN FUNCIONARIO PUBLICO/CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. MARIO D. ADARO y tercero DR. JULIO R. GÓMEZ.

A fs. 52/61 el titular de la Fiscalía de Instrucción n° 6 de la Unidad Fiscal Correccional, promueve recurso de casación contra la sentencia N° 4484 de fecha 31 de octubre de 2.019, obrante a fs. 46 y sus fundamentos de fs. 47/50 y vta. en tanto absuelve a M. S. Facca Breviti del delito de impedimento de contacto de sus hijos menores con su padre no conviviente, agravado por la edad de los menores, en concurso real con desobediencia a la autoridad (art. 1 Ley 24.270, 55 y 239 del CP).

El pronunciamiento fue dictado por Sala Unipersonal del Juzgado Penal Colegiado n° 2 de la Primera Circunscripción Judicial en autos N° P-818/18.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:

1.- La sentencia recurrida

La resolución puesta en crisis en lo pertinente para la solución del recurso establece que: «[...] de la valoración integral de los elementos de convicción rendidos en debate oral, público y contradictorio vislumbro que la conclusión a la que se ha arribado en la presente causa es la justa y adecuada. Es decir, corresponde la absolución por el beneficio de la duda de la imputada, al no haberse podido acreditar con certeza -o más allá de toda duda razonable- que M. S. Facca impidió el contacto de sus hijos con el Sr. Palermo. En primer lugar y con respecto al delito de desobediencia a la autoridad previsto y sancionado por el art. 239 del Código Penal, entiendo que existe un concurso aparente de leyes entre este delito y el delito de impedimento de contacto de hijos con padres no convivientes, ya que cuando existe un régimen de visitas fijado judicialmente y también media una orden concreta del juez civil, igual se impide el contacto. Tal concurso se resuelve, conforme al principio de especialidad, a favor de esta ley. [...] En segundo lugar y con relación al delito de impedimento de contacto, entiendo -como ya se adelantó- que existe un estado de duda, que no puede ser resuelto sino a favor de la encartada en torno a si la conducta reprochada a la misma encuadra en la figura atribuida» (fs. 48 y vta.)

Para así decidir la jueza de sentencia valoró las testimoniales prestadas en audiencia de debate por S, P., el Dr. Elaskar, T.A., C.D., las manifestaciones de la imputada –M. S. Facca– y, el resto de los elementos de prueba debidamente incorporados.

II.- El recurso de casación

Promueve recurso de casación el titular de la Unidad Fiscal Correccional a tenor del art. 474 inc. 2° del CPP.

Critica el criterio sostenido por la jueza en relación al principio *–lex specialis derogat legi generali–*, entiende el recurrente que en los delitos traídos a consideración no se produce el desplazamiento por especialidad, esto es la relación género-especie.

Explica que no se habla de una misma materia que se encuentra simultáneamente regulada por dos o más leyes (en la que se debe aplicar la norma especial).

Manifiesta que no existe entre ambas figuras una relación lógica de dependencia ya que no siempre que se realiza el tipo específico *–impedimento de contacto parental–* se consuma el «supuestamente» genérico que es la desobediencia a la autoridad. Agrega que en el caso la conducta de la imputada lesiona distintas normas penales en forma palmaria.

Por un lado, el derecho de los padres a vincularse con sus hijos y por el otro la administración de justicia (art. 239 del Código Penal).

Agrega que incluso la fecha de consumación de los delitos es diferente. Señala que el impedimento parental tuvo su inicio el 27/12/18, en tanto que la desobediencia a la autoridad tuvo comienzo de ejecución cuando el Juzgado de Familia, ante el reclamo del denunciante intima en 24 hs. a dar cumplimiento a lo pactado, esto es el 31/12/18. Añade que a su criterio ha existido errónea valoración de los elementos de prueba incorporados al proceso.

A criterio del recurrente de una considerada valoración de los elementos de prueba incorporados se encuentra comprobada la participación de Facca en la desobediencia a la autoridad y en el impedimento parental, en tanto que en la labor de interpretación llevada a cabo no se observaron las reglas de la sana crítica racional.

Así considera que no fueron correctamente valorados los dichos del denunciante que, a su criterio, fueron corroborados por varios testigos en el debate.

Refiere que C. D., señaló tener conocimiento de un convenio por el que S.P. debía ver a sus hijos. Añadió que ante el incumplimiento de Facca trataron de comunicarse con ella sin éxito. Destaca que quien representara a la imputada ante el Juzgado de Familia dijo haberla notificado de lo resuelto por el Juez de Familia y, que T.A. reconoció que no fue a llevar a los niños a S.P., también dijo que nadie le había dicho que tenía que hacerlo.

Así lejos de lo manifestado por la Jueza no se está en presencia de dos versiones sino solo frente a un relato que pudo ser probado *–el de S.P.–*. Menciona como elemento que corrobora la versión del denunciante la prueba instrumental incorporada en el debate.

Detalla las pruebas que acreditan la hipótesis ilícita y la participación criminal de M. S. Facca, así toma en consideración la declaración de S.P., la de C.O.D., la de N. Elaskar y T.A., también señala las copias simples de del expediente de familia, actas de nacimiento y copia fiel del convenio homologado en autos 28/19, y la causa originaria del Décimo Segundo Juzgado de Familia.

Cuestiona que la decisión de la jueza se centró en valorar sólo la declaración de la imputada y analizar lo ordenado por el juez de familia en cuanto a las supuestas imposibilidades para su cumplimiento.

Afirma que esa situación es irrelevante si se tiene cuenta que se juzga la consideración de si la inculpa impidió el contacto de sus hijos con el padre y luego si desobedeció una orden judicial que la intimara bajo apercibimiento de lo dispuesto por el art. 239 del CP.

Refiere que la jueza omitió considerar la gran cantidad de pruebas incriminatorias legalmente incorporadas al proceso que ubican a Facca como autora del delito.

Expresa que a Palermo no le incumbía ninguna actividad si se repara en las constancias de la causa, señala que el impedimento que se le imputa a Facca es más amplio y perdura hasta las 15 horas del 6/1/19 y la sentencia reduce el espacio de tiempo sin fundarlo.

A su criterio la credibilidad de las declaraciones de Facca como imputada no pueden superar a las constancias de la causa que constituyen instrumento público, afirma que Facca nunca negó haber hecho caso omiso a la intimación judicial y notarial.

Contrariamente a lo que se sostiene en el acto sentencial considera que del plexo probatorio se desprende en forma clara, cierta y contundente que la conducta desplegada por Facca tuvo siempre la finalidad de impedir el contacto de los menores con su padre.

III.- Vista a la defensa de la imputada

A fs. 87/93 vta. la titular de la décimo segunda defensoría de pobres y ausentes contesta la vista conferida y expone los motivos por los cuales considera que debe rechazarse el recurso de casación interpuesto por el Fiscal de Instrucción.

Refiere que la sentencia no padece de ilogicidad y falta de fundamentación, sino que la valoración en aquella ha resultado racional en relación a toda la prueba ofrecida y rendida en el debate.

Así expresa que Facca no concurrió a la audiencia del 21/12/18 para respetar la mutua prohibición de acercamiento, evento que según la defensora es referido por la Dra. Lizan a fs. 6 del régimen provisorio en el expte. 1131/18/12 FLH.

Agrega que el Dr. Elaskar dijo que no era voluntad de la imputada obstaculizar el contacto de Palermo con sus hijos y que carecía de instrucciones específicas.

Así a su criterio la conducta de su defendida fue correcta. Añade que el juzgado no llamó con posterioridad a Facca para confirmar la posibilidad de cumplir el acuerdo ni tampoco lo hizo con la supuesta intermediaria Tamara Arredondo.

Afirma que S.P. por sí solo dispuso los horarios y el tiempo de una persona –T.A.– a quien había visto dos veces como mucho y no conocía el teléfono, régimen u horario laboral; como también que el Juzgado le permitió al denunciante disponer del tiempo de Facca y de su empleada.

De tal manera considera que es su exclusiva culpa no haber visto a los niños en el tiempo que duró el acuerdo provisorio ya que fue S. P. quien inaudita parte dispuso condiciones que no pasaban por él y ni se tomó el trabajo de contactar a la supuesta intermediaria.

Agrega que la falta de lesividad al bien jurídico protegido surge con el régimen de contacto definitivo razonable y posible de cumplir. Refiere la conflictiva situación familiar y que la imputada sería víctima de violencia de género, conforme surge del expte. 1131/18/12 FLH, circunstancias que derivaron en la prohibición de acercamiento.

Añade que no existe concurso real y que la autoridad judicial no puede imponer una orden a Facca y decir que no cumplió cuando la misma se hace por interpósita persona o sin un medio fehaciente.

Da cuenta que la notificación no se realizó de forma personal sino por medio de una cédula electrónica cursada a la casilla de su abogado y que tampoco se configuró el impedimento de contacto.

IV.- Dictamen del señor Procurador General

A fs. 96 contesta la vista conferida el Procurador General y se remite a lo expresado por el Fiscal de Instrucción de la Unidad Fiscal Correccional al recurrir reproduciendo los argumentos brindados por aquél.

V.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Examinada la sentencia puesta en crisis y el recurso de casación promovido, entiendo que corresponde rechazar el planteo casatorio, puesto que no se verifican los agravios formulados. Paso a explicar.

En el acto sentencial cuestionado la jueza explica cual es –a su criterio–, la relación existente entre los delitos atribuidos a M. S. Facca –impedimento de contacto de sus hijos menores con su padre no conviviente agravado por la edad en concurso real con desobediencia a la autoridad (art. 1 de la ley 24.270, 55 y 239 del Código Penal)–.

Se inclina por sostener que el concurso entre ambos es **aparente**, motivo por el cual debe aplicarse la ley especial que deroga a la general y el encuadre jurídico adecuado resulta ser –en el caso– el previsto por la ley 24.270 (art. 1).

A continuación, y, en relación al delito subsistente –impedimento de contacto de los hijos menores con el padre no conviviente– señaló los motivos por los cuales se planteó la duda en torno a la autoría responsable del hecho por parte de la denunciada.

Así detalló la relación conflictiva previa entre la imputada y el padre de los niños que motivó una prohibición de acercamiento recíproca, da cuenta del régimen de visitas fijado por ante la justicia de Familia en una audiencia en la que Facca no estuvo presente –en razón de la prohibición– y en la que actuó –sin instrucciones al respecto– el letrado que la representaba.

Refirió que en esa audiencia se fijó un régimen provisorio y que la intermediaria designada resultó ser Tamara Arredondo –quien se desempeñaba como empleada de servicio doméstico en el domicilio de la imputada–.

Analizó las declaraciones del denunciante –S. P.–, del Dr. Elaskar, de T.A., el descargo de M. S. Facca, y en base a ello es que sustentó su duda en que se hubiese configurado el ilícito atribuido puesto que –coincido con la magistrada– «desde un primer momento no se aseguró que dicho régimen pueda ser válidamente cumplido».

En este sentido y luego de dar lectura de la actuación en que se dispuso el cumplimiento de un régimen de visitas provisorio consistente en: «el día 22 de diciembre de 2.018 a las 12.30 hs. en el restaurante Sofía del Dalvian hasta las 15.30 hs. El día jueves 27 de diciembre de 2.018 desde las 9.00 hs. hasta las 21.00 hs. El día 31 de enero de 2.018 desde las 19.00 hs. hasta las 11.30 hs. del día 1 de enero de 2.019. El fin de semana del 5 de enero desde las 9.00 hs. hasta las 15.00 hs. del día 6 de enero [...] Luego se desarrollará en la forma siguiente hasta el inicio del ciclo lectivo escolar del año 2019: el mismo consiste en, días martes y jueves de 9.00 hs. a 21.00, entendiéndose el horario indicado como comprensivo de la comunicación sujeto a las necesidades de los niños. Sábados y domingos alternados desde las 9.00 hs. de la mañana del sábado hasta las 21.00 hs. del domingo. Atento a la vigencia de la prohibición de acercamiento entre los progenitores, designese persona intermediaria a la Sra. T. A. a fin de garantizar el cumplimiento del régimen ordenado ut supra»

Destaco en la orden emitida por el Décimo Segundo Juzgado de Familia que en atención al obstáculo que implicaba para el cumplimiento de ese régimen provisorio de acercamiento entre padre y niños, en atención a que existía una prohibición de acercamiento entre S. P. y M. S. Facca, se constituyó a T. A. como garante –intermediaria– del mismo.

Pongo de resalto en este punto la gravedad de la relación conflictiva entre denunciante e imputada puesto que de lo contrario se hubiese dispuesto también su levantamiento y es, en este sentido que entiendo asiste razón a la a quo puesto que la disposición sobre las visitas para lograr el acercamiento entre S. P. y sus hijos menores de edad estaba destinada al fracaso.

En efecto se disponía de la voluntariedad de una persona ajena, en este caso empleada de servicio doméstico de Facca, quien debía trasladar a los niños dentro del barrio donde vivían a las 9.00 hs. de la mañana y retirarlos a las 21.00 hs., incluyendo días no laborables –vgr. día domingo o 1 de enero–, así adquiere relevancia el descargo de la imputada en el sentido de que existió imposibilidad de cumplir en los términos del acuerdo, puesto que no se ponderaron al momento de fijar aquél los horarios ni días de trabajo de T. A..

No enervan las conclusiones a las que arriba la sentenciante la referencia al conocimiento del acuerdo por parte de C. D. y la insistente pretensión de comunicarse éste con M. S. Facca, puesto que tales extremos no se encuentran acreditados y la versión por éste indicada fue negada por la imputada sin que exista prueba que controvierta a aquella.

De tal manera las críticas formuladas por el Ministerio Público Fiscal no lucen más que como una discrepancia en torno a las razones aportadas por la jueza de instancia anterior en torno a los motivos por los cuales el régimen de acercamiento no se cumplió, sin que los motivos ulteriores que señala el recurrente en cabeza de Facca para que la orden judicial no se cumpliera se encuentren acreditados en la presente, y, en definitiva, no logran conmover los fundamentos brindados en el acto sentencial criticado. Por otra parte, más allá de las consideraciones sobre si la desobediencia atribuida junto al impedimento de contacto de los hijos menores no convivientes concurre en forma real, ideal o aparente –tal como sostiene la jueza–, en el caso traído a examen no adquiere la relevancia que pretende asignarle el recurrente.

Ello así por cuanto considero que en la presente se verifica la imposibilidad de cumplimiento efectivo de la orden dispuesta en los términos que allí se indican, al respecto entre los requisitos para la configuración del delito de desobediencia se menciona «[...] la orden impartida por la autoridad debe ser de posible cumplimiento para que se configure el delito» (**D´Alessio, Código Penal comentado y anotado-parte especial- Ed. La Ley- 1ºEd., pág. 772**)

De este modo, y en atención al análisis desarrollado me encuentro persuadido que la prueba ha sido correctamente ponderada por la sentenciante. Ello así en tanto los elementos de cargo no resultan suficientemente sólidos como para alcanzar el grado de convicción que amerita una sentencia condenatoria lo que correctamente condujo a la jueza a aplicar el beneficio de la duda.

En conclusión, considero que la sentencia se encuentra debidamente fundada en los hechos y el derecho, lo que me convence de que corresponde rechazar el recurso interpuesto.

Por lo expuesto y oído el señor Procurador General, corresponde dar respuesta negativa a la primera cuestión y rechazar el recurso casatorio confirmando la sentencia absolutoria impugnada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro y Dr. Gómez. Adhieren.

Sobre la misma cuestión los DRES. MARIO D. ADARO Y JULIO R. GÓMEZ adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de la cuestión anterior, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. MARIO D. ADARO Y JULIO R. GÓMEZ adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando, en definitiva, se RESUELVE:

1.- Rechazar el recurso de casación promovido a fs. 52/61 por el titular de la Fiscalía de Instrucción n° 6 de la Unidad Fiscal Correccional de la Primera Circunscripción Judicial.

2.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. JULIO R. GOMEZ Ministro

4- LUCERO. 14-10-20.

| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
|----|----|----|------|-----------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|-------------|---|-----|
| - | - | - | | PCC IE | - | - | A | - | - | - | - | - | - | 474 |

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201014_FcLucero.pdf

Lex: Art. 266 del CP.

Vox: Exacciones. Inhabilitación especial. Valoración de la prueba.

Summa:

El TPC condenó al nombrado a la pena **de dos años de prisión de ejecución condicional** e inhabilitación especial para ejercer cargos públicos por el término de un años y seis meses, como autor penalmente responsable del delito de exacciones ilegales (art. 266 del CP).

La **defensa técnica** interpone recurso de casación.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazar el recurso interpuesto.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 694, pronunciada por el TPC N° 1- 1° CJ.

SCJM. Dres.: **Palermo.** Valerio. Adaro.

Fallo:

CUIJ: 13-04845193-9/1((018601-46626)) FISCAL C/ LUCERO CRISTIAN CESAR Y BURGOA CHIAROLLA MACARENA NADIN P/ EXACCIONES ILEGALES PROPIAMENTE DICHAS (46626) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104927294*

En Mendoza, a los catorce días del mes de octubre del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04845193-9/1 caratulada "F. C/ LUCERO, CRISTIAN CÉSAR Y OT. P/ EXACCIONES ILEGALES S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. OMAR A. PALERMO; segundo, DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero, DR. MARIO D. ADARO.

La defensa de Cristian César Lucero Tapia interpone recurso de casación contra la sentencia N° 694, mediante la que se condenó al nombrado a la pena de dos años de prisión de ejecución condicional e inhabilitación especial para ejercer cargos públicos por el término de un años y seis meses, como autor penalmente responsable del delito de exacciones ilegales (art. 266 del CP).

El pronunciamiento fue dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial en autos N° P-46.626/15.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO:

1.- La sentencia recurrida

El tribunal impugnado resolvió del modo precedentemente señalado, por considerar acreditado que «[...] el día 9 de abril de 2015, [la] oficial ayudante Burgoa Macarena y el Sargento Lucero Cristian, ambos con prestación de servicio en la delegación Vial Norte dependiente de la Policía Vial de Mendoza, se encontraban haciendo tareas de seguridad vial en calle Acceso Este intersección Arturo González de Guaymallén.

Que siendo las 13:30 hs la Oficial Burgoa, alertada por una infracción, detuvo la marcha de un vehículo, el cual era conducido por Raúl Ernesto Cuevas Bermigel quien circulaba sin las luces bajas prendidas. Que tras entrevistarlo y manifestarle que debía confeccionarle un acta y el Sr. Cuevas solicitarle que no se la realizara porque el día anterior le había hecho una multa por hablar por teléfono celular mientras, manejaba, ésta le manifestó que iba a consultarlo con otro oficial. Luego su compañero, el imputado Lucero, se acercó y le manifestó a la víctima: "la oficial quiere hacerte la multa, así qué tenés para ofrecernos", a lo cual Cuevas respondió que se dedicaba a la confección de planos y que si necesitaban uno él se los realizaba. El funcionario lucero, quien no aceptó esa propuesta, le manifestó que le brindara su número de celular, que luego se comunicaban.

Posteriormente, el día 11 de abril de 2015 a las 10:22 horas el imputado Cristian llamó desde su teléfono celular a la víctima y le manifestó "yo estoy donde te paramos la otra vez, en el mismo lugar, tráeme 500\$ y se termina todo acá"» (fundamentos, fs. 270).

Para así decidir, la sentenciante valoró la declaración de la víctima, Raúl Ernesto Cuevas Bermigel, y las brindadas por los funcionarios policiales Diego Núñez, Gustavo Oros Manzanel, Cristian Adrián Morales;

la inspección ocular del teléfono celular de la víctima; informes de las empresas de telefonía celular Personal y Claro; las copias certificadas del Libro de Novedades de la Delegación Vial Gran Mendoza Norte; y la versión de los hechos brindada por el acusado en ejercicio de su derecho de defensa material.

2.- El recurso de casación de la defensa de Cristian César Lucero Tapia

La recurrente promueve su impugnación a tenor de lo dispuesto por el art. 475, inc. 2° del CPP por considerar que existen vicios in procedendo en la resolución que cuestionan.

Señalan que el delito que se le atribuye a su defendido no ha sido cometido por él. En ese sentido, sostiene que la única prueba de cargo contra Lucero es la declaración de la víctima Cuevas Bermigel, no existiendo otra que avale la acusación que derivó en condena.

Expresa que, si bien el sentenciante valora como incriminante el llamado telefónico que el imputado le habría realizado a la víctima a fin de pedirle dinero para no acusarlo de haberse fugado del lugar en que se realizaba el control vial, no puede olvidarse que Cuevas había ofrecido a los funcionarios policiales sus servicios como dibujante de planos, pudiendo ser ése el motivo del llamado de Lucero a Cuevas.

Ello, en tanto considera incoherente que dos días después de ocurrido el control vial se realice el llamado para pedir dinero cuando ya no existía posibilidad de que Cuevas fuera sancionado por las faltas viales que había cometido, por no poder insertarse en el talonario de actas un instrumento con fecha antedatada.

Sostiene que no se ha efectuado un análisis integral ni armónico de los elementos de prueba incorporados, que se le ha otorgado credibilidad a la declaración de Cuevas Bermigel, cuando resulta ser un consuetudinario infractor vial y, con su actitud como denunciante, expresa un afán de revancha contra los infractores que debieron sancionarlo, lo que invalida su relato.

Agrega que las exacciones ilegales no han existido no sólo porque su defendido no las cometió, sino porque la supuesta víctima no ha recibido sanción alguna, el encuentro al que habría sido citado nunca se concretó y nunca le entregó la suma de dinero que el imputado supuestamente le pidió. En función de ello, solicita se haga lugar al recurso de casación interpuesto y se absuelva a su defendido del delito que se le endilga.

Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador General expresa que corresponde rechazar sustancialmente el recurso de casación bajo estudio, toda vez que no advierte ninguna arbitrariedad y la valoración de pruebas e indicios se ha efectuado bajo las reglas de la sana crítica racional.

Asimismo, considera que, aún cuando las críticas del recurrente se centran en desacreditar el testimonio de la víctima, su declaración se encuentra corroborada con los elementos objetivos colectados y que la estrategia defensiva desarrollada se encuentra reñida con las reglas de la lógica y de la experiencia común.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

Por diversas razones estimo que corresponde rechazar el recurso de casación deducido por la defensa del imputado Cristian César Lucero Tapia, conforme se explicará a continuación.

De manera preliminar, corresponde señalar que el planteo casatorio se centra en cuestionar el valor convictivo que el sentenciante le ha otorgado a la declaración testimonial de la víctima Raúl Cuevas y, en función de ello, desvincular al imputado del delito que se le atribuye.

Sin embargo, no advierto ningún vicio en la ponderación que el a quo ha realizado de los elementos de prueba obrantes en la causa, de la que derivó la solución que aquí se cuestiona.

Es que, tal como surge de los fundamentos bajo estudio y fue destacado por la recurrente, la declaración de Raúl Cuevas constituye el elemento probatorio esencial para dilucidar si la actuación del funcionario Cristian Lucero constituye o no la infracción a la ley penal que se le endilga.

Al respecto, cabe referir que, si bien la condena resistida se funda principalmente en tal testimonio, esa declaración encontró suficiente respaldo en sí misma y en otros elementos indiciarios – incorporados al proceso con la conformidad de las partes–, para ser considerada creíble y verosímil por el a quo. En efecto, luego de fundar en jurisprudencia el valor y suficiencia del testimonio único, el sentenciante analizó el relato brindado por Raúl Cuevas, contraponiéndolo con la denuncia que él mismo efectuara a fs. 1/2 de autos, con la inspección ocular de su teléfono celular, con los informes de las compañías telefónicas Personal y Claro, con las copias del Libro de novedades de la Delegación Vial e inclusive con las declaraciones de otro efectivos de policía y el relato de los imputados Macarena Burgoa –quien fue absuelta– y Cristian Lucero, para concluir que se «encuentran presentes en el testimonio del denunciante los requisitos de credibilidad subjetiva al carecer de un motivo espurio para denunciar los hechos, verosimilitud por su constatación por corroboraciones periféricas de carácter objetivo y persistencia en la incriminación habiendo ésta sido prolongada en el tiempo y sin ambigüedad ni contradicciones» (fundamentos, fs. 305).

En otras palabras, luego de efectuar un detallado examen –intrínseco y extrínseco– del relato brindado por el único testigo de cargo, el tribunal lo consideró apto y suficiente como para acreditar los extremos contenidos en él y, en función de ello, tuvo como probado que «el imputado se hallaba cumpliendo funciones en las circunstancias de tiempo y lugar referidos en la denuncia en los dos momentos decisivos del hecho (al momento de la primera oportunidad en que detienen el automóvil y al momento en que debía realizar el pago de los \$500) y, por otro lado, el llamado telefónico realizado desde el teléfono celular del imputado hacia el denunciante sin que exista motivo alguno para ello más que la finalidad ilícita de obtener la dádiva exigida (no existía ninguna relación entre ellos distinta a los hechos denunciados)» (fundamentos, fs. 304 vta.).

Estas circunstancias no logran ser desvirtuadas por la calificación que la recurrente realiza del denunciante, refiriéndose a él como un «consuetudinario infractor vial», en razón de que, por un lado, esa circunstancia no se encuentra probada ni es materia de discusión en este proceso; y por otro, en virtud de que los antecedentes contravencionales de una persona no determinan que exista en ellas un ánimo de venganza hacia las autoridades que las sancionaron y, en el caso, tampoco se ha probado esa intención de «revancha» ni se han aportado elementos de prueba a tal fin.

Corresponde señalar también que, aún cuando la defensa del imputado argumenta en esta instancia que el llamado de Lucero a Cuevas pudo tener otra finalidad que la descrita por el a quo –solicitarle la confección de planos– existen motivos para que este planteo no prospere.

Por un lado, esta hipótesis tampoco encuentra ningún sustento probatorio.

Por el otro, de ser probada esa versión, no haría más que confirmar la plataforma fáctica endilgada al acusado por constituir la referida «confección de planos» el servicio que la víctima ofreció al funcionario en reemplazo del dinero que éste último le solicitó. Es decir que, cualquiera haya sido el objeto solicitado –dinero, planos, etc.– por Lucero al denunciante mediante el llamado telefónico, ese pedido corrobora la conducta atribuida al acusado.

Finalmente, debe aclararse que no resulta relevante para que se configure el delito de concusión que la víctima haya sufrido o no perjuicio económico, ya que el tipo penal atribuido a Lucero Tapia se perfecciona cuando el funcionario público solicita la entrega de una dádiva, tal como sostuvo el sentenciante a fs. 306 de sus fundamentos.

Es que, en el caso, la conducta del imputado se subsume en la acción típica de «solicitar», cuya consumación coincide con la mera conducta, sin que sea necesaria la entrega de la «dádiva» por parte del contribuyente, por tratarse de un delito de mera actividad.

En definitiva, entiendo que los agravios deducidos por la defensa del imputado resultan ser tan sólo un modo divergente de analizar el material probatorio en función de la posición procesal asumida, sin lograr desvirtuar la tarea realizada por el a quo, lo que deriva en el rechazo del recurso en esta instancia.

Por lo expuesto, corresponde dar repuesta negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio y Dr. Adaro. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y MARIO D. ADARO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir para su oportunidad la regulación de los honorarios profesionales. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 313/316 de estos obrados por la defensa de Cristian César Lucero Tapia y, en consecuencia, confirmar la sentencia N° 694, dictada por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de esta Primera Circunscripción Judicial.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir para su oportunidad la regulación de los honorarios profesionales.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro.

5- AGÜERO AGUILAR. 15-12-20.

| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
|-----------|----|----|------|------------|---------|---------|----------|---------|---------|---------|---------|-------------|---|------------|
| VG | - | - | - | PCC | - | - | A | - | - | - | - | - | - | 474 |

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201215_FcAAR.pdf

Lex: Art. 239 del CP. Ley 26489.

Vox: VG. Desobediencia. Contexto de violencia de género.

Summa:

El **JPC** condenó al nombrado a la pena de **quince días de prisión en suspenso**, por encontrarlo autor penalmente responsable del delito de desobediencia en contexto de violencia de género (arts. 239 del CP y 4 de la Ley 26.485).

La **defensa** interpone recurso de casación.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1869, pronunciada por el JPC N° 1- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Morales Quiroga.
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Merlo Lassa. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=243>
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>
- Galdeano Reyes. 31-07-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=242>
- Alaniz Pineira. 23-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=37>
- Di Cesare Morales. 26-06-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=156>
- Mejía Salvador. 10-09-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=197>
- Zurita. 11-09-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200911_FcZAJ.pdf
- Ruiz Casas.

SCJM. Dres.: **Palermo.** Adaro. Valerio.

Fallo:

CUIJ: 13-04758998-8/1((018501-22378)) F. C/ A. A., R. P/ DESOBEDIENCIA (22378) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104836766*

En Mendoza, a los quince días del mes de diciembre del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04758998-8/1 caratulada “F. c/ A. A., R. P/ DESOBEDIENCIA (22378) S/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, Dr. OMAR. A. PALERMO, segundo Dr. MARIO D. ADARO y tercero Dr. JOSÉ V. VALERIO.

La defensa particular de R. S. A. A. formula recurso de casación (fs. 135/147 y 148/150 vta.) contra la sentencia n° 1.869 pronunciada por el Juzgado Penal Colegiado n°1 de la Primera Circunscripción Judicial, por cuanto condenó a su representado a la pena de quince días de prisión en suspenso, por encontrarlo autor penalmente responsable del delito de desobediencia en contexto de violencia de género (arts. 239 del CP y 4 de la Ley 26.485) en los presentes autos n° 22.378/18.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO:

1.- Sentencia recurrida

La resolución impugnada tuvo por acreditado que «[e]l día 15 de marzo de 2018, a la hora 01:00 aproximadamente, R. S. A. se hizo presente en la casa de su ex pareja, N. Q., ubicada en el Barrio, golpeó una ventana, se asomó y le dijo “qué hacés metida llena de vagos, hija de puta, te voy a cagar a tiros, culiada” y se retiró. Luego pasó por la casa de O. A. Á., madre de la denunciante, ubicada en el Barrio y le dijo “ahí está su hija, metida con vagos, fumando, chupando...yo la voy a matar a su hija”. Para fecha 20 de febrero de 2018 el Quinto Juzgado de Familia, en autos N° 107/18/5F, ordenó la prohibición de acercamiento de R. S. A. hacia N. Q.» (sentencia, fs. 129 y vta.). Para tener por acreditado el hecho, la jueza a quo meritó principalmente la declaración prestada por el acusado, por la víctima N.Q., su madre O.A, la testigo A.R., los informes obrantes a fs. 15 y 22 y los desgrabados del CEO obrantes a fs. 77. Debido a que el Fiscal Correccional efectuó cambio de calificación por el delito de desobediencia en contexto de violencia de género (art. 239 del CP y 4 de la ley 26.485), por el hecho descrito se condenó a R. S. A. A. a la pena de quince días de prisión en suspenso por resultar responsable del delito de desobediencia en contexto de violencia de género, y lo absolvió por el delito de amenazas (art. 149 bis, 2° párrafo, primer supuesto del CP).

2.- Recurso de casación

La defensa impugna la sentencia condenatoria referida con base en los vicios que prevé el art. 474 del CPP. Afirma que se aplicó erróneamente la ley sustantiva por cuanto se realizó un incorrecto uso de la lógica jurídica valorativa y de la sana crítica racional en mérito a las pruebas colectadas. Sostiene que no se llevó a cabo un juicio justo, imparcial y que se vulneró el debido proceso legal y el beneficio de la duda. Refiere que la sentencia no cumple los estándares de motivación, además de que no se habría garantizado al acusado el derecho a ser oído por un tribunal imparcial e independiente y se habría vulnerado el

derecho de defensa y el debido proceso pues no se habrían escuchado los argumentos de la defensa. Afirma que se excluyó prueba decisiva y se tergiversó la declaración del acusado en relación con su conocimiento de la prohibición de acercamiento.

Respecto de este último punto, refiere que la jueza a quo derivó de los dichos del acusado que éste reconoció conocer la prohibición de acercamiento impuesta, lo que implica una derivación equivocada de sus dichos.

Además, señala la defensa que luego la jueza se contradijo, primero indicaría que el imputado al momento de declarar habría admitido la existencia de la prohibición de acercamiento a través de sus abogados defensores, y más tarde, en la misma audiencia, expresó que el acusado habría negado tal conocimiento pero, a pesar de ello, habría firmado la notificación de la medida cautelar en cuestión. Explica la defensa que no se puede saber si la jueza afirmó o negó el conocimiento de la prohibición, y que la firma a la que alude la jueza no se sabe si es de A. o de la Policía.

Solicita la exclusión de dicha prueba. En otro orden, señala que el tribunal contó con elementos probatorios -como el expediente n° 107/18/5F del Quinto Juzgado de Familia- que desacreditan por completo las contradictorias declaraciones de la supuesta víctima y los testigos de cargo, que fueron dejadas de lado por el tribunal de la instancia anterior. En base a ello, solicita la nulidad de la sentencia por vulnerar el art. 416 del CPP.

La defensa afirma que desarrollará los agravios en la audiencia solicitada a tales efectos. Efectúa reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El titular del Ministerio Público Fiscal dictamina a fs. 159/160 vta. en relación a la impugnación en trámite. Considera que el recurso de casación procede formalmente y debe ser tratado en el fondo, a excepción del agravio de exclusión probatoria, que debe ser rechazado formalmente.

Respecto del desarrollo de los agravios oralmente al que alude la defensa, afirma el Procurador General que ello es improcedente pues la oportunidad de desarrollar agravios y concretarlos es al momento de la interposición del escrito de casación, tal como lo indica el art. 480 del CPP, que requiere la expresión separada de cada motivo de agravio con sus fundamentos.

Aclara que en la instancia oral no podrán desarrollarse ni expresarse argumentos no esgrimidos en el recurso.

En punto a las alegadas contradicciones del tribunal sobre la declaración del acusado, afirma que no son tales pues en su primera declaración defensiva A. A. admitió haberse acercado porque le molestó lo que estaba ocurriendo en el domicilio sobre el cual tenía prohibición de acercamiento (min. 08:47 de la audiencia del día 25/10/18).

Luego, ante preguntas de su defensa, negó conocer la prohibición y dijo que se enteró de ella por su defensor (min. 10:36).

Por eso, considera que el argumento defensivo no puede ser recibido. En cuanto a la alegada falta de notificación de la prohibición de acercamiento en cuestión, refiere que aparece cierta la afirmación de la jueza de familia que obra a fs. 10 del expte. 107/18/5F, pues obra la firma del acusado con su aclaración y número de documento en el anverso de la notificación, a lo que se agrega la firma del funcionario policial que da fe de haber notificado penalmente al causante y haberle dejado copia fiel.

Considera el Procurador General que el argumento de exclusión de prueba debe ser rechazado en la etapa formal, porque si bien la defensa lo enuncia, no concreta ninguno de sus extremos ni fundamenta el agravio.

Ello en tanto no explica cuáles serían los elementos probatorios no considerados que desvirtúan la declaración de la víctima, ni las contradicciones en que ésta habría incurrido.

Concluye en que la sentencia ha sido dictada de conformidad a las reglas de la sana crítica racional, con detalle expreso de los elementos de cargo que la justifican –esto es, la declaración de la víctima, los testigos de cargo y la propia admisión del acusado–.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante

Puesto a resolver la cuestión en tratamiento, adelanto que –en base a los motivos que expondré a continuación– a mi entender corresponde rechazar el recurso de casación formulado por la defensa de R. S. A. A. y confirmar la sentencia condenatoria pronunciada por el Primer Juzgado Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial.

En efecto, los vicios in procedendo a los que alude la defensa, relacionados todos ellos con la actividad probatoria desarrollada por la a quo en autos, a mi juicio no se verifican y deben ser rechazados por cuanto la resolución impugnada no adolece de los defectos que se le endilgan.

La jueza tomó en cuenta la declaración del acusado por cuanto reconoció haberse acercado al domicilio de N.Q. y haber visto que ella estaba con otras personas, así como haber señalado que sabía que tenía una prohibición de acercamiento pues había tomado conocimiento de ello a través de sus abogados defensores (audiencia del 12/2/19, min. 4:40 y ss.).

También meritó la declaración de la denunciante, N.Q., cuyo testimonio fue valorado como espontáneo. Además detalló que el acusado se acercó a la ventana solo y describió la relación de pareja que habían mantenido. La jueza destacó que no se advertía que la víctima pretendiera perjudicar al acusado con su versión y que aclaró que nunca se sintió amenazada (audiencia, min. 5:55 y ss.).

Por otra parte, evaluó los dichos de O.A. y descartó que hubiera declarado con malicia o intención de perjudicar al acusado. Su testimonio es relevante porque reconoció que fue al domicilio de N.Q. porque su hija la llamó contándole lo ocurrido (audiencia, min. 7:20 y ss.).

También fue meritada la declaración de V.R., testigo del hecho y quien refirió tener conocimiento de la prohibición de acercamiento; y de A.R., que depuso sobre la relación entre el acusado y la víctima y confirmó la presencia del acusado en el lugar (audiencia, min. 8:50 y ss.).

Por otra parte, la jueza consideró que el informe que obra a fs. 11/14 sobre distintas causas judiciales carecía de relevancia probatoria a efectos de tener acreditado el hecho concreto que se atribuye a A. A. (min. 10:30 y ss.).

Sin embargo, meritó que el informe obrante a fs. 15 da cuenta de que el acusado había sido notificado de la prohibición de acercamiento el 23/02/18, tal como consta en el expediente de familia, cuya compulsas permite constatar la existencia de la orden de protección y ratifica que A. A. firmó la notificación de la prohibición de acercamiento (min. 11:00 y ss.). A ello, debe agregarse que la existencia del hecho también fue considerada acreditada a partir de los desgrabados del CEO obrantes a fs. 77. Por otra parte, la relación desigual de poder entre el acusado y la denunciante fue tenida por acreditada por la jueza a partir de la declaración de N.Q. y A.R., del informe del EPI obrante a fs. 22 elaborado por la Lic. Mariana Chiabrando y de los propios términos empleados por el acusado al declarar en el debate en los que demostraba naturalizar el maltrato hacia su pareja (min. 12:00 y ss.).

Sobre la forma de acreditar tal extremo y la obligación de valorar la prueba con perspectiva de género me he pronunciado en anteriores oportunidades, a las que corresponde hacer remisión en honor a la brevedad (conf. «Di Cesare Morales», «Mejía Salvador», «Ruiz Casas», «Zurita», entre otros).

Cabe destacar que la jueza tuvo por acreditado el conocimiento de la prohibición de acercamiento por parte del acusado a partir de su notificación (min. 18:20 y ss.).

Ello permite descartar que se haya realizado, como sostiene la defensa, un incorrecto uso de la lógica jurídica valorativa y de la sana crítica racional en mérito a las pruebas colectadas. La compulsión de la videograbación de la audiencia en la que se pronunciaron los fundamentos de la sentencia da cuenta de una correcta e integral consideración de cada una de las pruebas, sin que la defensa haya concretado su agravio en críticas concretas.

De la misma manera no puede prosperar el argumento según el cual el acusado fue impedido de ejercer el derecho a ser oído por un tribunal imparcial e independiente. No sólo se le garantizó la oportunidad de declarar cuando así lo considerase conveniente, sino que también fueron incluidos sus dichos en el mérito de la prueba.

Como sostuve antes, contrariamente a lo afirmado por el recurrente, la declaración del acusado en relación con su conocimiento de la prohibición de acercamiento no luce equivocadamente interpretada, pues ese extremo fue considerado acreditado por la a quo a partir de las constancias de notificación de la prohibición en cuestión.

Por último, y en punto a los elementos probatorios que la defensa afirma que desacreditarían la versión de la víctima, debo señalar que el recurso solamente alude al expediente n° 107/18/5F del Quinto Juzgado de Familia, elemento que no sólo fue valorado por la jueza, sino que además le permitió tener por acreditada la existencia y oportuna notificación de la prohibición de acercamiento que pesaba sobre A. A..

Particularmente, a fs. 6/7 de las copias de aquel expediente que obran ante esta Suprema Corte de Justicia obra la prohibición de acercamiento dispuesta respecto de R. S. A. A. en relación con N.Q., y a fs. 10 vta. es posible constatar su notificación personal: «2018, 23, 02, 13:35 Se deja copia en forma personal al causante, el cual recibe copia», firmada por el auxiliar de la Policía que practicó la notificación. Dicho acto, por no haber sido argüida de falsedad, hace plena fe de la existencia material de los hechos que el oficial público anunció como cumplidos por él mismo, o que han pasado en su presencia (L.S. 368-199, 416-214, entre otros).

Así, ningún elemento probatorio con virtualidad para desacreditar los testimonios e informes meritados por la jueza ha sido mencionado por la defensa. La casación por falta de valoración de prueba solicitada por la defensa resulta, en definitiva, improcedente.

En definitiva, en la especie no se verifica la violación de los derechos de defensa, debido proceso, igualdad, ni la arbitrariedad alegada, así como tampoco el estado de duda que beneficiaría al encausado. De la argumentación rescatada surge que la motivación de la sentencia cuestionada es suficiente para mantener el dictum como acto jurisdiccional válido, en tanto no adolece de falencias valorativas ni arbitrariedad que impliquen su anulación.

Ello a tenor de la jurisprudencia reiterada de esta Sala que ha establecido que, para que los defectos en la fundamentación conlleven tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (conf. LS. 186- 427, 153-011, 354-218, 392-094 y 397-177, entre otros), lo que en la especie no ocurre.

Esta conclusión deriva de que la a quo ha sustentado su decisión en las pruebas rendidas, que ponderó de acuerdo con las reglas de la sana crítica racional y cuyo apartamiento la defensa no ha podido demostrar. Sus agravios, detallados en el punto 2 de este voto, fueron contestados pormenorizadamente por el tribunal de juicio en los fundamentos aquí analizados. Por todo lo expuesto, y en opinión

coincidente con la vertida por el Procurador General, debe contestarse de manera negativa la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazarse el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Ampliatorio.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, EN VOTO AMPLIATORIO, DIJO: Puesto a resolver la cuestión en tratamiento, comparto la solución a la que arriba mi colega de Sala preopinante, y me remito a lo que he señalado en los precedentes «**Galdeano Reyes**», «**Merlo Lassa**», «**Alaniz Piñeira**» – entre otros– respecto a la forma en que la perspectiva de género debe aplicarse al valorar prueba. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Ampliatorio.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, EN VOTO AMPLIATORIO, DIJO: Adhiero a la solución planteada en el acuerdo que me precede. Respecto de la forma de incorporar perspectiva de género en la administración de justicia, encuentro pertinente hacer remisión – en honor a la brevedad– a lo que he sostenido en los precedentes de esta Sala, en particular a «**Cruz Caporiccio**», «**Merlo Lassa**», «**Quiroga Morales**», «**Ojeda Pérez**», «**Vázquez Tumbarello**», «**Zurita**» y «**Domínguez, Daniel**», entre otros. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los Dres. MARIO D. ADARO y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los Dres. MARIO D. ADARO y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia, RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de R. S. A. A..
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro

6- LEPEZ. 28-12-20.

| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
|----|----|----|------|------------|------------|------------|------------|------------|------------|------------|------------|----------------|---|------------|
| - | - | - | - | PCC | - | - | A | - | - | - | - | - | - | 474 |
| | | | | IAP | | | | | | | | | | |

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201228_FcLepez.pdf

Lex: Art. 261 del CP.

Vox: Peculado. Acto jurisdiccional válido. Valoración de la prueba. Unidad de la prueba.

Summa:

El **TPC** condenó a la nombrada a la pena de **dos años de prisión de ejecución** condicional e inhabilitación absoluta perpetua, por resultar autora del delito de peculado (arts. 261 del Cód. Penal)

La **defensa técnica** interpone recurso de casación.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** resolvió rechazar el recurso interpuesto.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 612, pronunciada por el TPC N° 2- 1° CJ.

SCJM. Dra. **Day**. Dr. Gómez. Dr. Llorente.

Fallo:

CUIJ: 13-04837320-2/1((018602-14274)) F C. LEPEZ MARIANA CRISTINA P/ PECULADO P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104918971*

En Mendoza, a los veintiocho días del mes de diciembre del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04837320-2/1 caratulada "F. C/ LÉPEZ MARIANA CRISTINA P/ PECULADO S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DRA. M. TERESA DAY, segundo DR. JULIO R. GÓMEZ y tercero DR. PEDRO J. LLORENTE.

La defensa de Mariana Cristina Lepez Herrera interpone recurso de casación (fs. 224/247) contra la sentencia N° 612 en tanto condena a la nombrada a la pena de dos años de prisión de ejecución condicional e inhabilitación absoluta perpetua, por resultar autora del delito de peculado (arts. 261 del Cód. Penal), pronunciamiento dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, LA DRA. M. TERESA DAY, DIJO:

1.- Resolución recurrida

La sentencia establece que en fecha no precisada, pero entre los meses de febrero de 2016 y marzo de 2017, la imputada, por entonces secretaria de la Secretaría de Obras y Servicios Públicos de la Municipalidad de Guaymallén, a quien se le había confiado la administración y custodia del fondo fijo de esa dependencia, sustrajo dinero del mismo utilizándolo para fines particulares, concretamente, la cantidad de \$ 68.053,70.

2.- Recurso de Casación

Se queja el recurrente porque sentencia es arbitraria, ya que no comprende la totalidad del plexo probatorio, el que se analizó de manera parcializada, en contra de la sana crítica racional, lo que conduce a una errónea aplicación de la ley sustantiva, vulnerando el principio in dubio pro reo.

Aduce que su pupila dijo que el faltante del fondo fijo de la Secretaría de Obras y Servicios Públicos de la Municipalidad de Guaymallén, se correspondía con facturas abonadas a Miguel Agüero, quien vendía materiales de ferretería al municipio, y cuya declaración no ha sido considerada en su totalidad; que no se tuvo en cuenta la prueba ofrecida por su parte.

Señala que el denunciante dijo primero que tomó conocimiento que la imputada tomó dinero para pagar tarjetas de crédito, pero luego dijo que fue para pagar cuentas atrasadas del municipio, de donde deriva que el denunciante no está seguro de la real existencia del hecho.

Agrega que la decisión no fue fundada y que Agüero dijo que en febrero recibió el pago de facturas atrasadas, o sea que ese dinero no fue usado en beneficio propio, lo que no consideró el a quo. Indica que sólo se le puede imputar a su pupila haber efectuado en una pieza separada la acreditación de las facturas que luego fueron pagadas con el fondo fijo, pero que no existió faltante de dinero.

Que se probó que el 3 de marzo la imputada remitió la planilla de los gastos de febrero de 2016 y el sobrante, por correo electrónico.

El defensor se agravia porque se realizó un arqueo 11 días después de que la imputada se retiró de sus funciones, y no el mismo día; que el faltante apareció diez días después de la entrega del fondo fijo, lo que no ha valorado el a quo y que es quien recibió el fondo fijo el que debe dar explicaciones; que su pupila administró el fondo fijo durante más de quince meses sin que haya habido sospecha en su contra. Que no hubo negligencia de su parte, como se determina en el acta notarial. Resalta que la imputada no participó en el arqueo y no consideraron en el mismo, las cuentas que le pagó a Agüero, quien también declaró en el expediente administrativo.

Refiere que al ampliar su declaración indagatoria durante el debate, invocó el pago de facturas a Agüero y no se le aceptó la prueba ofrecida –pen drive– a tenor del art. 403 CPP, con la consecuente violación del derecho de defensa. Además, señala que no se consideró que Javier Guardia dijo que la computadora de la imputada fue afectada en sus archivos luego que dejara de prestar servicios, y que los mismos no pueden ser consultados, lo que justificaba la aceptación del pen drive; que esa prueba era decisiva por lo que pide la realización de otro juicio oral. Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador opina que el recurso debe ser rechazado, porque el delito se consumó y ha sido correcta la aplicación de la ley sustantiva, sin que se haya verificado arbitrariedad en la fundamentación.

4.- La solución del caso

Voto Dra. Day. Preopinante.

Adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso de casación debe ser rechazado.

En primer lugar, porque la motivación de la sentencia si bien es escueta, resulta suficiente a los fines de su mantenimiento como acto jurisdiccional válido, a tenor de la jurisprudencia de este Cuerpo en el sentido que los posibles defectos de la resolución, para conllevar la extrema solución de su nulidad, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros).

Ello, a la luz de la revisión efectuada, no ocurre, toda vez que el inferior tuvo en cuenta las pruebas rendidas –especialmente, documental, testimonial, declaración de la acusada–, que valoró de conformidad con las reglas de la sana crítica racional, cuyo apartamiento la defensa no pudo demostrar.

En segundo término, porque el recurso no constituye una crítica razonada de la sentencia, habiendo prescindido el letrado al elaborarlo, de dichas probanzas.

En efecto, el defensor interpreta que el denunciante en el debate relativizó su denuncia (recurso, fs. 239), lo que no emerge de la reproducción del registro audio visual de este momento procesal.

Asimismo, opina que el faltante del fondo fijo no fue ocupado en beneficio de su defendida, sino que se utilizó en el pago de facturas del proveedor Agüero, y que el préstamo de dinero que buscaba que le otorgaran, era para saldar sumas adeudadas por la Municipalidad a este proveedor.

Sin embargo, este agravio no puede prosperar, porque esta versión se opone a lo que surge del desgrabado de las conversaciones mantenidas por Calvente con la encausada, en las que le hacía saber que «...ocupé dinero del fondo fijo y no puedo reponerlo, y por eso le pedí ayuda» (acta, fs. 22), según fluye del acta de constatación notarial de fs. 20/23.

De igual modo, rola a fs. 31/32 un acta de manifestación notarial realizada a pedido del denunciante y suscripta por la encausada, en la que a través de la escribana interviniente se le requirió la devolución de la totalidad del dinero del fondo fijo, a lo que respondió que no tenía ese dinero en ese momento; que estaba buscando la forma de conseguirlo para reintegrarlo.

Además, el impugnante modifica para el recurso, los dichos del testigo Agüero, por otros que se adecúan a los intereses de su asistida, que no son los que se desprenden de la grabación del debate.

En esta dirección, el letrado dice que el proveedor de la Municipalidad Agüero en tal acto procesal «...expuso claramente ante preguntas formuladas» que durante el mes de febrero recibió el pago de facturas atrasadas por parte de Lépez, lo que no habría sido considerado por el juzgador (recurso, fs. 239), mientras que del registro audio visual de la audiencia en cuestión, surge una situación diferente.

De tal manera, este testigo manifestó concretamente que él entregaba los materiales, facturaba y a la semana iba a buscar el pago. Resaltó que los pagos no se demoraban, pero hubo un caso particular de unas facturas de que se retrasaron, «...sin una explicación seria de por qué ocurría...», lo que se produjo en el mes de octubre, oportunidad en la que entregó unas facturas que no le pagaron, pagándole las compras posteriores y no ésa (minuto 3:25 aproximadamente).

Que cuando se enteró que cesantearon a la imputada, fue y preguntó por esas facturas. Agregó que le pagaron recién en abril (5:07 y siguientes, aproximadamente). Sin perjuicio de que oyó esa respuesta, el defensor expresamente preguntó a su turno, si a esas facturas de octubre se las abonaron en febrero, reiterando el testigo que no. Que estaba seguro que no (10:45, aproximadamente).

En consecuencia, el agravio centrado en que el a quo no consideró que a esas facturas se las pagaron en febrero, carece de asidero, a los efectos de la configuración del delito de peculado, que consiste en separar o apartar, sacando el caudal o el efecto del ámbito de tenencia de la administración, o en no reingresarlo a su debido tiempo (L.S. 249-243, 393-65, entre otros), hechos que en el sub lite quedaron demostrados.

A esta conclusión se llega aún teniendo en cuenta lo declarado en audiencia por Agüero en los autos por APA, toda vez que en esa ocasión dijo al responder la pregunta séptima (fs. 537 vta. de esos obrados), que quedó pendiente de pago una factura que no fue abonada oportunamente.

Yerra igualmente el defensor cuando se queja, porque el inferior sólo valoró las pruebas de cargo, y no las aportadas por su parte, toda vez que sobre el relato de la encausada, explicó que su versión no sólo no encuentra apoyo en ningún medio probatorio, sino que además se contrapone con la prueba objetiva incorporada (fundamentos, fs. 215).

Aspecto que tras la revisión efectuada, ha quedado demostrado de acuerdo al desarrollo efectuado en los párrafos precedentes.

Por otra parte, el agravio relativo a que el arqueo contable que determinó el faltante objeto del sumario administrativo municipal y de estos obrados, no se realizó el mismo día en que la encausada dejó de tener a su cargo el fondo fijo, sino unos días después, cuando ya prestaba servicios en la Dirección de Obras Municipales, es una reiteración de lo planteado con antelación por la defensa, quien no refuta los argumentos del a quo para rechazarlo.

Efectivamente, el sentenciante resalta que el arqueo se hizo el 15 de marzo y no antes, porque fue Lépez quien el 13 de marzo, telefónicamente, puso en conocimiento del denunciante Calvente, que faltaba dinero en el fondo fijo y que estaba ocupándose de reintegrarlo, mediante un préstamo que no obtenía (fundamentos, fs 215 vta.), extremo que el quejoso no sólo no rebate, sino que sugiere que con dicho

arqueo, a su entender extemporáneo, «...alguien quiso descargar responsabilidades propias en terceros» (recurso, fs. 242), acusación cuya impertinencia al esclarecimiento del hecho investigado, es notoria.

Además, la queja forjada en torno a que la imputada no participó del arqueo del que surge un faltante de \$ 68.053,70, cede ante la constancia de su firma inserta en el mismo, según el inferior ha apuntado y ha podido verificar esta Sala.

Resta decir que las pruebas reunidas fueron consideradas en su conjunto, tal como este Cuerpo ha dicho reiteradamente, «...pues muchas veces la certeza se obtiene de probanzas, que individualmente estudiadas pueden aparecer como débiles o imprecisas, pero complementadas y unidas entre sí, llevan al ánimo del juzgador la convicción acerca de la existencia de los hechos denunciados» (L.S. 393-243, 382-107, 381-233), que es lo que se verificó que ha sucedió en estos obrados.

Por su parte, la denegatoria de incorporar como nueva prueba el dispositivo informático –pen drive– que contenía según la encausada, los pagos realizados a Agüero y otros proveedores por un monto igual al faltante, y que reflejaría su correcto manejo del fondo fijo, no puede acarrear la nulidad de todo lo actuado, como requiere el defensor, ya que con esa resolución no se violó garantía alguna.

Ello toda vez que el sentenciante consideró, en virtud de lo dispuesto por el art. 403 CPP, que no correspondía admitir en esa etapa tal probanza, que la imputada manifestó haberla encontrado en su casa en un lugar en el que guardaba otros papeles relacionados con su trabajo, días antes del debate oral, dado que no se la había mencionado con anterioridad ni siquiera como extraviada, y tampoco había sido ofrecida como prueba en el momento procesal oportuno, no obstante la importancia que le confirió la defensa.

O sea, no resulta una prueba dirimente ante los demás elementos reunidos, susceptible de modificar la solución a la que se arriba, a tenor del método de la inclusión mental hipotética utilizado por esta Suprema Corte de Justicia en otras oportunidades.

A esto se aduna que si bien el testigo Guardia dijo que la computadora de la imputada se rompió unos meses después de que ella cambió de oficina y se perdieron archivos, también manifestó que López le pasó algunos de esos archivos.

Sobre éstos, dijo que eran para generar pedidos, una nota de pedidos general que se usaba para no redactarla cada vez que hacía falta y luego imprimirla, pero que no contenían ninguna información específica, lo que deja sin apoyo la expresión del quejoso en el sentido que «...sospechosamente los archivos fueron dañados» (recurso, fs. 246).

En definitiva, la impugnación encubre una discrepancia con el criterio que se utilizó al valorar las probanzas, sin que brinde el defensor adecuadas razones que conduzcan a la revocación de la decisión adoptada, por lo que no puede ser acogido, tal como se ha expedido con anterioridad esta Sala (L.S. 400-240, 407-155, entre otros).

En este orden de ideas, la absolucón que reclama el defensor no puede ser acogida, ya que ello no es factible cuando la motivación de la sentencia resulta ajustada a derecho, y no surge el estado intelectual de duda por parte del Tribunal que legitima la aplicación del art. 2 CPP según se ha dicho reiteradamente (L.S. 419-17, 397-237, 388-024, 388-062), extremos que en la especie confluyen.

Por lo tanto, y opinión concordante del señor Procurador General, corresponde confirmar la sentencia cuestionada, por haber subsumido correctamente los hechos objeto del presente en el art. 261 del Cód. Penal, y por no adolecer de los vicios endilgados ni de arbitrariedad alguna. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Gómez y Dr. Llorente. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JULIO R. GÓMEZ Y PEDRO J. LLORENTE adhieren, por sus fundamentos, al voto que precede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, LA DRA. M. TERESA DAY DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO. Sobre la misma cuestión los DRES. JULIO R. GÓMEZ Y PEDRO J. LLORENTE adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, LA DRA. M. TERESA DAY DIJO: Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. JULIO R. GÓMEZ Y PEDRO J. LLORENTE adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 224/247 por la defensa de Mariana Cristina López Herrera.
- 2.- Tener presente la reserva formulada.
- 3.- Imponer las costas a la imputada vencida y diferir la regulación de honorarios para su oportunidad.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DRA. M. TERESA DAY Ministro DR. PEDRO J. LLORENTE Ministro DR. JULIO R. GOMEZ Ministro.

Capítulo VIII.

Delitos contra la seguridad pública.

Tenencia. Portación.

CAPÍTULO VIII. DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD PÚBLICA. Tenencia. Portación.

1- MOYANO. 07-02-20.

| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
|----|----|----|------------|------------------------|---------|---------|----------|---------|---------|---------|---------|-------------|---|------------|
| - | - | - | AFC | PCC M | - | - | A | - | - | - | - | - | - | 474 |

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200207_FcMoyano.pdf

Lex: Art. 189 bis, inc. 2°, 1° párrafo del CP.

Vox: Tenencia ilegal. Arma de fuego civil. Aspecto subjetivo del tipo.

Summa:

El **JPC** condenó al acusado a la pena de **seis meses de ejecución condicional y multa de mil pesos (\$ 1.000)** por considerarlo autor penalmente responsable del delito de **tenencia ilegal de arma de fuego civil**. (art. 189 bis, inc. 2° primer párrafo del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 2532, pronunciada por el JPC N° 2- 1° CJ.

SCJM. Dres.: **Palermo.** Adaro. Valerio.

Fallo:

CUIJ: 13-04817099-9/1((018502-5466)) FC/ MOYANO MIGUEL ANGEL P/ AMENAZAS SIMPLES (5466) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104897693*

En Mendoza, a los siete días del mes de febrero del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04817099-9/1 caratulada “F. C/ MOYANO BUSTI, MIGUEL ÁNGEL P/TENENCIA ILEGAL DE ARMA DE FUEGO CIVIL”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. OMAR A. PALERMO; segundo, DR. MARIO D. ADARO y tercero, DR. JOSÉ V. VALERIO.

Que a fs. 132/138 vta. la defensa interpone recurso de casación contra la sentencia condenatoria n° 2.532 y sus fundamentos, dictados por el Juzgado Penal Colegiado n° 2 de la Primera Circunscripción Judicial, en tanto que condenó al acusado a la pena de seis meses de ejecución condicional y multa de mil pesos (\$ 1.000) por considerarlo autor penalmente responsable del delito de tenencia ilegal de arma de fuego civil, comportamiento atribuido en los autos P5.466/17 (art. 189 bis, inc. 2° primer párrafo del CP).

A los fines establecidos por el art. 160 de la Constitución de la provincia de Mendoza, esta Sala Segunda plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

I.- La resolución recurrida

La sentencia recurrida tuvo por acreditado que «[e]l día 16 de enero de 2017, a las 01:30 horas aproximadamente, [...] Moyano Busti Miguel Ángel, se hizo presente en el domicilio ubicado en calle Hugo Carocela N° 56 Km 11 de Rodeo de la Cruz, Guaymallén. Una vez allí, el sindicato le manifestó a su pareja Gloria Elena Rizzo Sosa: “ya vas a ver lo que te voy a hacer, ahora empieza tu calvario, no pienses que me voy a quedar de brazos cruzados, la nena la voy a tener yo”, ocasionándole un cierto y fundado temor. Inmediatamente, la víctima se retiró del lugar y llamó a personal policial, poniéndolos en conocimientos de la situación y en particular que el sindicato tenía en su poder un arma de fuego. Minutos después, Gloria Elena Rizzo Sosa le autorizó el ingreso al domicilio antes indicado, hallándose en la habitación de [el acusado] un arma de fuego civil apta para la ejecución de disparos» (ver fs. 130).

Para tener por corroborada dicha plataforma fáctica, el tribunal de sentencia valoró que la hipótesis del acusado y su defensa no se condecían con la prueba incorporada al proceso, mientras que la versión del órgano acusador sí estaba apoyada en el plexo probatorio.

Así, consideró que el acta de procedimiento de fs. 01 y vta., el informe del CEO de fs. 109/110, los informes de la División Balística de la Policía Científica y del RENAR (fs. 26/27 y fs. 60), la denuncia y la declaración testimonial de Gloria Elena Rizzo, así como las ratificaciones de los funcionarios policiales actuantes, incorporadas a fs. 5/6, permitían llegar al grado de certeza necesario para condenar y no habilitaban a tener como plausible el estado de duda en el que la defensa basó su pedido de absolución.

II.- El recurso de casación de la defensa

La defensa impugna la resolución antes individualizada en virtud de lo dispuesto en el art. 474, incs. 1 y 2 del CPP, esto es, por considerar que contiene **vicios in procedendo e in iudicando**.

La parte recurrente entiende que la sentencia criticada se encuentra viciada de nulidad por ausencia de motivación, toda vez que, según su posición, ha validado los alegatos del representante del Ministerio Público Fiscal sin que estos estuviesen fundados en hechos y en derecho, y en relación con el caudal probatorio incorporado.

Advierte que el tribunal de sentencia dictó condena basándose en cuestiones que no fueron controvertidas por el órgano acusador.

En concreto, indica que el fiscal no solicitó la pena de multa y que el juzgador, no obstante, aplicó dicho tipo de pena de modo accesorio.

Critica la valoración del tribunal a quo, cuando éste sostiene que el acusado conocía la existencia de un arma dentro de su domicilio, y sostiene que, en este marco, el tribunal ha sido errático en la valoración del testimonio de Rizzo -la denunciante-.

Además, entiende que la valoración del acta de procedimiento de fs. 01 ha sido inadecuada, toda vez que ha sido sopesado en contra del acusado que este reconociera que el arma pertenecía al padre y que no se haya sorprendido o alarmado cuando los funcionarios policiales la hallaron.

En otro orden de ideas, indica que no han quedado probados de forma clara los requisitos del tipo penal. Afirma que se ha condenado al acusado por una supuesta tenencia pretérita, toda vez que el tribunal ha tenido por corroborado que el acusado «conocía anteriormente» la tenencia del arma y esto que no cumple con el requisito típico de «actualidad».

Repasa la declaración del acusado al respecto y entiende que el tribunal debió aplicar el principio in dubio pro reo en favor de una absolución.

Formula expresa reserva del caso federal.

III.- El dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador General, tras evaluar la procedencia del recurso incoado por la defensa, advierte que debe ser rechazado sustancialmente y confirmarse la validez de la sentencia recurrida.

Al respecto de la presentación recursiva, señala que la sentencia se advierte debidamente fundada y, en este sentido, repasa cada uno de los argumentos del tribunal de sentencia.

Con ello, sostiene que los intentos argumentativos de la defensa resultan débiles frente a la valoración probatoria que le ha permitido al a quo llegar a la conclusión condenatoria, esta es, que el acusado conocía y tenía un efectivo poder de disposición del arma de fuego que guardaba en su habitación, respecto de la cual no tenía debida autorización legal para su tenencia.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

Por las siguientes razones considero que corresponde rechazar el recurso de casación formulado por la defensa del acusado y, en consecuencia, confirmarse la sentencia cuestionada. Veamos.

En primer lugar, deben ser desestimadas por no encontrar reparo en las constancias de la causa la crítica por falta de fundamentación en la sentencia –amparada en una presunta omisión valorativa o falta de fundamentos en los alegatos del MPF–, así como aquella crítica por vulneración del principio acusatorio – que se habría producido al colocar el juez más pena que la solicitada por el representante del órgano acusador–.

En efecto, la compulsa de las actuaciones demuestra que el fiscal a cargo de la acusación dedicó sendos argumentos para sostener que la plataforma fáctica acusada estaba acreditada con el grado de certeza necesario para condenar, así como para explicar cómo se subsume la misma en el tipo penal endilgado y

por qué la prueba incorporada no podía apoyar el estado de duda aducido por la defensa (ver soporte audiovisual, minutos 32:55/36:16).

Contra esta constatación, se advierte que la defensa sólo alude a una genérica omisión del Ministerio Público Fiscal al momento de alegar, pero no ha explicado en detalle de qué modo esto ha sido así.

Por lo demás, tampoco se observa que el juzgador haya excedido los límites de su jurisdicción toda vez que el representante de la acusación solicitó el mínimo legal previsto para el delito y esto fue respetado en la pena colocada (ver soporte audiovisual, minutos 36:19/37:10).

Por su lado, las críticas que apuntan a la valoración del tribunal acerca del **aspecto subjetivo** del delito endilgado –en concreto, sobre si el acusado sabía que en su dormitorio había un arma en condiciones de ser usada–, tampoco pueden prosperar, toda vez que no contienen una controversia o refutación basada en la prueba, que permita aseverar que los argumentos del a quo han sido inadecuados.

Efectivamente, el agravio argüido en torno a la declaración de la denunciante –Gloria Rizzo–, no explica por qué el tribunal tuvo razones para dudar de los hechos acusados a Moyano Busti.

Si bien en este punto el a quo dedicó varias líneas para explicar por qué podía dudarse de algunos aspectos del testimonio de Rizzo –en especial, respecto de su pretendida falta de conocimiento sobre el arma–, también dijo que no podía extenderse sobre ello, atento a la falta de una acusación sobre Rizzo, y que ello resultaba intrascendente a los fines del objeto procesal controvertido (ver soporte audiovisual, minutos 32:55/36:16).

A su vez, tampoco son atendibles las críticas por la valoración del acta de procedimiento de fs. 01 y vta. Al respecto, debe decirse que la parte recurrente no ha explicado suficientemente cómo es que el tribunal se ha apartado de lo asentado en dicha acta para tener por corroborado el hecho acusado.

En efecto, según estimo, no existe una contradicción entre lo aseverado por los funcionarios policiales en dicho documento –que el arma «sería» del padre del acusado, según les dijo éste al momento del hallazgo– y lo aseverado por el tribunal de sentencia –que el acusado sabía que había un arma en condiciones de ser usada en su habitación–.

Es más, en este punto, entiendo adecuadas las precisiones del tribunal en tanto dijo que, si bien no había ningún elemento probatorio capaz de negar el origen de la tenencia que adujo el imputado –que la recibió en herencia–, también sostuvo que esto no controvertía la calidad típica y antijurídica del comportamiento. Finalmente, deben rechazarse los argumentos con los que la defensa intenta refutar la adecuación típica de la plataforma enrostrada.

Ello puesto que, según se advierte, no existe en la presentación recursiva alusión alguna a elementos de prueba sobre los que pueda apoyarse su versión de los hechos, esta es, que la tenencia del arma fue pretérita y no actual y que no habría corrido peligro el bien tutelado por la norma.

Al contrario, sobre el punto se destacan las precisiones del tribunal de sentencia, en tanto valoró que el arma se encontraba en el dormitorio de Moyano Busti, que estaba cargada y que en la mesa de luz del acusado había más municiones en condiciones de ser utilizadas, todo lo que le permitió aseverar que el acusado podía disponer físicamente del arma en cualquier momento (ver soporte audiovisual, minutos 32:55/36:16).

En suma, la primera cuestión traída a conocimiento de esta Sala debe responderse negativamente. Según estimo, el recurrente no ha demostrado adecuadamente cómo es que la sentencia criticada es arbitraria o por qué los elementos de prueba sugerían un estado convictivo incapaz de apoyar la solución condenatoria.

Asimismo, se advierte que no existen vicios atendibles en la tarea jurídica de subsunción legal de los hechos. Todo ello, fundamenta la solución que propongo: rechazar el recurso casatorio de la defensa y confirmar la sentencia criticada y sus fundamentos. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro y Dr. Valerio. Adhieren.

Sobre la misma cuestión los Dres. MARIO D. ADARO y JOSÉ V. VALERIO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los Dres. MARIO D. ADARO y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los Dres. MARIO D. ADARO y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Atento al mérito que resulta del acuerdo precedente esta Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia, fallando en definitiva, RESUELVE:

- 1.- No hacer lugar al recurso de casación presentado por la defensa y, en consecuencia, confirmar la sentencia recurrida y sus fundamentos.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva federal efectuada.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro.

2- MUÑOZ CONTARDI. 03-03-20

| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
|----|----|----|------------|------------|---------|---------|----------|----------|---------|---------|---------|-------------|---|------------|
| - | - | - | AFC | PCE | - | - | A | R | - | - | - | - | - | 474 |

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200303_FcMCG.pdf

Lex: Art. 189 bis, 2° apartado, 4° párrafo y 50 del CP.

Vox: Portación. Arma de fuego de guerra. Ausencia de rastros papiloscópicos. Valoración de la prueba.

Summa:

El **JPC** condenó al señalado a la pena de **tres años y seis meses** de cumplimiento efectivo y se lo declaró reincidente como autor penalmente responsable del delito de portación ilegal de arma de guerra (art. 189 bis, segundo apartado, cuarto párrafo y 50 del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1455, pronunciada por el JPC N° 1- 1° CJ.

SCJM. Dres.: **Adaro**. Palermo. Valerio.

Fallo:

CUIJ: 13-04806837-9/1((018501-43790)) FC/ M. C., O. V. P/ PORTACION ILEGAL DE ARMAS DE GUERRA (43790) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104886896*

En Mendoza, a los tres días del mes de marzo del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13- 04806837-9/1 caratulada “F. C/ M. C., G. O. Y OT. P/ PORTACIÓN ILEGAL DE ARMA ... S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO; segundo, DR. OMAR A. PALERMO y tercero, DR. JOSÉ V. VALERIO.

La defensa técnica de G. O. M. C. interpone recurso de casación contra la sentencia N° 1455, mediante la que se condenó al nombrado a la pena de tres años y seis meses de cumplimiento efectivo y se lo declaró reincidente como autor penalmente responsable del delito de portación ilegal de arma de guerra (art. 189 bis, segundo apartado, cuarto párrafo y 50 del CP); pronunciamiento dictado por el Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial en estos autos N° P-43.790/18.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO DIJO:

1.- La sentencia recurrida

El tribunal impugnado, mediante voto mayoritario, resolvió del modo precedentemente señalado por entender que «[e]l día 02 de junio de 2.018, siendo las 03:55 horas aproximadamente, E. E. A. B. se encontraba frente a la altura municipal N° ... de calle ... del Barrio ... de Godoy Cruz, cuando fue divisado arrojando un elemento debajo de un puente, por personal policial de las movilidades N° 3077 y 2676. Al llegar al lugar dicho personal, y de después de palparlo de armas sin encontrarle elemento alguno, constataron que debajo del puente, donde observaron arrojar el elemento, se encontraba un revolver, plateado con cachas de plástico color marrón con la inscripción “King” y número gravado “31” resto se encuentra limado, de 25 cm de largo, calibre 38 con seis alveolos, el mismo posee 5 proyectiles colocados calibre 38 punta de plomo “38 spl c.b.c.” donde frente a la línea de disparo no se encuentra proyectil, siendo el giro siguiente proyectil colocado, el que luego de ser periciado por personal de Policía Científica Sección Balística, se determinó que funcionó para la ejecución de disparos, el cual cumple con los requisitos estipulados en la ley de armas N° 20.429/73; decreto reglamentario 395/75 para las armas de guerra de uso civil condicional» (fallo, fs. 295).

Para así decidir, valoró el acta de procedimiento, la pericia balística de fs. 33/34, el examen médico de fs. 269, el examen psíquico de fs. 182, la declaración de los funcionarios policiales intervinientes, la del testigo ofrecido por la defensa N. S. e, inclusive, los dichos del coimputado sobreseído V. O. y el descargo formulado por M. C..

2.- El recurso de casación de la defensa de M. C.

Las recurrentes promueven su impugnación a tenor de lo dispuesto por el art. 475, inciso 2° del CPP, esto es, por considerar que existen vicios in procedendo en la resolución que cuestiona y por inobservancia del art. 416, inciso 4° del mismo cuerpo legal. Así, entienden que la condena impuesta deriva de razonamientos inválidos.

En ese orden, afirman que la amplia declaración de su defendido –agregada a fs. 151/152– es conteste respecto del tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos y que, pese a admitirse que el imputado habría tomado el arma de sus ropas y que el personal policial lo hizo con guantes para no contaminarla, ninguna huella dactilar se encontró en el elemento secuestrado, conforme surge del informe de la División de Identificaciones Forenses obrante a fs. 268.

Sostienen además que corresponde valorar en sentido corroborante de los dichos de su defendido que la motocicleta en que circulaba tampoco fue pasible de ilícito alguno.

Finalmente, expresan que la culpabilidad de M. se ha inferido tan sólo de la declaración brindada por el funcionario policial, la que no resulta concordante con ningún otro medio de prueba. En función de ello, solicitan se anule la sentencia impugnada y se reenvíe al Tribunal que corresponda.

En subsidio, peticiona se case la decisión atacada.

Formulan reserva del caso federal.

3.- Dictamen del Procurador General

En oportunidad de emitir su dictamen, el Procurador General considera que no corresponde hacer lugar al recurso de casación intentado, toda vez que no se advierte la existencia de arbitrariedad en la resolución recurrida, que la valoración de la prueba e indicios se ha efectuado bajo las reglas de la sana crítica raciones y que la aplicación del derecho sustantivo ha sido correcta.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Por diversas razones estimo que corresponde rechazar el recurso de casación deducido por la defensa del imputado G. O. M. C., conforme se explicará a continuación.

Teniendo en cuenta los agravios desarrollados por las recurrentes, advierto que su cuestionamiento gira en torno a la valoración probatoria efectuada por el sentenciante, basándose en la supuesta falta de acreditación de la hipótesis acusatoria y en la veracidad de los dichos de su defendido.

Sin embargo, considero que tales afirmaciones no tienen respaldo en las constancias de la causa. En efecto, tal como puso de resalto el sentenciante, resulta claro que el imputado es responsable del hecho que se le endilga, esto es, la portación de un arma de fuego sin la debida autorización legal. Ello surge de las constancias de estos obrados y de la prueba producida durante el debate oral y público.

Concretamente, el tribunal de juicio entendió que las declaraciones brindadas por los dos funcionarios policiales resultaron coincidentes entre sí y respecto del acta de procedimiento que dio inicio a las presentes actuaciones, agregando que «no existe motivo alguno por el cual hayan pretendido arbitrariamente atribuirle [al imputado] un delito que no existe» (constancias audiovisuales, minuto 46:26).

En ese orden, entiendo que no le asiste razón a las recurrentes al afirmar que la responsabilidad de su defendido solo se ha inferido del testimonio de un policía.

Por el contrario, de los fundamentos cuestionados surge que la conducta endilgada a M. se ve corroborada por los dichos de los dos funcionarios actuantes, por el secuestro del arma de fuego objeto del proceso e, inclusive, por lo manifestado por O. V., quien conducía la motocicleta en la que también circulaba el imputado de autos.

En ese orden, cabe señalar además que la versión de los hechos presentada por el Ministerio Público Fiscal se encuentra respaldada por la prueba referida y no ha podido ser desvirtuada por la hipótesis de descargo.

Es que, si bien las recurrentes alegan que los dichos de su defendido son contestes con las circunstancias de tiempo y lugar constatadas durante la investigación penal preparatoria, las constancias de la causa revelan lo contrario.

En efecto, los extremos relatados por el imputado en su descargo, referidos a los motivos que pudieron tener los efectivos policiales para atribuirle falsamente la portación de un arma de fuego, no han podido ser corroborados en autos.

Así, tal como sostuvo el sentenciante, ni la cantidad de disparos –«5 o 6», «muchos», según el imputado– que supuestamente efectuaron los funcionarios de policía ni la lesión que dijo padecer M. C. fueron acreditados, toda vez que «lo único que se ha corroborado es la existencia de un disparo en un poste» (constancias audiovisuales, 48:46) y del examen médico que se le practicó «nunca se determinó una lesión en el hombro que lo inmovilizara [a M.] de ese brazo [derecho]» (constancias audiovisuales, 51:31), como sostuvo en su declaración de fs. 151/152 vta.

No pasa inadvertido que las recurrentes alegan la veracidad de los dichos de su defendido, basándose en la procedencia lícita de la motocicleta en la que circulaban M. y O. V.. Sin embargo, tal circunstancia no resulta relevante a los fines pretendidos, puesto que la legalidad de la adquisición o tenencia del vehículo no incide desde ningún aspecto en la credibilidad del relato del imputado, máxime cuando la detentación de la misma ni siquiera le es atribuible.

Por otro lado, considero que a igual conclusión se llega en relación a que no se hayan encontrado los rastros papiloscópicos del imputado en el arma de fuego secuestrada.

En tal sentido, debe señalarse que aún cuando los efectivos policiales hayan tomado los recaudos necesarios para no manipular el arma con sus manos –esto es, utilizando guantes–, ello no implica que quien la portaba la haya manipulado directamente con sus manos o que, por circunstancias propias del objeto de que se trata –material constitutivo– o factores externos, no hayan quedado plasmadas las huellas de quien la arrojó.

Es decir, que **la falta de hallazgo de rastros papiloscópicos** de M. C. en el arma en cuestión no lo eximen de responsabilidad, sobre todo si dos funcionarios policiales relataron durante la investigación penal preparatoria y ante el tribunal de juicio que lo vieron huir ante la voz de alto, tomar el arma de entre sus ropas y arrojarla, declaraciones las de éstos últimos que el sentenciante ha tenido por contestes y creíbles. A ello cabe agregar que el sentenciante, en su tarea valorativa, ha tenido en cuenta inclusive la declaración del testigo ofrecido por la defensa, el señor N. S., quien no fue observado por ninguna persona en el lugar del hecho –sólo se ofreció su testimonio en instancias de debate–, y no pudo aportar ningún dato tendiente a esclarecerlos, toda vez que tan sólo manifestó que «a la distancia observó “[...] que él tenía también un conocido [...] el imputado de él» (constancias audiovisuales, 49:36).

En definitiva, lo expuesto pone de resalto que los cuestionamientos de las recurrentes, referidos a la valoración de la prueba producida e incorporada legítimamente al proceso no constituyen más que una interpretación diversa de la realizada por el tribunal de juicio, fundada en el rol asumido pero insuficiente para desvirtuar las conclusiones del a quo.

En virtud de esas consideraciones, entiendo que corresponde dar respuesta negativa a la primera cuestión sometida a consideración. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo y Dr. Valerio. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 300/307 de estos obrados por la defensa de G. O. M. C. y, en consecuencia, confirmar la sentencia Nº 1.455 dictada por el Juzgado Penal Colegiado Nº 1 de la Primera Circunscripción Judicial.
- 2.- Tener presente la reserva del caso federal.
- 3.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro.

3- CARREÑO. 08-06-20

| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
|----|----|----|------------|--------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|-------------|----------|------------|
| - | - | - | AFG | - | - | - | - | - | - | - | - | - | N | 353 |
| | | | | | | | | | | | | | | 474 |

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200608_FcCarre%C3%B1o.pdf

Lex: Art. 189 bis inc. 2°, 5° párrafo del CP. Art. 150, 198, 439 bis del CPP.

Vox: Portación ilegal. Arma de fuego de guerra. Modalidad atenuada. Acta de procedimiento. Testigo de actuación. Aspecto formal y sustancial del acta de procedimiento. Nulidad absoluta. Interpretación restrictiva. Procedimiento de Flagrancia. Sobreseimiento. Nulidad de la sentencia.

Summa:

El **JPC** resolvió sobresee al imputado O. A. C. por el delito de portación ilegítima de arma de fuego de guerra sin la debida autorización legal en la modalidad atenuada (arts. 189 bis inc. 2°, 5° párrafo del Cód. Penal). El señalado era tenedor legítimo.

El **MPF**- titular de la Fiscalía de Instrucción N° 28 de la Unidad Fiscal de Delitos No Especializados- interpone recurso de casación contra la sentencia de sobreseimiento.

El **Procurador General** mantiene el recurso, remitiéndose a los argumentos vertidos por la Fiscalía.

La **SCJM** resolvió hacer **lugar al recurso** de casación interpuesto por la Fiscalía y en consecuencia, anular la sentencia dictada, debiéndose remitir los obrados al JPC a fin de que la OGAP practique el sorteo tendiente a determinar el juzgado que deberá continuar entendiendo en la causa y emitir un nuevo pronunciamiento conforme a derecho.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1553, pronunciada por el JPC N° 1- 1° CJ.

Información posterior

Para fecha 19-04-21, mediante N° 7640 el JPC N° 1 resolvió ABSOLVER al sindicado respecto del delito de portación ilegítima de arma de fuego de guerra sin la debida autorización legal atenuada (art. 189 bis, inciso 2, 5° párrafo del CP), ello por resultar la conducta atípica.

SCJM. Dres.: **Valerio.** Adaro. Palermo. (Licencia).

Fallo:

CUIJ: 13-04791278-9/1((018501-62539)) FC/ CARREÑO OSVALDO ARIEL P/ PORTACION ILEGAL DE ARMA DE GUERRA ATENUADA (62539) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104870597*

En Mendoza, a los ocho días del mes de junio del año dos mil veinte reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04791278-9/1 caratulada “F. C/ CARREÑO OSVALDO ARIEL P/ PORTACIÓN ILEGAL DE ARMA S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. MARIO D. ADARO y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

El titular de la Fiscalía de Instrucción N° 28 de la Unidad Fiscal de Delitos No Especializados interpone recurso de casación (fs. 100/105) contra la sentencia N° 1553 en tanto sobresee al imputado Osvaldo Ariel Carreño por el delito de portación ilegítima de arma de fuego de guerra sin la debida autorización legal en la modalidad atenuada (arts. 189 bis inc. 2°, 5° párrafo del Cód. Penal), pronunciamiento dictado por el Primer Juzgado Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- Resolución recurrida

La sentencia sobresee al encartado del delito de portación ilegítima de arma de fuego de guerra sin la debida autorización legal, declarando **la nulidad absoluta del acta de procedimiento** de fs. 1 y vta.

Los hechos que se le imputaron son los siguientes: el 3 de agosto de 2018 a las 17:04 horas en Lateral Este del Acceso Sur, a 100 metros aproximadamente de la intersección con Anchorena de Luján de Cuyo, dentro de un cañaveral, en el interior de una zanja, el encausado estaba junto al automóvil de su propiedad Fiat Palio, luego de haber protagonizado un accidente automovilístico, momentos en que personal policial desplazado por el CEO se presentó en el lugar. El encartado les manifestó que en el interior del vehículo, dentro de la guantera, tenía un arma de fuego de su propiedad; requisaron el vehículo, encontrando un estuche color azul claro con la inscripción Bersa que contenía una pistola semiautomática negra de esa marca, modelo Thunder 40 PRO calibre 40 PLG SMITH Y WESSON y dentro de la guantera un cartucho calibre 40, una tarjeta de RENAR-ANMAC a su nombre, de legítimo usuario de armas de uso civil condicional que no autoriza portación del arma, una tarjeta de registro de consumo de municiones a su nombre, un manual de instrucciones para el usuario de Bersa y un cargador del arma de fuego. Sobre la alfombra del piso del costado del acompañante, hallaron 4 cartuchos de calibre 40 y 5 cartuchos de calibre 40 en el interior del cenicero ubicado entre los asientos delanteros del automóvil.

2.- Recurso de casación

Se agravia el fiscal porque la resolución carece de motivación suficiente, incurriendo en razonamiento ilógico y arbitrario, apartándose de las constancias de la causa.

Expone que la a quo declaró una nulidad en contra del sistema acusatorio acentuado por la ley 9040, vulnerando el art. 198 inc. 2°, esto es, la adecuada intervención del Ministerio Público, y en forma prematura, desde que **no contempló el principio de saneamiento del art. 199 C PP**, y le negó al presentante la posibilidad de producir prueba.

Que la cuestión debió dirimirse en un procedimiento directísimo y no en la oportunidad en la que se resolvió.

Resalta que **no hay interés jurídico en declarar la nulidad; que la defensa no se expidió sobre la garantía constitucional afectada ni el modo como resultaba afectada, y la jueza no explicó qué norma violó el accionar policial.**

Refiere que el testigo de actuación Frasca, si bien dijo que al llegar al lugar del accidente no se bajó, sí lo hizo, ya que manifestó que cortó la batería del vehículo y luego volvió al móvil a pasar las novedades.

Agrega que Andrés Segura, uno de los ocupantes del vehículo del encartado, dijo a fs. 69 vta. que entró un bombero y un policía al auto.

También destaca que a fs. 82 vta. el oficial Moreno dijo que el testigo fue uno de los bomberos, en cuya presencia se ingresó al vehículo, y Ávila a fs. 84 vta., expresó que le pidió a uno de los bomberos que estaba dentro del canal que mirara para ver si veía el arma, circunstancias de las que extrae que se parcializaron los hechos y se valoró solamente la versión defensiva, en contra de los hechos transcritos en el acta policial.

3.- Dictamen del señor Procurador

El Procurador General a fs. 134, se remite a los argumentos vertidos por el recurrente.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso de casación debe ser acogido.

Ello por cuanto en nuestro ordenamiento procesal la sentencia será nula, si faltare o fuere contradictoria la fundamentación de la mayoría del Tribunal, o no se hubieran observado en ella las reglas de la sana crítica, con respecto a elementos probatorios de valor decisivo (**art. 416 inc. 4 - CPP**).

En efecto, la exigencia de motivar las sentencias tiende a asegurar la recta administración de justicia, según ha dicho este Cuerpo reiteradamente (**L.S. 299-104, entre otros**), surgiendo este imperativo de la adopción de la forma republicana de gobierno, en tanto exige que los actos estatales se encuentren sometidos a un permanente control ciudadano.

Ello, por cuanto los órganos estatales no actúan con un poder propio sino delegado y, en consecuencia, tienen el deber de rendir cuentas a los ciudadanos mediante la puesta en conocimiento de los motivos que justifican sus decisiones.

Sólo así, la ciudadanía tiene la posibilidad de conocer el fundamento de las decisiones de los órganos que la representan.

Además, dicho imperativo se desprende de la garantía innominada del art. 33 de la Constitución Nacional, y en forma expresa como derivación lógica de los derechos de defensa y debido proceso consagrados por el art. 18 de la Constitución Nacional, desde que el dictum debe explicitar en forma objetiva los razonamientos que conducen a la resolución sobre cada una de las cuestiones planteadas, lo que la juzgadora no ha hecho.

De tal modo, **declaró nula de nulidad absoluta** el acta de procedimiento de fs. 1 y vta., por entender que su contenido no es sincero sino **falso**, aseverando que lo que pasó en la realidad no es lo que se asentó en dicho instrumento, sin que pueda determinarse a su criterio desde lo actuado en el expediente, quién efectuó el secuestro del arma, cómo se efectuó y si se está en presencia, o no, de la portación endilgada,

sosteniendo que el imputado no puede seguir sometido a un juicio, que se inició a partir de un procedimiento que califica de «escueto».

Concretamente, expone que no se debe tener a una «[...] persona sujeta a procedimiento, por un escueto procedimiento, en todo caso, si lo queremos llamar así, con posibilidad de extender ese procedimiento en la etapa de la investigación penal preparatoria, que es la que estamos transitando y esperar a resolverlo en un debate, cuando las contradicciones están más que marcadas» (registro audiovisual, minuto 24:50). Ahora bien, de lo precedentemente transcrito emergen de manera evidente los errores en los que incurre la magistrada, ya que es característica de los supuestos de **flagrancia** la simpleza y celeridad de los actos que preceden al pronunciamiento final, por lo que la calidad de escueto que le endilga a lo actuado, no puede generar la nulidad declarada.

Asimismo, yerra cuando se refiere a la investigación penal preparatoria como el estadio en el que se encuentra la causa, toda vez que la existencia de esa etapa es incompatible con la esencia y finalidad de la flagrancia.

Así dispone el **art. 439 bis** que «[...] el Fiscal de Instrucción o el Ayudante Fiscal bajo sus directivas, formará las actuaciones en el plazo de un (1) día hábil desde aquella y presentará en audiencia al imputado con la presencia del defensor frente al Juez de Garantías en Flagrancia, Juez Correccional, Juez de Garantías o al Juez del Juzgado Penal Colegiado según la asignación de la audiencia por la OGA u OGAP, según corresponda».

A esto se suma que **confunde la validez formal del acta** establecida en el **art. 150 CPP**, con su aspecto **sustancial**, esto es, con la valoración de los dichos del testigo de actuación, soslayando que en materia de nulidades, se impone una **interpretación restrictiva** y el caso de autos, no encuadra en ninguno de los supuestos del **art. 198 CPP**, como así también con la posibilidad de la exclusión probatoria. De tal modo, «[...] declarar la nulidad por la nulidad misma implica un formalismo excesivo que no tendría razón de ser, entre otros motivos, por razones de economía procesal.

Así la ley procesal, se aparta del culto de las formas y exige que de ellas provenga un concreto **agravio a los derechos de las partes**», según se afirmó, entre otros, en el auto pronunciado en el **expediente «Aguilera Jara»**, eximiendo lo hasta acá reseñado, el tratamiento del resto de los agravios vertidos.

Por lo tanto, y habiendo mantenido el recurso el señor Procurador General, corresponde anular la audiencia oral que tuvo lugar en autos, y la resolución impugnada que en su consecuencia se dictó. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento a lo resuelto en la cuestión anterior, corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el Fiscal a fs. 100/105 y, en consecuencia, anular la audiencia oral que tuvo lugar en autos, y la sentencia N° 1553, debiéndose remitir los obrados al Primer Juzgado Penal Colegiado de la Primera Circunscripción a fin de que la OGAP practique el sorteo tendiente a determinar el juzgado que deberá continuar entendiendo en la causa y emitir un nuevo pronunciamiento conforme a derecho.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

1.- **Hacer lugar al recurso** de casación interpuesto a fs. 100/105 por el Fiscal titular de la Fiscalía de Instrucción N° 28, de la Unidad Fiscal de Delitos No Especializados.

2.- Anular la sentencia N° 1553, debiéndose remitir los obrados al Primer Juzgado Penal Colegiado de la Primera Circunscripción a fin de que la OGAP practique el sorteo tendiente a determinar el juzgado que deberá continuar entendiendo en la causa y emitir un nuevo pronunciamiento conforme a derecho.

Regístrese. Notifíquese.

DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP).
Secretaría, 08 de junio de 2020.-

4- DIAZ VILLEGAS. 17-07-20

| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
|----|----|----|------------|------------|---------|---------|----------|---------|---------|-----------|---------|-------------|---|------------|
| - | - | - | AFG | PCE | - | - | A | - | - | UP | - | - | - | 474 |

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200717_FcDiaz.pdf

Lex: Art. 189 bis inc. 2°, 4° párrafo del CP. Art. 150, 198 del CPP.

Vox: Portación. Arma de fuego de guerra. Acta de procedimiento. Nulidad. Testigo de actuación. Ausencia de rastros papiloscópicos. Valoración de la prueba.

Summa:

El **JPC** condenó al señalado a la pena de **cuatro años de prisión**, por el delito de portación ilegítima de arma de fuego de guerra (art. 189 bis inc. 2°, cuarto párrafo del CP). En el mismo pronunciamiento, se decidió revocar la condicionalidad de la ejecución de la condena impuesta para fecha 15-08-17, unificando la pena impuesta imponiendo la pena única de **cinco años de prisión**.

La **defensa** interpone recurso de casación.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 4172, pronunciada por el JPC N° 2- 1° CJ.

SCJM. Dres.: **Valerio**. Palermo. Adaro.

Fallo:

CUIJ: 13-04886685-3/1((018502-94899)) FC/ DIAZ VILLEGAS MANUEL P/ PORTACION ILEGAL DE ARMAS DE GUERRA (94899) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104971341*

En Mendoza, a los diecisiete días del mes de julio del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04886685-3/1, caratulada "F. C/ DIAZ VILLEGAS, MANUEL DIEGO P/ PORTACIÓN ILEGITIMA DE ARMA DE FUEGO DE GUERRA S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo, DR. OMAR A. PALERMO y tercero, DR. MARIO D. ADARO.

La defensa técnica del imputado Manuel Diego Díaz Villegas interpone recurso de casación contra la sentencia N° 4.172 (fs. 82) y sus fundamentos, en cuanto condena al nombrado a la pena de cuatro años de prisión, por el delito de portación ilegítima de arma de fuego de guerra (art. 189 bis inc. 2°, cuarto párrafo del CP), pronunciamiento dictado en la causa N° P- 94.899/18 por el Segundo Juzgado Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial. En el mismo pronunciamiento, se decidió **unificar** la condena impuesta por la entonces Sexta Cámara del Crimen a la pena de tres años de prisión de ejecución condicional dictada para fecha 15 de agosto de 2017, con la aplicada en los presentes, condenando al nombrado a la pena única de cinco años de prisión.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

I.- Sentencia recurrida

La resolución establece, en lo que aquí respecta, que ha quedado acreditado que «[...] el día 17 de noviembre de 2018, siendo aproximadamente las 23:30 hs., en circunstancias en que la movilidad N° 2960 a cargo del Oficial Sub Ayudante P.P. Maffei Lucas y custodia Auxiliar PP Chávez Fernanda, en conjunto con la movilidad N° 2971 a cargo del Auxiliar PP Guerra Jesús y custodia Bracamonte Milton, del Cuerpo Motorizado de Prevención, se encontraba realizando maniobras operativas por calle Pringles de Las Heras, a la altura municipal N° 2681, observando un grupo de sujetos en actitud sospechosa, quienes al advertir la presencia de personal policial se dan a la fuga en diferentes direcciones. En dicha oportunidad personal policial comienza la persecución de los mismos, resultando aprehendido Manuel Diego Díaz Villegas, en la calle Pringles altura municipal N° 2735 de Las Heras, quien portaba un arma de fuego tipo pistola marca fm hi power industria argentina, calibre 9 mm, la cual contenía seis cartuchos calibre 9 mm encamisados dentro del cargador. Luego la División Balística de Policía Científica de la Policía de Mendoza informó que el arma de fuego secuestrada funciona para la ejecución de disparos y que la misma encuadra dentro de la Ley de Armas, como arma de fuego de guerra de uso civil condicional». Para así decir, la sentenciante valoró, entre los elementos de juicio más relevantes, las declaraciones testimoniales de los efectivos policiales Lucas Maffei, María Fernanda Chávez, Jesús Guerra y Milton Gabriel Bracamonte, el acta de procedimiento de fs. 1/2, el informe del RENAR de fs. 82, el informe de Policía Científica, División Balística de fs. 21/23, el informe del Centro Estratégico de Operaciones (CEO) de fs. 83/87 y los demás elementos de juicio incorporadas al debate.

II.- Recurso de casación

La defensa de Manuel Diego Díaz Villegas promueve su impugnación a tenor de lo dispuesto por el art. 474, inciso 2 del CPP, por considerar que existen vicios in procedendo en la resolución que cuestiona.

Sostiene en tal sentido, que la jueza de sentencia, por un lado, valora en forma arbitraria los elementos de juicio en que sustenta la responsabilidad de su asistido y, por otro lado, omite valorar prueba de descargo relevante para la solución de la causa.

Entiende que de la correcta valoración del acervo probatorio no surgiría la certeza en cuanto a que el imputado tenía un arma de fuego 9 mm en su poder.

En primer orden, afirma que en audiencia de debate los policías actuantes relataron lo acontecido de manera diferente a lo plasmado en el acta de procedimiento.

Al respecto, precisa que mientras Bracamonte dijo que lo acompañaba Chávez en la persecución y que luego ésta se volvió y levantó el arma; Chávez refirió que se bajó de la movilidad y procedió al levantamiento del arma, con lo cual no habría participado de la persecución.

Así, también destaca que Bracamonte refirió que el imputado estaba detrás de un árbol con la cara cubierta o capucha en actitud rara, cuando nada de ello quedó plasmado en el acta de procedimiento. Por otra parte, señala que los efectivos actuantes manifestaron que al arribar al lugar de los hechos habían varios sujetos, los que al advertir su presencia, salieron corriendo.

De tal circunstancia infiere la defensa, que no existiría certeza de que el arma estuvo en poder de Díaz Villegas. Agrega que la oscuridad existente al momento de los acontecimientos sería otra circunstancia que impediría distinguir quién de todos los sujetos presentes en el lugar arrojó el arma de fuego.

Destaca la declaración del imputado Díaz Villegas, quien dio una versión alternativa de lo acontecido el día del hecho.

Señala en tal sentido que el imputado se encontraba trabajando como fletero y no portaba ningún arma de fuego, lo que –a criterio de la defensa– se condice con los elementos de prueba agregados al debate.

En refuerzo de esta hipótesis, refiere el testimonio brindado por Walter González, quien da cuenta del oficio de fletero del imputado y su modalidad de trabajar las 24 horas.

Cuestiona también la omisión de la juzgadora de valorar el informe policial de donde se desprende que no existen huellas digitales, palmares o cualquier otro rastro en el arma de fuego secuestrada que permita la identificación de su representado.

Entiende que de haberse valorado este elemento de prueba, hubiera correspondido la absolución de Díaz Villegas. En segundo orden, el recurrente se agravia por cuanto la jueza a quo rechazó el pedido de nulidad del acta de procedimiento por falta de firma del testigo de actuación. Entiende que se trata de una nulidad absoluta porque vulneraría las garantías del debido proceso. Precisa que la firma de testigo de actuación sería el medio de autenticación del acto del funcionario policial, por lo que su omisión le restaría valor probatorio a la información contenida en el acta. Formula reserva del caso federal.

III.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General estima que el recurso de casación interpuesto por la defensa del imputado no puede prosperar, en tanto no se advierte en la sentencia cuestionada una inobservancia de las normas que pudiera acarrear la nulidad, debiendo confirmarse la validez de la sentencia.

Señala que de la lectura de los fundamentos de la resolución cuestionada se advierte que para arribar a la certeza acerca de la existencia material de los hechos y la autoría del imputado, el plexo probatorio fue analizado y cotejado en su totalidad por la juzgadora.

Destaca que las discordancias en las declaraciones de los testigos y el acta de procedimiento que señala la defensa, son claramente producto de fallas en la memoria por el tiempo transcurrido desde que aconteció el hecho.

No obstante ello, entiende que la jueza de sentencia rescata de las distintas declaraciones los elementos dirimientes que dan cuenta de la dinámica de los hechos y el rol que desempeñó cada uno de los funcionarios actuantes.

En relación a las distintas circunstancias apuntadas por la defensa que habrían impedido identificar al sujeto que efectivamente portaba el arma de fuego en tal oportunidad, sostiene que tal planteo resulta inverosímil, por cuanto el testigo Bracamonte aseguró que nunca perdió de vista al imputado hasta su aprehensión.

Del mismo modo, entiende que la jueza de instancia anterior brindó suficientes razones para descreer de la versión de los hechos brindada por el imputado Díaz Villegas.

En relación a la **nulidad del acta de procedimiento impetrada por la defensa por ausencia de firma del testigo de actuación**, entiende que la jueza resolvió en forma adecuada su rechazo, en tanto se trata de una **nulidad relativa** que no fue interpuesta en la oportunidad procesal indicada por nuestro ordenamiento adjetivo.

Concluye, conforme los argumentos referidos, que la sentencia atacada se encuentra debidamente motivada, por lo que el planteo de la defensa es infundado y debe rechazarse en esta instancia.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Por diversos motivos considero que el recurso de casación formulado por la defensa del acusado no puede prosperar. Paso a explicarlo.

De manera preliminar, conviene aclarar aquí que me apartaré del orden expositivo seguido por el recurrente en su escrito recursivo.

De esta manera, y en primer lugar, analizaré los cuestionamientos referidos a la pretendida declaración de nulidad del acta de procedimiento, por cuanto –según entiende la defensa– la ausencia de firma del testigo de actuación vulneraría el debido proceso legal.

En según orden abordaré la crítica referida a la valoración probatoria, lo que constituye el núcleo de los agravios esgrimidos por el censurante.

Nulidad del acta de procedimiento

a. En cuanto al agravio vinculado a la **nulidad absoluta del acta de procedimiento**, debo destacar que el reclamo casatorio de la defensa se asienta esencialmente en cuestionamientos y planteos de nulidad que ya han sido formulados ante la jueza de instancia anterior, los que han sido abordados y debidamente rechazados, por lo que el planteo defensorista surge como una **reedición sin nuevos y superadores argumentos** o consideraciones que ameriten una solución diversa a la ya decidida por la jueza en la sentencia.

En efecto, el cuestionamiento de la defensa por la ausencia de firma de un testigo de actuación en el acta de procedimiento, fue abordado por la a quo que, adecuadamente a mi criterio, rechazó el planteo de nulidad.

Los argumentos de la decisión se fundaron en el carácter relativo de la nulidad pretendida, y que ante la falta de planteamiento oportuno, se encontraba precluída la facultad de articulación (ver registros audiovisuales, 26/09/19, a partir del minuto 3:00).

En este sentido, este Cuerpo se ha pronunciado en forma reiterada sobre la naturaleza relativa de la nulidad denunciada por la defensa (L.S. 416-014, entre otros).

Por otra parte, debe recordarse que, como ya ha dicho esta Corte en otras oportunidades, «[...] la nulidad no es un fin en sí misma sino que tiene por objeto, atento a su ámbito de funcionamiento (el proceso), preservar, en definitiva, todas las garantías fundamentales de las partes.

Asimismo, es criterio jurisprudencial reiterado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como así también de este Tribunal, que en materia de nulidades debe primar una pauta de interpretación restrictiva y sólo cabe pronunciarse por la anulación de las actuaciones cuando exista un derecho o interés legítimo lesionado, de modo que cause un perjuicio irreparable (entre otros, in re “Acosta”, A. 63. XXXIV, **sentencia de fecha 04/05/2000**).

En efecto, la afectación de un derecho o interés legítimo y la provocación de un perjuicio irreparable son razones ineludibles de la procedencia de la nulidad» (Fallos 325:1404).

De esta manera, en el caso traído a decisión de esta instancia, la defensa no logra poner de manifiesto qué perjuicio concreto le generaba la ausencia del testigo de actuación, de algo que ya había ocurrido pues no ha logrado controvertir los datos contenidos en dicho instrumento, con lo cual comparto la tesitura de la jueza al considerar que se trata de un planteo de nulidad por la nulidad misma, que en consecuencia debe ser desestimado.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que la participación del imputado en el hecho atribuido surge de la consideración de otros elementos probatorios, de modo que el análisis y valoración del acta cuestionada resulta irrelevante al momento de la determinación de su responsabilidad (L.S. 428-159, entre otros), tal como acontece en el sub lite.

Estas razones conducen, a mi modo de ver, al rechazo del planteo de nulidad formulado por la defensa en relación al acta de procedimiento.

Valoración de la prueba.

b- En relación a los **agravios vinculados a la labor de valoración de los diversos elementos de prueba desarrollada** por la a quo para sustentar la responsabilidad del imputado Díaz Villegas como autor del hecho atribuido considero que, en este aspecto también, los planteos revelan la disconformidad de la defensa que no logra rebatir los argumentos de la sentencia, a partir de una crítica que la invalide como acto.

De este modo, la defensa dirige su crítica a cuestionar la autoría del imputado en el hecho objeto del proceso y, a tal fin, los agravios esbozados giran principalmente en torno a la valoración –a su juicio arbitraria– de los elementos de prueba incorporados al debate, en especial, los testimonios brindados por los funcionarios policiales Bracamonte, Guerra, Maffei y Chávez. Al respecto, asegura que el relato brindado por los testigos en la audiencia de debate sobre la dinámica de lo acontecido no se condice con lo manifestado por éstos en el acta de procedimiento.

Entiendo que el agravio esgrimido en este sentido no puede prosperar. En efecto, y como adelantara, de los registros audiovisuales surge que la sentenciante valoró adecuadamente cada una de las pruebas incorporadas al debate, no advirtiéndose en el razonamiento de la a quo vicios que conduzcan a sostener que estamos frente a una decisión arbitraria.

De este modo, entendió la jueza de instancia anterior que los testimonios brindados por los efectivos actuantes en la audiencia de debate resultaron contestes, en lo nuclear, con las constancias realizadas por éstos en el procedimiento que dio inicio a las presentes actuaciones.

Al respecto, la jueza de sentencia aclaró que si bien los testigos no recordaban con precisión algunos detalles de lo acontecido, coincidieron, en lo esencial, en la dinámica de los hechos.

Así, señaló que los efectivos actuantes afirmaron que Bracamonte fue el primero en bajarse de la movilidad e iniciar la persecución de Díaz Villegas, como así también, que fue Maffei quien colaboró en el registro del aprehendido, y la Oficial Chávez fue quien procedió al secuestro del arma de fuego.

Agregó la sentenciante que Bracamonte aseguró que pudo observar el momento en que el imputado Díaz Villegas arrojó el arma de fuego (ver registros audiovisuales de la audiencia de debate correspondientes al día 26/09/19, a partir del minuto 9:12).

Por estas razones, entiendo que tampoco es de recibo el agravio vinculado a que la circunstancia acreditada de que, por un lado en el lugar del hecho habían muchas personas –las que emprendieron la fuga al advertir la presencia policial–, y por el otro la poca luminosidad del lugar, eran factores que debieron impedir a los actuantes identificar quién portaba en tal oportunidad el arma de fuego.

Ello por cuanto –tal como lo destacó la jueza a quo– los testigos «[...] divisan especialmente a uno [de los sujetos], el imputado, a quien observan tocarse la cintura [...]» (ver, minuto 8:24). Del mismo modo, no puede prosperar la crítica referida a la omisa consideración por parte de la jueza a quo del informe de Policía Científica de fs. 76, en cuanto concluye que de «la inspección papiloscópica realizada no se colectaron rastros».

Ello por cuanto, y no obstante no constituir tal elemento un indicio dirimente de la responsabilidad del imputado, no explica la defensa de qué modo su valoración conllevaría una solución diversa a la concluida por la a quo.

Por otro lado, cabe destacar que la sentenciante sostuvo que la participación de Díaz Villegas como autor del hecho atribuido, no sólo surge de las testimoniales analizadas y del acta de procedimiento cuya validez como instrumento público no ha sido desvirtuada, sino también del informe brindado por el Centro Estratégico de Operaciones (CEO), de donde se desprende la dinámica de los hechos de acuerdo a lo informado por los actuantes en aquella oportunidad, elemento de juicio –vale aclarar– que no ha sido cuestionado por la defensa en esta instancia recursiva (ver, minuto 15:08).

Tampoco puede tener acogida favorable el agravio vinculado a que la sentenciante no habría valorado la versión de los hechos brindada por Díaz Villegas y las pruebas que dan sustento a esta hipótesis.

En tal sentido, el imputado al ejercer su defensa material refirió que se dedica a realizar fletes, y que esa noche dos personas de nombre Maxi y Leandro, le solicitaron llevar una bicicleta y un tablón de albañilería a un domicilio ubicado en calle Pringles.

En tal oportunidad, y al arribar personal policial, la gente que se encontraba en el lugar comenzó a correr. Relató Díaz que en ese momento su cliente, de nombre Maxi, le entregó una bolsa transparente para que se la tuviera, tras lo cual se fue corriendo del lugar. Aseguró el imputado que en ningún momento se desprendió de la bolsa, como así tampoco, conocía lo que contenía.

Como adelantara, la jueza de sentencia ha argumentado suficientemente el rechazo de la verosimilitud de la versión del acusado como hipótesis alternativa a la acusación.

Al respecto sostuvo que la versión de los hechos brindada por Díaz Villegas «[...] ofende el sentido común y no se encuentra acreditada por otros elementos de juicio» y, por tal motivo, no logró conmover el caudal probatorio que dio sustento a la responsabilidad del imputado (ver, minuto 18:00).

En este sentido, la jueza de instancia anterior explicó que si bien no cuestionaba que el imputado tuviera como oficio el servicio de fletes, entendió que no se pudo acreditar que al momento del hecho efectivamente estuviera prestando ese servicio.

Al respecto valoró que Díaz Villegas al momento de ser aprehendido no refirió tal circunstancia a personal policial, a quien sólo manifestó que era policía retirado, como surge de las constancias del acta de procedimiento y del informe del CEO.

Ponderó también la sentenciante que la versión brindada por Díaz Villegas, en cuanto sostuvo que recibió la bolsa de un cliente que no conocía sin advertir lo que ésta contenía ni notar nada extraño, no resultaba creíble en función de la experiencia de Díaz como ex policía (ver, a partir de minuto 23:10).

En definitiva, de lo expuesto surge que la jueza de instancia anterior en base a los elementos de prueba antes detallados, llegó a la certeza necesaria en esta etapa procesal –sin que pueda predicarse la existencia de una duda que habilite la aplicación del principio in dubio pro reo– para adoptar la decisión que aquí se cuestiona, plasmando su análisis en una resolución sin arbitrariedades y motivada de una manera lógica y convincente en cuanto a la acreditación de los hechos y la intervención de Manuel Díaz Villegas en el hecho objeto del proceso.

Por todo ello, y en sentido coincidente con el señor Procurador General, entiendo corresponde contestar negativamente la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazarse el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado, confirmándose la sentencia impugnada en su totalidad. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo y Dr. Adaro. Adhieren.

Sobre la misma cuestión los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren, por los fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación deducido a fs. 87/100 vta. por la defensa de Manuel Diego Díaz Villegas y, en consecuencia, confirmar la sentencia N° 4.172 dictada por el Juzgado Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Téngase presente la reserva del caso federal formulada.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro.

5- LOPEZ GARNICA. 24-09-20.

| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
|----|----|----|------------|------------|---------|---------|----------|---------|---------|-----------|---------|-------------|---|------------|
| - | - | - | AFC | PCE | - | - | A | - | - | UP | - | - | - | 474 |

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200924_FcLopez.pdf

Lex: Art. 189 Bis, inc. 2°, 3° párrafo del CP

Vox: Portación ilegal. Arma de fuego de uso civil. Redargución de falsedad.

Summa:

El **JPC** condenó al señalado a la pena de **un año y seis meses de prisión** de cumplimiento efectivo como autor penalmente responsable del delito de portación ilegal de arma de fuego de uso civil (art. 189 bis, inc. 2°, párr. 3° del CP), revocó la condicionalidad de la condena impuesta en la sentencia N° 4.010 y unificó penas para imponer la única pena de **cuatro años y seis meses de prisión** de cumplimiento efectivo.

La **defensa** interpone recurso de casación.

El **Procurador General** mantiene el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** resolvió rechazar el recurso interpuesto.

Resolución cuestionada: Sentencia pronunciada por el JPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Miranda Sosa.
- Luna García.

b-CSJN

- Acosta. 04-05-2000.

SCJM. Dres.: **Palermo.** Valerio. Adaro.

Fallo:

CUIJ: 13-05071075-5/1((018502-752231)) FISCAL C/ LOPEZ GARNICA AXEL MARIANO (752231) (752231/19) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105237672*

En Mendoza, a los veinticuatro días del mes de septiembre del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05071075-5/1, caratulada "F. C/ LÓPEZ GARNICA AXEL MARIANO S/ CASACIÓN". De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. OMAR A. PALERMO; segundo, JOSÉ V. VALERIO y tercero, DR. MARIO D. ADARO.

La defensa oficial de Axel Mariano López Garnica interpone recurso de casación (fs. 23/36) contra la sentencia de f. 22 y vta. y sus fundamentos, mediante la cual el Segundo Juzgado Penal Colegiado de la Primera Circunscripción condenó al nombrado a la pena de un año y seis meses de prisión de cumplimiento efectivo como autor penalmente responsable del delito de portación ilegal de arma de fuego de uso civil (art. 189 bis, inc. 2º, párr. 3º del CP), revocó la condicionalidad de la condena impuesta en la sentencia N° 4.010 y unificó penas para imponer la única pena de cuatro años y seis meses de prisión de cumplimiento efectivo.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

I.- Sentencia recurrida

La magistrada sentenciante tuvo por acreditado, con la certeza requerida para el dictado de una sentencia condenatoria, que «el día 19 de setiembre de 2019, siendo las 10:40 hs. aproximadamente, entre las calles Severo del Castillo y Los Pinos de Puente de Hierro, Guaymallén, López Garnica, Axel Mariano, tenía entre sus prendas a la altura de la cintura un arma de fuego tipo pistola marca GMC, patente nro. 117412, calibre 22 Long Rifle, inscripción numérica 5264, con un cargador municipal colocado de color negro de base plástica y cuerpo metálico, el cual contenía en su interior seis cartuchos, no pudiendo acreditar ser legítimo usuario de arma de fuego.

Del informe de Policía Científica División Balística, [surge que] corresponde a un arma de fuego apta para la ejecución de disparos y, según el encuadre legal de la Ley Nacional de armas 20.429/73 decreto reglamentario 395/75, se clasifica como arma de uso civil».

Para decidir en tal sentido, el a quo valoró las declaraciones brindadas por el personal policial actuante (Oficiales Jonathan Esteban Gómez Ojeda y Daniel Gustavo Rivera Tejerina) y por el testigo de actuación (ciudadano Matías Alan Bengolea), el informe del CEO, el acta de procedimiento, el secuestro del arma de fuego y la pericia efectuada sobre el artefacto, así como las demás pruebas válidamente incorporadas al proceso.

II.- Recurso de casación

La defensa oficial de López Garnica considera que la resolución referida padece vicios in procedendo e in iudicando, conforme lo establecido por el **art. 474 de la ley de rito**.

En primer lugar, sostiene que la magistrada interviniente no cumplió con la carga procesal impuesta por el **art. 408 del CPP** al no deliberar previamente a la decisión.

En segundo lugar, manifiesta que las contradicciones entre las declaraciones testimoniales de los funcionarios policiales y la declaración del testigo de actuación determinan que el acta de procedimiento es falsa. En este orden de ideas, objeta la desestimación de la redargución de falsedad del documento mencionado.

Por último, realiza una crítica del plexo probatorio que fundamenta la sentencia condenatoria poniendo de relieve las contradicciones de la prueba testimonial con el contenido del acta de procedimiento. Formula reserva del caso federal.

III.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General entiende que corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto y convalidar en su totalidad la sentencia impugnada (fs. 46/47).

Después de realizar una exposición detallada de los agravios defensivos, explica que la jueza procedió de acuerdo a lo establecido en el art. 439 quater CPP (Ley 9040) al dictar sentencia inmediatamente después de cerrado el debate.

Agrega, en relación con el segundo tramo del recurso defensivo, que no hay motivos para dudar de la veracidad de lo actuado por los funcionarios policiales en relación con la aprehensión y secuestro del arma de fuego.

Así, no habrían elementos para poner en duda el contenido del acta de procedimiento y, en consecuencia, la existencia del arma de fuego en poder del imputado.

Finalmente, el titular del Ministerio Público Fiscal subraya que la a quo efectuó una eficaz fundamentación del valor convictivo de la prueba recibida en la audiencia de debate, así como de la legalmente incorporada.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

En adelanto de las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan entiendo que corresponde rechazar el recurso casatorio impetrado por la defensa y, en consecuencia, convalidar la sentencia condenatoria.

En primer lugar, y en lo relativo a la inobservancia las formas previstas por el CPP, entiendo que, si bien es cierto que el art. 408 CPP establece que «inmediatamente después de terminado el debate, bajo pena de nulidad, los jueces pasarán a deliberar en sesión secreta», no es menos cierto que el art. 439 quater CPP determina que «el Juez podrá dictar sentencia inmediatamente después de cerrado el debate».

Así, la argumentación defensiva no acierta desde un comienzo al no poner en relación el **art. 408 CPP** con las específicas previsiones del juicio directísimo.

Pero no es el argumento positivo y, por ello limitado al plano estrictamente formal, el que más me interesa, sino, por el contrario, el fundamento material de la deliberación como requisito previo al dictado de sentencia.

Es que, la clave para responder la crítica relativa a que la jueza dictó sentencia inmediatamente finalizados los alegatos y sin pasar a un cuarto intermedio para deliberar, reside en restringir el sentido de las previsiones contenidas en el art. 408 CPP para hipótesis de tribunales colegiados.

Así, la instancia de deliberación y debate solo es necesaria cuando se trata de una pluralidad de jueces llamados a decidir, hipótesis que no se verifica en la causa de autos, donde intervino un tribunal unipersonal.

En este caso, es la misma jueza la que ha estado presente durante todo el debate, por lo que este tribunal individual no impide la reflexión necesaria para el dictado y fundamentación de una sentencia.

De este modo, la magistrada sentenciante tuvo la oportunidad de aprehender durante el curso del debate el sentido de la prueba, así como las tomas de posición de las partes.

Todo lo cual, justifica que, terminados los alegatos, la jueza se encontrara en condiciones de dictar una sentencia fundamentada.

El segundo agravio defensivo busca nulificar la sentencia con base en la **falsedad de las constancias del acta de procedimiento**, intento que fue rechazado por el tribunal de juicio al momento de dictarse la respectiva sentencia condenatoria.

El recurrente sostiene que las constancias obrantes en el acta de procedimiento son falsas con base en la declaración del testigo de actuación.

Mientras aquella afirma que Matías Bengolea apreció «la aprehensión del imputado y el secuestro del arma de fuego» (fs. 1), éste sostuvo que se le dio intervención cuando López Garnica ya estaba detenido y que el arma de fuego le fue exhibida en la Comisaría. La jueza descreyó de esta versión, y la defensa de aquella.

Frente a este panorama y analizadas las argumentaciones brindadas en uno y otro sentido, entiendo que la defensa, a pesar de su comprometido trabajo, no ha conseguido fisurar el razonamiento de la a quo. Después de la compulsión de las presentes actuaciones, tanto en su formato escrito como audiovisual, me convence fundamentalmente de esta solución un argumento de sentido común brindado por la a quo, y que hace a la específica dinámica de los hechos.

Así, la jueza explicó las circunstancias del hecho: López Garnica se encontraba en el predio de la Subdelegación municipal Puente de Hierro, donde se llevaba a cabo la entrega de DNI con una gran concurrencia de gente, cuando un ciudadano informó al personal policial que aquél tendría un arma de fuego. Al apersonarse los funcionarios y al advertirlo el imputado, éste salió corriendo hasta ser aprehendido (véase soporte audiovisual, min. 00:44:00 y ss.).

Este contexto convenció a la jueza, acertadamente a mi criterio, de que no era posible que el testigo de actuación presenciara la detención y secuestro del arma en el momento mismo en el que se le sustraía al imputado, debido a la premura que requería la neutralización del peligro. Frente a la discordancia de que da cuenta el acta de procedimiento, brindó una explicación que entiendo verosímil: es una desafortunada forma de volcar la actividad presenciada por el testigo porque, en verdad, de su testimonio se deriva que vio el secuestro del arma de fuego recién cuando fue trasladado a la comisaría.

Sin embargo, la discordancia anterior entre el acta de procedimiento y la declaración del testigo de actuación –donde la palabra «desafortunado» toma todo su peso pues, el acta de procedimiento es un instrumento público que debe ser confeccionado con especial precisión– no alcanza para nulificar el procedimiento.

En efecto, existen elementos que refrendan las circunstancias espacio-temporales de las que da cuenta el acta de procedimiento, tales como las constancias del CEO, así como las declaraciones de los Oficiales Gómez Ojeda y Rivera Tejerina.

Pero tampoco debe perderse de vista que el subtexto de la estrategia defensiva –que en lenguaje coloquial se leería como «le colocaron el arma»– ha sido incorporado recién en la etapa de los alegatos. Circunstancia que no permaneció ajena al juicio de la magistrada sentenciante (véase min 00:49:00 y s.), quien advirtió que esto no es suficiente para que la hipótesis defensiva se erija como una explicación alternativa de los hechos que ponga en duda la acusación y, en esta instancia, la sentencia condenatoria.

Es que, si bien es cierto que existe un aspecto del acta que no se condice con la realidad –el testigo no habría presenciado el momento mismo del procedimiento–, no es menos cierto que ello no resulta suficiente para invalidar el procedimiento, cuya acta es constancia de su realización.

En esta línea, debe recordarse que este Tribunal ha sostenido en forma pacífica que las nulidades no constituyen un fin en sí mismo, sino que su función se orienta dentro de un proceso a proteger derechos y garantías. De este modo, un defecto formal patente en un acto procesal no es condición suficiente, sino necesaria para declarar su nulidad.

Además, debe demostrarse en qué modo ese incumplimiento contribuyó a la afectación de un derecho o garantía protegido por ella.

Entre otros, ese criterio se ha seguido en los precedentes **«Miranda Sosa» (autos N° 13-03792662-5/1) y «Luna García» (autos N° 13-03728658-8)**.

En un sentido similar se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia de la Nación al aplicar en materia de nulidades una pauta de interpretación restrictiva según la cual sólo cabe pronunciarse por la anulación de las actuaciones cuando exista un derecho o interés legítimo lesionado, de modo que cause un perjuicio irreparable (ver al respecto **«Acosta»**, sentencia de fecha 04/05/2000).

Por ello, la afectación de un derecho o interés legítimo y la provocación de un perjuicio irreparable son razones ineludibles de la procedencia de la nulidad (Fallos 325:1404).

Aplicadas esas consideraciones al caso concreto, advierto que la defensa no explica en qué modo la supuesta ausencia del testigo al momento de practicarse el secuestro del arma de fuego ha derivado en un perjuicio para el acusado, sea mediante la introducción de datos falsos en el acta de procedimiento, sea mediante la no incorporación de información que debía haber sido incluido. Tampoco ha puesto en duda el contenido respecto a los elementos secuestrados.

Téngase presente que el testigo, al momento de declarar, refirió que los hechos no sucedieron en su presencia, pero no que los hechos ocurrieron de un modo diferente a como lo señalaron los funcionarios actuantes.

En consecuencia, de las testimoniales de los funcionarios policiales actuantes y del aviso previo dando a conocer la circunstancia de que en el lugar de los hechos se encontraba una persona con un arma de fuego, que corroboran en lo esencial lo señalado por el acta, surge que al acusado el día del hecho se le secuestró un arma de fuego cargada mientras transitaba por la vía pública. Así, la prueba de lo ocurrido resulta de los testimonios de los funcionarios policiales que intervinieron en los hechos y de aquel elemento de prueba.

A su vez, el recurrente no demuestra que la discordancia advertida sea esencial en cuanto a la veracidad de los hechos ocurridos como fueron señalados por los funcionarios actuantes. Por ello, la circunstancia que el testigo del procedimiento no estuviera presente en el preciso instante en que se detuvo al imputado y se le secuestrara la referida arma, no es, en principio, un motivo que invalide el acta sino, en todo caso, una circunstancia que hace al peso probatorio que se le atribuye.

Finalmente, el recurrente realiza una crítica global de la actividad de valoración de la prueba, aunque no consigue invalidar el razonamiento de la jueza en este aspecto.

Ello en tanto, su piedra de toque es la nulidad del acta de procedimiento, que, de ser alcanzada, en una especie de efecto dominó haría decaer el peso de las declaraciones del personal policial hasta poner en duda la existencia misma de la portación. Sin embargo, como ello no es conseguido, entonces la crítica defensiva subsiguiente pierde asidero y verosimilitud.

Todo lo cual, me permite descartarla sin más. Las declaraciones testimoniales del personal policial y del testigo de actuación, las constancias del CEO, el secuestro del arma de fuego, la ausencia de autorización para la portación y la pericia a ella practicada (véase en min. 00:53:00 in extenso la enumeración de la prueba) son elementos determinantes que confirman que el día 19 de setiembre de 2019, en horas de la mañana, López Garnica portaba un arma de fuego de uso civil en condiciones inmediatas de disposición en un lugar público, cumpliendo así con el presupuesto típico de la figura del art. 189 bis, inc. 2°, párr. 3 del CP. Con base en las consideraciones precedentes, estimo que corresponde rechazar el planteo defensivo y convalidar en su totalidad la sentencia puesta en tela de juicio. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio y Dr. Adaro. Adhiere.

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y MARIO D. ADARO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Atento al mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de esta Suprema Corte de Justicia de Mendoza, fallando en forma definitiva se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Axel Mariano López Garnica a fs. 23/36 y convalidar la sentencia condenatoria de fs. 22 y vta. y sus fundamentos.
- 2.- Tener presente la reserva federal formulada.
- 3.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

6- PAVEZ LÓPEZ. 29-09-20.

| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
|----|----|----|------------|------------|---------|---------|----------|----------|---------|---------|-----------|-------------|---|------------|
| - | - | - | AFG | PCE | - | - | A | R | - | - | UP | - | - | 474 |

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200929_FcPavez.pdf

Lex: Art. 189 bis, inc. 2°, 4° párrafo del CP.

Vox: Portación ilegal. Arma de fuego de guerra.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **cuatro años de prisión** con costas, como autor penalmente responsable del delito que s de portación ilegal de arma de guerra (art. 189 bis, inc. 2°, 4° párrafo del CP) le atribuye en la causa N° P-20.551/19. A su vez, unificó la pena impuesta en estos obrados con la de 9 años de prisión –impuesta por el Tribunal Oral Federal de Mendoza, mediante sentencia n° 1432 de fecha 30 de septiembre de 2015– en la pena única de **diez años y ocho meses de prisión**, declarándose su reincidencia.

La **defensa** interpone recurso de casación.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 939 pronunciada por el TPC N° 2-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Ledesma Barrera. 17-05-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190517_FcCastillo.pdf
- Castillo Castillo
- Esquivel Diaz. 10-10-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191010_FcEsquivel.pdf

SCJM. Dres.: **Adaro.** Valerio. Palermo.

Fallo:

CUIJ: 13-05072406-3/1((018602-20551)) FC/ PAVEZ LOPEZ JAVIER ALEJANDRO P/ PORTACION ILEGITIMA DE ARMA DE GUERRA (20551) (9126) (7278) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105239126*

En Mendoza, a los veintinueve días del mes de septiembre del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N°13-05072406-3/1 caratulada “F. C/ PAVEZ LÓPEZ, JAVIER ALEJANDRO, P/ PORTACIÓN ILEGÍTIMA DE ARMA DE GUERRA S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. JOSÉ V. VALERIO, y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

La defensa particular de Javier Alejandro Pavez López interpone recurso de casación contra la sentencia N° 939 que lo condenó a la pena de cuatro años de prisión con costas, como autor penalmente responsable del delito que s de portación ilegal de arma de guerra (art. 189 bis, inc. 2°, 4° párrafo del CP) e le atribuye en la causa N° P-20.551/19. A su vez, unificó la pena impuesta en estos obrados con la de 9 años de prisión –impuesta por el Tribunal Oral Federal de Mendoza, mediante sentencia n° 1432 de fecha 30 de septiembre de 2015– en la pena única de 10 años y 8 meses de prisión, declarándose su reincidencia. La resolución fue pronunciada por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial. De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

El tribunal de juicio ha tenido por acreditado el hecho contenido en el requerimiento de citación a juicio que da cuenta que «el 15 de marzo de 2019, aproximadamente a las 23:00 horas, en circunstancias en que personal de la División Especial Conjunta de Control y Búsqueda de Prófuagos, realizaba tareas en la zona de Pedemonte de Godoy Cruz, por calle Segundo Sombra, es que circulaba el móvil interno 2403, a cargo del Sub Comisario P.P Miguel A Salinas, el sub ayudante José Luis Carmona, auxiliar mayor Carlos Castro, Sub Oficial Jorge De Giuseppe y el oficial auxiliar Cristian Moyano, observan sobre el margen sur precisamente frente a un quiosco que corresponde al conocido puesto “Las Yeguas”, sin altura municipal visible frente a la salita del Barrio Sol y Sierra, un rodado marca Ford modelo Eco Sport color gris dominio FMW- 666, con tres ocupantes y los vidrios bajos del rodado percatándose que el conductor estaba manipulando lo que sería en apariencia un arma de fuego de grandes dimensiones por lo que personal se arrima al rodado descendiendo rápido de la movilidad dando la voz de alto policía, a lo que los ocupantes del rodado descendieron del vehículo referido dándose a la fuga, corriendo hacia el interior del puesto, dándole alcance al conductor en la vía pública antes de ingresar al quiosco, quien previo a la huida arrojó en el asiento trasero del vehículo lo que sería el arma de fuego que manipulaba, el que no opuso resistencia alguna al personal policial y se logró el secuestro de un arma de fuego tipo pistola ametralladora, calibre 9 mm Lugel modelo TEC-DC9, empavonado de color negro gastado con un cilindro silenciador de una longitud de unos 30 cm aproximadamente, cargador colocado con capacidad para treinta cartuchos pero cargado con veintisiete cartuchos punta azul».

Para así decidir el tribunal valoró las declaraciones testimoniales de Martín Gonzalo Tejada Toro, de Valeria Garay, del oficial Miguel Ángel Salinas Ortiz, del oficial José Luis Carmona Camps, de Jorge Francisco Paz, de Ruth Belén Paez y de Agustín Edgardo Jesús Mansilla, así como los reportes del CEO de fs. 177 y 178, el informe de División Balística Forense de fs. 30/33 y el informe del Registro Nacional de Armas de fs. 58, entre otros.

2.- Recurso de casación

El recurso se articula en función del art. 474 incs. 1 y 2 del CPP, por entender que la resolución cuestionada adolece de vicios formales y sustanciales que la invalidan como tal.

Indica que la sentencia cuestionada se encuentra viciada por falta de motivación y, en este sentido, señala como primer agravio el erróneo análisis con relación a la valoración de los testimonios de los funcionarios policiales Miguel Andrés Salinas Ortiz, José Luis Carmona, y Jorge Antonio De Guiusepe, que intervinieron en el procedimiento policial.

Sus declaraciones, según entiende la defensa, han sido absolutamente desmentidas por el testigo de actuación Jorge Francisco Paz, elegido por la propia policía.

Destaca el erróneo tratamiento del rol del testigo de actuación. Explica que éste desmiente la actuación de personal policial con relación a que el arma fue secuestrada del interior del vehículo de Pavez López. Por ello considera que una correcta interpretación del rol del testigo de actuaciones, que no corroboró la actuación policial, debió concluir con la absolución del acusado.

Agrega consideraciones sobre la imposibilidad fáctica de que el imputado hubiera desplegado las acciones que se le reprochan, tales como haber manipulado el arma y colocarla desarmada –arma, silenciador y cargador por separado– dentro de un bolso botinero y cerrarlo, subir los vidrios del vehículo, bajarse del automóvil, cerrar las cuatro puertas del vehículo con llave y comenzar a escapar.

Finalmente alega la falta de fundamento lógico al haber concluido en condena, luego de haberse demostrado la existencia de un estado de duda que debió derivar en la absolución del imputado.

Formula reserva de caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

A fs. 318/319, el Procurador General contesta la vista de ley y aconseja el rechazo del remedio articulado en tanto la sentencia cuestionada no adolece de los vicios que pretende el defensor respecto de la falta o errónea, absurda o arbitraria fundamentación.

Considera que el recurso constituye una **reedición de los argumentos** utilizados en el debate, abordados y resueltos satisfactoriamente por el a quo.

Expresa que el juzgador analizó debidamente las testimoniales rendidas, tanto del personal policial como del testigo de actuación, y discriminó debidamente ambas versiones, es decir la de los policías y la sostenida de la defensa.

Considera que el tribunal de anterior instancia asignó mayor valor a las declaraciones testimoniales de los funcionarios policiales en tanto éstas tienen correlato con datos objetivos obrantes en la causa, específicamente la información del CEO.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Por diversos motivos considero que el recurso de casación formulado por la defensa del acusado no puede prosperar. Paso a explicarlo.

De manera inicial entiendo que los fundamentos vertidos en forma oral permiten sostener que la motivación de la sentencia es suficiente para su mantenimiento como acto jurisdiccional válido, no adoleciendo de falencias que impliquen su anulación.

Ello, a la luz de la reiterada jurisprudencia de esta Sala, en el sentido que tales defectos, para conllevar tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros); lo que en la especie no ocurre.

Avocado al tratamiento de las cuestiones propuestas, debo decir en primer lugar, que el tribunal de anterior instancia tuvo por acreditado el hecho contenido en el requerimiento de citación a juicio de fs. 190 /195.

Así, y en lo que lo que aquí interesa destacar, consideró probado que Pavez López fue aprehendido mientras circulaba en su camioneta Ecosport y que, al ser requisado el vehículo por personal policial, se le secuestró un arma de guerra con silenciador y cargador colocado con veintisiete cartuchos.

En segundo lugar debe referirse que el reclamo casatorio se circunscribe a la crítica de la labor de valoración del plexo probatorio por parte del juez de anterior instancia, **agravios** que pueden sistematizarse de la siguiente manera:

- a) errónea valoración probatoria de las declaraciones testimoniales de los oficiales intervinientes en el procedimiento policial de aprehensión;
- b) irregularidad del procedimiento policial y erróneo tratamiento del rol del testigo de actuación;
- c) imposibilidad fáctica de realización de la conducta reprochada a Pavez López; y,
- d) falta de debida justificación del juzgador para apartarse del estado de duda. La defensa sostiene que el a quo valoró de modo erróneo las declaraciones testimoniales del personal policial que intervino en el procedimiento de aprehensión. Considera que dichos testimonios han sido desacreditados por el testigo de actuación Jorge Francisco Paz.

Desde ya entiendo que las apreciaciones del defensor, pese al esfuerzo en el ejercicio de su ministerio, no pueden ser acogidas nuevamente en esta instancia recursiva.

Ello, por cuanto las mismas no encuentran respaldo en las constancias de la causa, ni surgen de la valoración conjunta de la prueba reunida en el legajo, que han sido valoradas contextualmente y de manera adecuada por el tribunal de juicio.

En este sentido, el a quo ofreció las razones por las que a su criterio debía prevalecer la teoría del caso expuesta por el fiscal durante el debate y, de ese modo, descartó la trascendencia alegada por la defensa con relación a las contradicciones o falencias en el testimonio de Miguel Salinas y de José Luis Carmona. En ese orden, la defensa cuestionó aspectos vinculados a quién intervino en la aprehensión del acusado, esto es, si fue el subcomisario Miguel Salinas o el oficial José Carmona como lo detalla el acta de procedimiento.

Al respecto debe decirse que este instrumento da cuenta que el 15 de marzo de 2019, aproximadamente a las 23 horas, mientras el subcomisario Miguel Salinas y José Luis Carmona, Jorge De Guiuseppe y Cristian Moyano personal dependiente de la División Especial Conjunta de Control y Búsqueda de Prófugos, realizaban tareas en la zona del pedemonte por calle Segundo Sombra, sobre el margen sur precisamente frente a un quiosco conocido como «Las Yeguas» observaron un rodado marca Ford modelo eco sport color gris. El vehículo tenía tres ocupantes y sus vidrios estaban bajos.

En ese momento el personal policial se percató que el conductor estaba manipulando un elemento que, en apariencia, era un arma de fuego de grandes dimensiones. Por ello, se acercaron y al dárseles la voz de alto a los ocupantes del rodado, éstos se dieron a la fuga.

Así, se le dio alcance al conductor en la vía pública, antes de ingresar al kiosco. Previo a la huida, aquél arrojó en el asiento trasero del vehículo lo que sería el arma de fuego que manipulaba. De tal manera, el conductor del vehículo, luego identificado como Pavez López, fue aprehendido y ello ocurrió antes de que ingresara al quiosco del puesto «Las Yeguas».

Ahora bien, el relato de los oficiales actuantes, pese a algunas divergencias destacadas por el defensor de Pavez López, tales como qué funcionario policial aprehendió al acusado, fueron analizadas en el contexto del acontecimiento por el juzgador.

Así, y a su criterio, los dichos de los oficiales de policía resultaron concordantes en cuanto a las circunstancias del procedimiento policial, como de la aprehensión de Pavez López en estos obrados.

Al respecto el a quo destacó que Miguel Salinas y José Luis Carmona ratificaron el acta de procedimiento de fs. 1 y vta., (fs. 6 y fs. 5 respectivamente).

Asimismo, detalló los testimonios del oficial Héctor Cristian Moyano que prestó declaración a fs. 126/127 vta., como el del oficial Jorge Antonio De Giuseppe, que lo hizo a fs. 128/129 vta.

Además de esta concordancia, el juzgador consideró que las declaraciones resultaron a su vez avaladas por el registro del CEO que respaldaron objetiva y detalladamente los testimonios de los oficiales actuantes. Es decir, aquel registro respaldó la versión de los funcionarios policiales, en lo atinente a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se produjo la aprehensión del acusado y el secuestro del arma.

Es que, el informe de marras, dio cuenta que el día de los hechos, esto es el 15 de marzo de 2019 a las 22:47 hs. (ver 178 y vta) se observó a un sujeto con un arma en una camioneta, y se solicitó apoyo con personal femenino. Este registro respalda lo afirmado por Salinas y por Carmona, en cuanto informaron que una mujer Ruth Belén Paez, se oponía a que se practicara la requisa. Debe destacarse que aquélla, como se dijo, era pareja del acusado al momento de la aprehensión.

Luego a las 23:04 hs. se reportó el hallazgo de la pistola con silenciador calibre 9 mm y se recibieron instrucciones del ayudante fiscal para que se levantara el arma y que la camioneta fuera trasladada a la comisaría.

Es decir, el registro respaldó la versión de los funcionarios policiales, en lo atinente a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se produjo la aprehensión del acusado y el secuestro del arma. Por estas razones, entiendo que no corresponde acoger los cuestionamientos de la defensa toda vez que el recurrente pretende una nueva revisión de todo lo que fue tratado en el debate y sometido a la contradicción de acusación y defensa, sin desvirtuar de manera adecuada el razonamiento del sentenciante.

Por ello, entiendo que los cuestionamientos defensivos representan argumentos y afirmaciones personales en relación a la valoración del material probatorio, evidenciándose una mera discrepancia con la labor intelectual del tribunal de juicio en la fundamentación del fallo.

En otro orden, y en particular en cuanto a la pretendida irregularidad del procedimiento por contradicción del contenido del acta con la declaración del testigo de actuación, debe señalarse que se verifica aquí también que la defensa reitera los argumentos esgrimidos durante las sucesivas audiencias de debate oral, sin aportar en esta instancia argumentos que permitan desvirtuar el razonamiento del juez a quo.

En efecto, el juzgador restó valor convictivo a los dichos del testigo de actuación Jorge Francisco Paz en las sucesivas declaraciones prestadas durante la investigación penal preparatoria (ver fs.78/79; 143 y vta.).

En lo que interesa destacar, Paz refirió estar seguro que el personal policial no sacó el bolso con el arma del interior de la camioneta del imputado. Sobre tales manifestaciones, el juez, de manera acertada a mi modo de ver, tuvo en cuenta que Jorge Francisco Paz, era vecino colindante del aprehendido y que conocía a Ruth Belén Paez, pareja del acusado, porque había comprado en algunas oportunidades en su negocio (fs. 143).

En función de todas estas particularidades, el a quo válidamente consideró que el testigo pudo sentir cierto temor por el sentido de sus declaraciones y que se pudieran tomar represalias.

Por otro lado, el juzgador descartó la teoría del caso de la defensa, pues consideró que no tendría sentido, pensar que los funcionarios policiales convocaron a Jorge Francisco Paz para que presenciara un acto ilegal, como hubiera sido colocar el arma en el vehículo de Pavez López.

Más aún ello cuando se encontraban en el lugar en pos de un objetivo diferente al que finalmente cumplieron.

A ello debo considerar que el principio de unidad de la prueba impone como regla la consideración de la prueba en su conjunto, pues muchas veces la certeza se obtiene de probanzas, que individualmente estudiadas pueden aparecer como débiles o imprecisas, pero complementadas y unidas entre sí, llevan al ánimo del juzgador la convicción acerca de la existencia de los hechos denunciados (L.S. 393-243, 382-107, 381-233) que es lo que ha ocurrido en autos.

Entiendo que también debe ser rechazado el agravio vinculado a la imposibilidad fáctica de la conducta reprochada.

En efecto, el acta de procedimiento da cuenta que personal policial, al advertir la presencia de los sospechosos en el interior del rodado estacionado frente al quisoco «Las Yeguas» se acercaron colocándose detrás del rodado.

Así es que desde que fueron sorprendidos hasta ser aprehendido el acusado, tuvo tiempo para desarmar el arma, sacar el silenciador, colocarlo en el bolso, que luego de una requisa minuciosa, personal policial observó en el asiento trasero del rodado un bolso y sobre este un arma de fuego tipo pistola ametralladora con un cargador colocado y un cilindro silenciador desmontado.

Luego, y según acta de secuestro, se dio cuenta que se trataba de un arma de fuego tipo pistola ametralladora con inscripción legible intratec Miami calibre 9 MM, Lugel modelo Tec-D, de color negro gastado. El arma tenía un cilindro silenciador de una longitud de unos 30 cm aproximadamente y el cargador colocado con veintisiete cartuchos de punta azul.

De tal manera, no se advierte la pretendida imposibilidad fáctica de que la conducta pudiera ser llevada adelante por el acusado, toda vez que de acuerdo con las circunstancias tenidas por probadas por el a quo, y que han sido detalladas, el comportamiento atribuido a Pavez López es factible de ser realizado. En este sentido la defensa no aporta mayores precisiones para que prospere el cuestionamiento, por lo que se impone su rechazo.

Por las razones expuestas considero que la sentencia cuestionada no adolece de los defectos que señala la defensa, por lo que debe ser confirmada en esta instancia.

Ello en atención a que los elementos de prueba, adecuadamente valorados conforme a las reglas de la sana crítica racional por el juez de la instancia anterior, sustentan debidamente la acusación formulada en contra del acusado.

Por lo tanto debe **descartarse la pretendida** aplicación del principio del **in dubio pro reo** (ver al respecto, «Ledesma Barrera»; «Castillo Castillo»; «Esquivel Díaz» entre otros).

Por tales razones y opinión concordante del señor Procurador General, doy respuesta negativa a la primera cuestión propuesta en el acuerdo que lidero. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio y Dr. Palermo. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A PALERMO, adhieren por sus fundamentos al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A PALERMO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A PALERMO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa particular de Javier Alejandro Pavez López.
- 2.- Tener presente la reserva federal formulada.
- 3.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos. Regístrese. Notifíquese.

DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

7- GATICA TOLEDO. 04-11-20.

| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
|----|----|----|------------|--------|---------|---------|----------|---------|---------|-----------|---------|-------------|---|------------|
| - | - | - | AFC | - | - | - | A | - | - | UP | - | - | - | 474 |

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201104_FcGatica.pdf

Lex: Art. 189 bis inc. 2°, 3° párrafo del CP

Vox: Portación ilegal. Arma de fuego de uso civil. Unificación. Valoración de la prueba.

Summa:

El **JPC** condenó al señalado a la pena de **un año de prisión de cumplimiento efectivo**, por el delito de portación ilegal de arma de fuego de uso civil (art. 189 bis inc. 2°, 3° párrafo del CP). En el mismo pronunciamiento, se unificó la condena impuesta por el entonces Primer Juzgado de Flagrancia a la pena de dos años de prisión de ejecución condicional dictada el día 03-04-17, con la aplicada en los presentes, condenando al nombrado a la pena única de **dos años y ocho meses de prisión de cumplimiento efectivo**. La **defensa** interpone recurso de casación.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 4699, pronunciada por el JPC N° 1- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

b-CIDH

Doctrina citada.

SCJM. Dres.: **Adaro.** Valerio. Palermo.

Fallo:

CUIJ: 13-05084020-9/1((018501-750034)) FC/ GATICA TOLEDO FRANCO P/ AV. PORTACION ILEGAL DE ARMA DE USO CIVIL (750034) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105251222*

En Mendoza, a los cuatro días del mes de noviembre del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05084020-9/1, caratulada "F. C/ GATICA TOLEDO, FRANCO JONATHAN P/ PORTACIÓN ILEGAL DE ARMA DE FUEGO DE USO CIVIL S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado con audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo, DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero, DR. OMAR A. PALERMO.

La defensa técnica del imputado Franco Jonathan Gatica Toledo interpone recurso de casación contra la sentencia N° 4.699 (fs.161) y sus fundamentos, en cuanto condena al nombrado a la pena de un año de prisión de cumplimiento efectivo, por el delito de portación ilegal de arma de fuego de uso civil (art. 189 bis inc. 2°, 3° párrafo del CP), pronunciamiento dictado en la causa N° P750.034/19 por el Primer Juzgado Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial.

En el mismo pronunciamiento, se unificó la condena impuesta por el entonces Primer Juzgado de Flagrancia a la pena de dos años de prisión de ejecución condicional dictada para fecha 3 de abril de 2017 en los autos N° P-95.669/15, con la aplicada en los presentes, condenando al nombrado a la pena única de dos años y ocho meses de prisión de cumplimiento efectivo.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

I.- Sentencia recurrida

La resolución establece, en lo que aquí respecta, que ha quedado acreditado que «[...] el día 13 de setiembre de 2019, siendo aproximadamente las 3:15 hs., sobre calle Salvador Arias, de oeste a este a cincuenta metros de la intersección de calle Mar del Plata de Godoy Cruz, en el interior del vehículo marca VW modelo Gol, dominio DGO-060, Franco Jonathan Gatica Toledo quien se encontraba de acompañante, fue interceptado por personal policial que se desplazaba en la movilidad N° 3285 y tras ser requisado, se le encontró en el habitáculo que contiene la parte inferior del asiento donde permanecía, un arma de fuego tipo revolver, marca Tala, calibre 22 largo, número serial 104528, con seis cartuchos en su interior, sin la debida autorización legal y apta para el disparo».

Para así decir, la sentenciante valoró, entre los elementos de juicio más relevantes, las declaraciones testimoniales de los efectivos policiales César Garro y Fabricio Giménez, el acta de procedimiento de fs. 1 y vta., el informe técnico de Policía Científica, División Balística de fs. 37/39, el informe de la Administración Nacional de Materiales Controlados (A.N.Ma.C.) de fs. 98 y los demás elementos de juicio incorporadas al debate.

II.- Recurso de casación

La defensa de Manuel Franco Jonathan Gatica Toledo promueve su impugnación a tenor de lo dispuesto por el art. 474, inc. 2° del CPP, por considerar que existen **vicios in procedendo** en la resolución que cuestiona. Sostiene en tal sentido, que la sentencia impugnada ha inobservado los arts. 206 y 416 inc. 4

del CPP en relación a la valoración de la prueba, que condujo indebidamente a la jueza a quo a tener por acreditada la participación de su defendido en el hecho atribuido.

Entiende que tal valoración es arbitraria y los elementos probatorios incorporados no son suficientes para alcanzar el grado de certeza requerido.

Asegura que la única prueba en contra de Gatica Toledo es la testimonial de personal policial que sostuvo que el arma de fuego que tenía Franco Gatica era portada por éste, lo cual –a su criterio– no es cierto.

Asevera en tal sentido, que el auto donde encontraron el arma de fuego no era de propiedad de su asistido y no existe prueba para demostrar que él fue la persona que portaba dicha arma.

Aclara que el remis donde era trasladado el imputado era un servicio de transporte público ilegal, que transitaba por lugares «calientes» del gran Mendoza.

Presume por ello, que el arma en cuestión pudo haber estado a expensas del chofer o dueño del vehículo, quizás para defensa propia, lo cual se basa en la lógica, en el sentido común y en la experiencia común.

Refiere que personal policial en audiencia de debate sostuvo que ninguno de los dos sujetos dijo que el arma de fuego fuera de su propiedad, lo cual resulta importante para demostrar que su pupilo es ajeno al hecho investigado.

Argumenta que no puede aseverarse que su asistido se haya «agachado» para esconder el arma, puesto que Gatica declaró que iba sentado en la puerta de atrás del vehículo, y dijo que se demoró en bajar porque tuvo que correr o hacer el asiento para atrás, ya que el vehículo era un Volkswagen Gol con tres puertas.

Cuestiona también la omisión de la juzgadora de valorar el informe policial de donde se desprende que no existían huellas digitales, palmares o cualquier otro rastro en el arma de fuego secuestrada que permitiera la identificación de su representado.

Por las razones expuestas, solicita se revoque la sentencia cuestionada y se absuelva a Franco Jonathan Gatica Toledo por no acreditarse su participación en el hecho atribuido. Formula reserva del caso federal.

III.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General estima que el recurso de casación interpuesto por la defensa del imputado no puede prosperar, en tanto no se advierte en la sentencia cuestionada una inobservancia de las normas que pudiera acarrear la nulidad, debiendo confirmarse la validez de la sentencia.

Señala que el planteo realizado por la defensa es una reedición de los argumentos utilizados en el debate, los que fueron abordados y evacuados satisfactoriamente por la sentenciante.

En este sentido, sostiene que de la lectura de los fundamentos de la resolución cuestionada se advierte que para arribar a la certeza acerca de la existencia material de los hechos y la autoría del imputado, el plexo probatorio fue analizado y cotejado en su totalidad por la juzgadora.

Precisa que la sentenciante discriminó debidamente las dos versiones sobre el hecho, la dada por los funcionarios policiales y la sostenida por la defensa, dando suficientes razones por las cuales se inclinaba por la teoría del caso propuesta por el representante del Ministerio Fiscal.

Concluye, conforme los argumentos referidos, que la sentencia atacada se encuentra debidamente motivada, por lo que el planteo de la defensa es infundado y debe rechazarse en esta instancia.

IV- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Por diversos motivos considero que el recurso de casación formulado por la defensa del acusado no puede prosperar. Paso a explicarlo.

Ante todo debo señalar que de los registros audiovisuales surge que la sentenciante valoró adecuadamente y de manera integral cada una de las pruebas incorporadas al debate, no advirtiéndose en el razonamiento de la a quo vicios que conduzcan a sostener que estamos frente a una decisión arbitraria.

Dicho esto, advierto que la defensa dirige su crítica a cuestionar la autoría del imputado Gatica Toledo en el hecho objeto del proceso y, a tal fin, los agravios esbozados giran principalmente en torno a la valoración –a su juicio arbitraria– de los elementos de prueba incorporados al debate, en especial, los testimonios brindados por los funcionarios policiales que intervinieron en el procedimiento.

Entiendo que el agravio esgrimido en este sentido no puede prosperar en esta instancia.

En primer orden, advierto un déficit argumentativo en relación a la crítica esbozada a los testimonios brindados por los efectivos policiales que participaron del procedimiento en que se llevó a cabo el secuestro del arma de fuego y la aprehensión Gatica Toledo.

Ello por cuanto sólo refiere que tales testimonios no resultan suficientes para sostener la responsabilidad de su asistido, sin explicar adecuadamente de qué manera llega a tal conclusión en función del resto del material probatorio.

Por otro lado, su teoría del caso, tampoco resulta plausible y, por ende, suficiente para desvirtuar los argumentos tenidos en consideración por la sentenciante para sostener la responsabilidad de Gatica Toledo.

En segundo orden, se desprende de los registros audiovisuales correspondientes que la jueza de la instancia anterior brindó adecuadas razones para arribar a una solución condenatoria.

Al respecto, la jueza a quo señaló que el Oficial Auxiliar Cesar Garro declaró de manera minuciosa las circunstancias en que se llevó a cabo el procedimiento, en donde precisó que el imputado se encontraba sentado en el asiento del acompañante y el arma de fuego secuestrada estaba debajo de este asiento. Destacó también que el testigo respondió de manera adecuada a todas las preguntas formuladas, tanto por la fiscalía como por la defensa.

Concluyó que no advertía por parte del testigo interés alguno en el resultado del proceso (ver registros audiovisuales, audiencia del día 12/12/19, a partir del minuto 3:37). Del mismo modo, consideró verosímil lo declarado por el Oficial Sub Ayudante Fabricio Giménez en audiencia de debate, respecto del cual refirió que su testimonio resultó coincidente con lo relatado por el testigo Garro.

Aclaró que Giménez aportó mayores detalles sobre algunas circunstancias relevantes, tales como que el imputado se demoró en bajar del vehículo y que antes de esa conducta hizo «ademanos como que quería guardar algo» (ver, a partir del minuto 4:47).

A ello agregó la jueza de sentencia el testimonio brindado por el conductor del vehículo, Hugo Cavaión López, quien también ubicó a Gatica Toledo en el asiento del acompañante (ver, minuto 10:54).

Por otro lado, la defensa pretende justificar las conductas de su representado que fueron percibidas y descriptas por los testigos, a partir de la versión de los hechos brindada por Gatica Toledo.

Aseguró el imputado, en oportunidad de ejercer su defensa material, que en tal oportunidad iba sentado en la parte de atrás del vehículo y que, por tal motivo, se demoró en bajar para poder correr o hacer el asiento para atrás, ya que el vehículo era un Gol con tres puertas.

Entiendo que este agravio tampoco puede tener acogida favorable, por cuanto la jueza de sentencia ha argumentado suficientemente el rechazo de la verosimilitud de la versión del acusado como hipótesis alternativa a la acusación.

Ello por cuanto entendió, acertadamente, que todos los testigos coincidieron en señalar que el imputado se encontraba en el asiento del acompañante y el arma de fuego estaba ubicada debajo de este asiento. Del mismo modo, no puede prosperar el argumento según el cual el arma de fuego secuestrada, pudo estar a disposición del conductor o propietario del vehículo, habida cuenta que éste transitaba por lugares conflictivos.

Entiendo que tal hipótesis alternativa no tiene asidero en las constancias de la causa. A este argumento la sentenciante respondió, en razonamiento que comparto, que «[...] desde el punto de vista fáctico, el inmediato uso [del arma] no lo tuvo el conductor porque el arma estaba ubicada debajo del asiento donde se trasladaba el imputado» (ver, minuto 18:35).

Tampoco puede prosperar la crítica referida a la omisa consideración por parte de la jueza a quo del informe de Policía Científica, en cuanto concluye que de «la inspección papiloscópica realizada no se colectaron rastros».

Ello por cuanto, y no obstante no constituir tal elemento un indicio dirimente de la responsabilidad del imputado, no explica la defensa de qué modo su valoración conllevaría una solución diversa a la concluida por la a quo.

En definitiva, de lo expuesto surge que la jueza de instancia anterior en base a los elementos de prueba antes detallados, llegó a la certeza necesaria en esta etapa procesal –sin que pueda predicarse la existencia de una duda que habilite la aplicación del principio in dubio pro reo– para adoptar la decisión que aquí se cuestiona, plasmando su análisis en una resolución sin arbitrariedades y motivada de una manera lógica y convincente en cuanto a la acreditación de los hechos y la intervención de Franco Jonathan Gatica Toledo en el hecho objeto del proceso.

Por todo ello, y en sentido coincidente con el señor Procurador General, entiendo corresponde contestar negativamente la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazarse el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado, confirmándose la sentencia impugnada en su totalidad. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio y Dr. Palermo. Adhieren.

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren, por los fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede. Con lo que se terminó el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, RESUELVE:

1.- Rechazar el recurso de casación deducido por la defensa de Franco Jonathan Gatica Toledo y, en consecuencia, confirmar la sentencia N° 4.699 dictada por el Primer Juzgado Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial.

2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.

3.- Téngase presente la reserva del caso federal formulada.

4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos. Regístrese. Notifíquese.

DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

8- MASI. 12-11-20.

| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
|----|----|----|------------|--------|---------|---------|----------|---------|---------|---------|---------|-------------|----------|------------|
| - | - | - | AFC | - | - | - | A | - | - | - | - | - | N | 474 |

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201112_FcMasi.pdf

Lex: Art. 189 Bis, inc. 2°, 6° párrafo del CP

Vox: Portación ilegal. Arma de fuego de guerra. Atenuación. Nulidad del debate.

Summa:

El JPC condenó al señalado a la pena de **dos años y cuatros meses de prisión de cumplimiento efectivo**, más inhabilitación por el doble tiempo de la condena, como autor del **delito de portación ilegal de arma de guerra de uso civil condicional (arts. 189 bis (2), 6° apartado del Cód. Penal)**, unifica con la impuesta por el Primer Juzgado de Flagrancia en la pena única de tres años de prisión de cumplimiento efectivo e inhabilitación por el doble del tiempo de la condena, pronunciamiento dictado por el JPC N°1.

El **MPF-** titular de la Fiscalía de Instrucción N° 30 de la Unidad Fiscal de Delitos No Especializados- interpone recurso de casación.

El **Procurador General** mantiene el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** resolvió hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la Fiscalía y anular el debate, la sentencia y sus fundamentos, debiéndose remitir los obrados al JPC correspondiente, a fin de que la OGAP determine el juez que deberá continuar entendiendo en la causa y emitir un nuevo pronunciamiento conforme a derecho.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 4594, pronunciada por el JPC N° 1- 1° CJ.

Precedentes relacionados

a-SCJM

I-Art. 189 Bis. Inc. 2 CP. Figura básica. Figura atenuada.

- Fiordelisi Ruiz Jorge Isidoro. 07-11-18
- Bustos Tobio Denis Gastón. 03-12-18
- Masi. 12-11-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=456>
- Roggerone. 13-12-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=711>
- Gattari. 18-04-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=799>
- Peralta Calderón. 22-04-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=804>
- Zacca. 18-10-22. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=922>
- Gallardo Ruarte. 24-10-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=923>
- Tejada Trigo. 25-11-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=947>

SCJM. Dres.: **Valerio.** Adaro. Palermo (Disidencia).

Fallo:

CUIJ: 13-05090096-1/1((018501-730130)) FC/ MASI P/ PORTACION ILEGAL DE ARMAS DE GUERRA (730130) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105257646*

En Mendoza, a los doce días del mes noviembre del año dos mil veinte reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05090096-1 caratulada "F. C/ MASI, NELSON DANIEL P/ PORTACIÓN ILEGAL DE ARMAS DE GUERRA S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. OMAR A. PALERMO y tercero DR. MARIO D. ADARO.

El titular de la Fiscalía de Instrucción N° 30 de la Unidad Fiscal de Delitos No Especializados interpone recurso de casación (fs. 199/211) contra la sentencia N° 4594 en tanto condena al imputado Nelson Daniel Masi a la pena de dos años y cuatros meses de prisión de cumplimiento efectivo, más inhabilitación por el doble tiempo de la condena, como autor del delito de portación ilegal de arma de guerra de uso civil condicional (arts. 189 bis (2), 6° apartado del Cód. Penal), unifica con la impuesta por el Primer Juzgado de Flagrancia en la pena única de tres años de prisión de cumplimiento efectivo e inhabilitación por el doble del tiempo de la condena, pronunciamiento dictado por el Primer Juzgado Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:

1.- Resolución recurrida

La sentencia establece que el 13 de julio de 2019 a las 00:40 horas aproximadamente, el imputado circulaba al mando de la moto Honda 150cc, negra, por calle Barcala y unos diez metros antes de llegar a calle Rawson de Godoy Cruz, fue detenido por personal policial, quien al realizar la requisita personal halló en el bolsillo derecho de la campera del imputado, un arma de fuego tipo pistola marca FM Browning, calibre 9 mm LUGER (9 por 19 Parabellum) con la inscripción Fábrica Militar de Armas Portátiles de Rosario, Licencia FN Browning, Industria Argentina, sin numeración fabril visible. El arma tenía su cargador colocado con doce proyectiles en su interior y un proyectil en recámara.

Masi no contaba con autorización para la portación del arma, posteriormente secuestrada. Informó Policía Científica, División Balística, que funcionaba para la ejecución de disparos y fue calificada según la ley de armas, como arma de guerra de uso civil condicional.

En relación a la figura atenuada, señaló la sentenciante que en el caso de autos no se probó la intención de usar el arma con fines delictivos. Destaca que la evidencia que requiere el texto del sexto párrafo, inciso 2 del art. 189 bis CP, equivale a certeza, correspondiendo que sea la fiscalía quien pruebe de manera fehaciente e inequívoca, la intención de usar el arma con fines ilícitos, ya que si hay dudas, corresponde aplicar la figura en trato. Advierte que en el caso contrario, se invertiría la carga de la prueba.

2.- Recurso de casación

Se agravia el fiscal porque la a quo ha decidido subsumir el caso en la figura atenuada, en tanto entendió que no hubo certeza respecto de la intención de usar el arma con fines ilícitos.

Alega que su razonamiento es erróneo, porque la portación está acreditada, desde que el delito en su modalidad básica se configura cuando el autor porta un arma con conocimiento del carácter del objeto, la ausencia de autorización y la sola voluntad de tenerla de ese modo.

Señala que la ley no exige que deba comprobarse que el autor llevaba el arma con un fin ilícito, sino que sólo castiga a quien lleva consigo en la vía pública un arma de fuego en condiciones de uso inmediato y sin la autorización, recordando que para la procedencia de la figura atenuada debe existir certeza o duda sobre la falta de intención ilícita de portar el arma de fuego, lo que se deduce de las condiciones personales del autor y las circunstancias del hecho.

Agrega que la a quo dijo que el encartado llevaba el arma para su defensa personal, porque el barrio por donde se desplazaba es conflictivo, lo que fue corroborado por sus amigos, quienes fueron baleados cinco meses antes, extremo del que se queja porque no justifica la atenuación, al tratarse de un delito de peligro abstracto, en el que se castiga la acción de tener un objeto peligroso para la seguridad pública. Pide que se dicte un nuevo pronunciamiento sin necesidad de un nuevo juicio.

3.- Dictamen del señor Procurador

El Procurador General se remite a los argumentos vertidos por el recurrente.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso de casación debe ser acogido.

Ello por cuanto en nuestro ordenamiento procesal la sentencia será nula, si faltare o fuere contradictoria la fundamentación de la mayoría del Tribunal, o no se hubieran observado en ella las reglas de la sana crítica, con respecto a elementos probatorios de valor decisivo (art. 416 inc. 4 CPP).

Esto fue lo que ocurrió en autos, dado que la a quo no tuvo en cuenta las pautas precedentes, arribando a la solución que agravia al fiscal, mediante un razonamiento equivocado.

De tal modo, soslayó que en primer lugar, debía partir de la figura básica **del inc. 2° del art. 189 bis Cód. Penal**, para recién después, en su caso, desestimarla fundadamente, y no mediante una motivación aparente, ceñida a su íntima convicción y en contravención a las reglas de la sana crítica racional.

En efecto, no explicó debidamente en su pronunciamiento, la razón por la que se apartó de dicha figura básica, si el imputado portaba sin autorización, escondida en el bolsillo de su campera, el arma de guerra que le fue encontrada en condiciones de uso inmediato, con doce proyectiles en su cargador y uno en recámara, mientras se trasladaba por la vía pública en su motocicleta.

A esto se suma que valoró defectuosamente pruebas decisivas en orden a establecer las circunstancias del hecho.

Así, le confirió a la testimonial de un amigo del imputado –Flores–, que había sido herido recientemente en un tiroteo, una trascendencia de la que carece, puesto que derivó de la misma, que el acusado no tenía la intención de utilizar el arma con fines ilícitos y sí para defenderse, soslayando el resto de los elementos reunidos.

Además, entendió que Masi podía trasladarse armado en horas de la noche por un barrio conflictivo, en violación al art. 189 inc. 2° CP, porque a ese amigo lo habían baleado con anterioridad. La falacia de este argumento surge con claridad, toda vez que constituye un hecho notorio, que son numerosas las personas que viven en barrios donde se genera situaciones de conflicto y en otros que carecen de esta

característica, que se encuentran en condiciones de alegar –y demostrar– que tienen algún amigo o conocido víctima de lesiones con armas en la vía pública.

Extremo que no los exime del cumplimiento en forma cabal de la ley penal, por lo que no puede utilizarse para justificar la atenuación en trato, en la forma que lo hizo la inferior.

A esto se suma que la conflictividad del poblado, así como la nocturnidad en la que se llevó a cabo la acción, son elementos ambivalentes, que han sido utilizados en reiterados casos, en forma fundada, al revés de lo que ocurre en el sub lite, para agravar la acción y no para disminuir esa gravedad (ver al respecto el precedente “**Quinchaleo Palma**”, entre otros).

En este punto, estimo importante resaltar que de confirmarse el temperamento de la a quo, quedaría fácticamente derogado el delito de portación de armas en situaciones como la descrita, y sólo vigente la figura atenuada, que fue plasmada por el legislador como una excepción, restringida al supuesto que resultare evidente la falta de intención de usar las armas con fines ilícitos, lo que en autos, de acuerdo a lo hasta acá desarrollado y en virtud de una errónea ponderación de pruebas dirimientes, se desconoce si se verificó o no, lo que impone la declaración de nulidad de la sentencia impugnada.

Corresponde agregar que yerra también la juzgadora al evaluar otras pruebas, entre ellas, aquéllas en virtud de las cuales extrae que el encausado se desplazaba cerca de su domicilio, dato en el que también basa la reducción practicada.

Efectivamente, es menester tener en cuenta al respecto que si bien allí fue aprehendido, no hay certeza sobre cuál era su destino final.

Más aún, si se considera en primer lugar, que dijo que iba a la rotisería que se encuentra a la vuelta de su casa: «[...]es doblar la esquina y en la vereda de enfrente, es como caminar media cuadra[...]» según surge del acta de imputación formal (fs. 32), y en segundo término, que la experiencia enseña que no es lo habitual que una persona vaya a comprar a la rotisería que queda a pasos de su casa, en moto y armado.

Resta decir que la afirmación de la a quo en el sentido que la referencia a las condiciones personales de Masi constituye una manifestación de un derecho penal de autor, es incorrecta, dado que en primer lugar menester meritar estas condiciones de manera conjunta, y en función, con las circunstancias del hecho, según determina la ley.

Ley cuyo cumplimiento no es facultativo, sino obligatorio, ya que los jueces deben aplicar la ley, según lo establecen la Constitución Nacional (art. 112) y la Constitución de Mendoza, que especifica que «los Tribunales y jueces deben resolver siempre según la ley» (art. 148) y que «las sentencias que se pronuncien se fundarán en el texto expreso de la ley» (art. 149), según me he expedido con antelación y estimo aplicable al caso.

En segundo lugar, porque las condiciones personales del autor, en función de las circunstancias del hecho, deben ser tenidas en cuenta para atenuar la figura básica y no para agravarla, razón por la que no se advierte perjuicio alguno para los acusados que se ven beneficiados con su aplicación. Por lo tanto, y habiendo mantenido el recurso el señor Procurador General, corresponde anular el debate y la sentencia recurrida. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Disidencia.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN EL DR. OMAR A. PALERMO, EN DISIDENCIA, DIJO:

Analizadas las constancias incorporadas a la presente causa, entiendo que no corresponde hacer lugar al remedio casatorio oportunamente interpuesto y, en consecuencia, debe confirmarse la sentencia recurrida. Paso a explicarlo.

Conforme con los fundamentos ofrecidos por el tribunal de instancia previa, el punto central del objeto procesal no fue si el acusado, Nelson Masi, portaba un arma de fuego de guerra apta para el disparo y en condiciones inmediatas de uso, sin la autorización correspondiente –esta es una plataforma acreditada–, sino, sobre si esta portación había obedecido a fines ilícitos o ilícitos.

En concreto, el a quo indicó que el objeto de contradicción se circunscribió a si, en el presente caso, correspondía aplicar la figura básica de portación ilegítima de un arma de fuego de guerra –prevista en el art. 189 bis, apartado 2, párrafo 4– o si, como lo alegó la defensa, debía aplicarse la figura atenuada prevista en la norma, en tanto que, «por las circunstancias del hecho y las condiciones personales del autor, **resultare evidente la falta de intención de utilizar las armas portadas con fines ilícitos**» –art. 189 bis, apartado 2, párrafo 6–.

En este sentido, el tribunal de la instancia anterior sostuvo que, frente a la corroboración de la portación irregular de un arma en condiciones para ser disparada, la defensa no había invocado ninguna causa que justifique el hecho o exculpe al acusado de la imposición de una sanción, pero que, conforme con lo discutido en la audiencia, correspondía aplicar la figura penal atenuada, pues la acusación no había probado con certeza que la portación obedeció a fines ilícitos (ver soporte audio visual, correspondiente a la audiencia del día 29-11-2019, a partir del minuto 23).

El recurrente, por su lado, indica que el tribunal incurrió en una errónea aplicación del tipo básico de portación ilegítima de un arma de fuego de guerra y de su modalidad atenuada.

En concreto, sostiene que la sentencia se escuda en una posición errónea al afirmar, que la aplicación de la figura básica demanda probar con certeza que dicha portación obedece a fines ilícitos.

No obstante, tras citar consideraciones doctrinarias y jurisprudenciales respecto de la aplicabilidad de la figura básica, el recurrente también postuló que, para aplicar la figura atenuada, «debe existir certeza o duda sobre la falta de intención ilícita de portar el arma de fuego, lo que se deduce de las condicionales personales del autor y de las circunstancias del hecho».

De tal manera, indicó que, según su análisis, las condiciones que rodeaban el hecho concreto no permitían sostener (con certeza o duda) que el encartado portara el arma con fines lícitos (ver recurso, fs. 207 vta. y fs. 209 vta.). Como se observa, en este caso, no existe controversia respecto del baremo probatorio que demanda la aplicabilidad de la figura atenuada de la portación ilegítima de arma de fuego.

Tanto la jueza de sentencia como el representante del Ministerio Público coinciden en que serán las circunstancias del hecho las que determinarán si puede afirmarse con certeza, o no –y en este caso operaría el principio del in dubio pro reo–, que la portación ilegítima no obedece a un fin ilícito y, en consecuencia, que es plausible la aplicación de la figura atenuante.

Acerca del exhorto a las «condiciones personales del autor» como punto de valoración mencionado en la figura penal atenuada, entiendo adecuadas las consideraciones del tribunal de juicio, por cuanto omitió su uso al entenderlo una herramienta criticable que se aleja del derecho penal de acto y acerca a un derecho penal de autor (ver la audiencia del día 29-11-2019, a partir del minuto 17). El recurso presentado, en este sentido, no refuta tal posición, razón por la puede afirmarse que el órgano acusador también considera que son las «circunstancias del hecho» el punto de referencia para valorar la figura atenuada.

Con lo dicho hasta aquí, puede sostenerse que el caso traído a estudio no implica una disputa sobre el alcance del aspecto subjetivo de la figura básica de la portación ilegítima de arma de guerra sino, sobre la capacidad que tiene la prueba rendida en el debate para apoyar el grado de convencimiento que exige la figura atenuada –certeza o duda–. Tales niveles de convicción, como he detallado, no han sido controvertidos por el recurrente.

Definido así el conflictivo, la compulsión de las actuaciones me convence de que la crítica casatoria no plantea razones suficientes para controvertir la valoración que el tribunal ha hecho de la prueba rendida en el debate (ver soporte audio visual, correspondiente a la audiencia del día 29-11- 2019, a partir del minuto 18:00).

En efecto, el tribunal entendió que la hipótesis presentada por la defensa merecía mayor poder convictivo, al menos con la capacidad de cimentar un grado de duda plausible, en tanto que la versión una portación con fines defensivos, se apoyaba sobre la declaración de Nelson Masi, las declaraciones de los mismos funcionarios policiales que lo aprehendieron y los dichos de los testigos Flores y Barroso, elementos de los que surgía que el procedimiento que dio inicio a la investigación se produjo en el seno de un barrio conflictivo. En este sentido, el tribunal puso especial atención al testimonio de Renzo Flores, amigo del acusado, cuya credibilidad no fue controvertida por el órgano acusador en la audiencia de debate.

Al respecto, la jueza a quo destacó que Flores explicó que fue víctima de lesiones a raíz de un «tiroteo» y que esto ocurrió tiempo antes de la aprehensión del acusado. Sostuvo en este aspecto que el informe acompañado por la defensa, proveniente del servicio de traumatología del Hospital Central (ver fs. 119 de autos), corroboraba la versión del testigo.

Además, la jueza a quo no soslayó que el inicio de las actuaciones obedeció a una llamada al CEO, que anunciaba que una persona con las características del acusado había efectuado disparos a una vivienda.

Sobre este aspecto, la jueza indicó que tal situación había sido disipada toda vez que, en el marco de la investigación por el delito de abuso de armas, el acusado había sido sobreseído.

Así, tras aclarar que el hecho de vivir en un barrio conflictivo no justifica la portación de un arma sin la debida autorización, el tribunal entendió que la atenuante invocada por la defensa se encontraría justificada, en tanto que, en este caso particular, la detención de Masi sucedió cercana en el tiempo a las lesiones sufridas por un amigo, de noche y en las cercanías de su domicilio, que se ubica en un barrio de constatada conflictividad (ver soporte audio visual, correspondiente a la audiencia del día 29-11-2019, a partir del minuto 22).

Contra este conjunto de consideraciones valorativas, según advierto, el recurrente no ha articulado objeciones capaces de demostrar que se trata de una interpretación arbitraria de los elementos probatorios, o que existe una hipótesis alternativa con la entidad suficiente como para controvertir y desgranar la estrategia defensiva.

Efectivamente, al respecto de las circunstancias concomitantes al hecho, el representante del Ministerio Público Fiscal tan sólo se limitó a controvertir parte de las declaraciones de los testigos Flores y Barroso, referentes a una agresión en la que ellos y el acusado habrían resultado víctimas mucho tiempo atrás de la aprehensión de Masi. Sin embargo, no refutó las demás atenciones del tribunal de juicio (ver recurso, fs. 208).

En definitiva, el recurrente consensuó la línea interpretativa referida por el tribunal de juicio e invocada por la defensa en el debate, en torno a la aplicabilidad de la figura atenuada de la portación ilegal de arma de guerra (189 bis, apartado 2, párrafo sexto del CP), tanto cuando exista certeza, como cuando haya duda, sobre de la falta de intención de la utilización del arma portada con fines ilícitos (ver recurso, fs. 209 vta.).

No obstante, luego, el recurrente no ha ofrecido hipótesis alguna que, apoyada en los elementos de prueba controvertidos, controvierta el grado convictivo alcanzado por la jueza a quo.

Por ello, considero que la primera cuestión debe contestarse negativamente y no debe acogerse el recurso presentado por el representante del Ministerio Público Fiscal. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere. Ampliatorio.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN EL DR. MARIO D. ADARO, EN VOTO AMPLIATORIO, DIJO: Puesto a resolver el recurso de casación formulado por el representante del Ministerio Público Fiscal debo señalar que coincido con la solución a la que llega mi colega preopinante en el sentido que corresponde hacer lugar a la impugnación y, en consecuencia, anularse la resolución cuestionada.

Más allá de los argumentos que se expusieran el voto precedente, entiendo oportuno señalar que en casos como el presente es necesario destacar la importancia que tienen los esfuerzos por parte de los Estados en el desarme de la población civil.

En este sentido la Agencia Nacional de Materiales Controlados tiene a su carga la ejecución del Programa Nacional de Entrega Voluntaria de Armas de Fuego –creado por ley 26.216, prorrogado por decreto 560/2008 y por las leyes 26.520, 26.644, 26.792, 26.919, 27.286, 27.415 y 27.529– con el propósito de **reducir el circulante de armas** en la sociedad civil y prevenir los efectos de la violencia armada.

Este plan se encuadra en la política de desarme que el aquel organismo implementa a nivel nacional, conforme al **Plan de Restricción de Armas de Fuego del gobierno nacional**. Este tipo de programas representan una apertura a la participación ciudadana para la disminución del uso de armas en el país. Ello, a mi modo de ver, contribuye a mejorar el desarrollo de nuestra sociedad.

La violencia armada, en cualquiera de sus expresiones, genera graves consecuencias para los ciudadanos: aumenta la violencia de género y en muchas ocasiones obliga a mujeres a huir de sus hogares; incrementa la violencia en los ámbitos escolares; aniquila infraestructuras y servicios sociales y sanitarios; fomenta el crimen organizado.

La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible de la ONU considera que sólo es posible impulsar el desarrollo en un entorno seguro y que, para ello, son necesarias sociedades pacíficas, justas e inclusivas, en las que las personas no tengan temor a ninguna forma de violencia y se sientan seguras a lo largo de su vida, independientemente de su origen étnico, religión u orientación sexual.

La consecución de tal objetivo requiere que los Estados partes garanticen la eficacia de sus instituciones públicas y que, en tal sentido, éstas establezcan y desarrollen políticas acordes al fin propuesto. En ese marco, la meta 16.4 de esa Agenda propone explícitamente reducir las corrientes de armas ilícitas, lo que redundaría en la consecución de otras metas: igualdad de género; seguridad en las ciudades; crecimiento económico; reducción de la pobreza.

Ante ello, resulta claro que los órganos judiciales de los Estados partes no pueden permanecer ajenos al logro de los objetivos propuestos como meta y, siendo así, considero que la resolución de la jueza a quo que estima procedente la atenuante prevista por el art. 189 bis, 2, apartado 6 del CP, resulta arbitraria en su valoración de los diversos elementos de prueba obrantes en la causa y contraria a los fines aludidos.

Por los motivos expuestos entiendo que corresponde contestar de manera afirmativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento a lo resuelto en la cuestión anterior, corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el Fiscal a fs. 202/214 y, en consecuencia, anular el debate, la sentencia N° 4594 y sus fundamentos, debiéndose remitir los obrados al Tribunal Penal Colegiado correspondiente, a fin de que la OGAP determine el juez que deberá continuar entendiendo en la causa y emitir un nuevo pronunciamiento conforme a derecho. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

1.- Hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 199/211 por el Fiscal titular de la Fiscalía de Instrucción N° 30, de la Unidad Fiscal de Delitos No Especializados.

2.- Anular el debate, la sentencia N° 4594 y sus fundamentos, debiéndose remitir los obrados al Tribunal Penal Colegiado correspondiente, a fin de que la OGAP determine el juez que deberá continuar entendiendo en la causa y emitir un nuevo pronunciamiento conforme a derecho.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

9- LOPEZ PROS. 28-12-20.

| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
|----|----|----|------|--------|---------|---------|----------|---------|---------|---------|---------|-------------|---|------------|
| - | - | - | - | - | - | - | A | - | - | - | - | - | - | 474 |

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201228_FcLopez.pdf

Lex: Art. 205 del CP. Art. 359 del CPP.

Vox: Violación de medidas sanitarias. JAI cuestionado. Delito de peligro.

Summa:

El **JPC** condenó al nombrado a la pena de **nueve meses de prisión** por considerarlo autor penalmente responsable del delito violación de medidas sanitarias .

La **defensa** interpone recurso de casación. Señala que la defensa oficial que intervino en representación del acusado no fue eficaz, pues no le explicó que tenía otra posibilidad distinta de consensuar un juicio abreviado.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** resolvió hacer lugar al recurso de casación presentado por la defensa y, en consecuencia, anular la sentencia y la audiencia de acusación celebrada en virtud de lo previsto en el art. 417 quinquies y concordantes del CPP, remitiendo las presentes actuaciones al JPC correspondiente, a fin de que la OGAP determine el juez que deberá continuar entendiendo en la causa.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 896, pronunciada por el JPC N° 1- 4° CJ.

Precedentes relacionados:

JAI cuestionados

- Olguín Herrera. 25-03-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=767>
- Montero Arancibia. 27-07-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=874>
- Giovarrusci. 12-08-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=887>
- Lobato y ot.. 19-08-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=869>
- Maldonado. 19-08-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=885>
- Parraguez. 29-11-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=969>
- Chiaffitelli. 21-12-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=964> .

SCJM. Dres.: **Palermo.** Adaro. Valerio.

Fallo:

CUIJ: 13-05396220-8/1((048501-1292)) FC/ LOPEZ PROS SERGIO P/ VIOLACION DE MEDIDAS SANITARIAS (1292) (26682) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105570883*

En Mendoza, a los veintiocho días del mes de diciembre del año veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05396220-8/1 “F. C/LÓPEZ PROS P/VIOLACIÓN DE MEDIDAS SANITARIAS P/REC. EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, el DR. OMAR A. PALERMO; segundo, el DR. MARIO D. ADARO y tercero, el DR. JOSÉ V. VALERIO.

La defensa particular de Sergio Emanuel López Pros interpone recurso de casación contra la sentencia N° 846 del Juzgado Penal Colegiado de la Cuarta Circunscripción Judicial y sus fundamentos (obrantes en soporte digital). Ello, en tanto que por su intermedio se condenó al nombrado a la pena de 9 meses de prisión por considerarlo autor penalmente responsable del delito violación de medidas sanitarias que se le atribuye en la causa n° P-26.286/20.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO:

I.- La resolución recurrida

De acuerdo con los hechos atribuidos al acusado, «el día 28 de Marzo del año 2020, a la hora 2:45 aproximadamente, los oficiales de Policía de Mendoza a bordo del móvil N° 3259 se encontraban en patrullaje, controlando el cumplimiento poblacional de las medidas antipandémicas y se procedió a la aprehensión de [Sergio Emanuel López Pros y otros cinco ciudadanos], quienes se encontraban en calle Guisasola N° 638, del departamento de Tunuyán, Provincia de Mendoza, en el interior de un vehículo marca Fiat 128, color blanco, dominio VGG-072, violando injustificadamente el aislamiento social, preventivo y obligatorio dispuesto por el artículo 4 del Decreto Presidencial de Necesidad y Urgencia N° 279/2020 a fin de evitar la circulación y el contagio del virus COVID-19, declarado como Pandemia por la Organización Mundial de la Salud el día 11 de marzo de 2020, encuadrando el mismo en el delito de VIOLACIÓN DE MEDIDAS SANITARIAS (previsto y penado por el art. 205 del Cód. Penal en función del DNU N° 279/2020 Art. 4) [...]». Al respecto, el tribunal a quo homologó el acuerdo de Juicio abreviado Inicial propuesto por las partes en el marco de la Audiencia de Acusación celebrada en la causa (arts. 417, 419/420 y concordantes del CPP).

Así, tras estipular que el acusado consintió la aplicación del procedimiento, la existencia de los hechos y la responsabilidad por los mismos, así como la calificación jurídica y la sanción pactada, el tribunal de instancia previa consideró justa y equitativa la propuesta del Ministerio Público Fiscal y validó la pena de nueve meses de prisión de ejecución efectiva. Con ello, en tanto que el acusado gozaba del beneficio de la libertad condicional en el marco de ejecución una pena impuesta por la comisión de un delito anterior, el tribunal a quo unificó ambas sanciones e impuso la pena única de un año y once meses de prisión de ejecución efectiva (ver sentencia en soporte digital).

II.- El recurso de casación de la defensa

La defensa de Sergio López Pros interpone su pretensión recursiva en virtud de lo dispuesto en el art. 474 incs. 1 y 2 del CPP.

En un primer orden de ideas, indica que se han vulnerado diversas garantías constitucionales. Señala que la defensa oficial que intervino en representación del acusado no fue eficaz, pues no le explicó que tenía otra posibilidad distinta de consensuar un juicio abreviado.

En este sentido, denuncia que la letrada representante del acusado ya tenía convenido un acuerdo con el representante del Ministerio Público Oficial, que se comunicó con el acusado a escasos minutos de celebrarse la audiencia de acusación y le comunicó que la única opción posible era consentir una condena. Advierte que la defensora no explicó al acusado que podía ofrecer prueba, controvertir la prueba de la acusación y alegar en un debate.

Por ello, afirma que el consentimiento para celebrar un juicio abreviado estuvo viciado. Asimismo, considera que se ha vulnerado el derecho del acusado a contar con un defensor de su elección. Sobre ello, indica que la defensa oficial dijo al acusado que no podía elegir otro abogado, puesto que la audiencia de acusación ya había sido fijada lo que, según entiende el recurrente, resulta incorrecto.

En otro orden de consideraciones, afirma que se han violado las reglas que rigen el juicio abreviado inicial. Sostiene que el acusado no participó de la negociación con el representante del Ministerio Público Fiscal y que aquel no manifestó su consentimiento para tal procedimiento. Indica que el acusado participó de la audiencia de acusación rodeado de personal del servicio penitenciario, sin contar con la presencia física de su defensa, en un clima de vulnerabilidad que vició su voluntad.

Señala que, si bien el juez que presidió la audiencia preguntó al acusado si estaba de acuerdo con la celebración de un juicio abreviado inicial, nunca se le explicaron los alcances y consecuencias de este procedimiento, ni cuáles eran sus derechos, ni que tenía la posibilidad de no consentir.

Finalmente, realiza consideraciones críticas respecto de la figura penal aplicada.

Entiende que el tipo delictivo previsto en el art. 205 del CP es un delito de **peligro concreto**, y no abstracto, y que en este caso de ninguna manera se afectó el bien jurídico tutelado, razón por la que el comportamiento enjuiciado es atípico.

Afirma que la violación de la norma debe traer consigo un riesgo concreto de propagación o introducción de la epidemia en cuyo contexto fueron dictadas las normas de control sanitarias.

Considera que tampoco ha habido dolo típico, razón por la que, aun en el caso de estar ante una figura de peligro abstracto, el comportamiento ha sido atípico. Indica que el decreto presidencial 297/20, que dispuso las medidas de aislamiento social preventivo y obligatorio, exceptuó desplazamientos mínimos para aprovisionarse y que, en el caso, López Pros se dirigía a cobrar un trabajo para la subsistencia de su familia.

Entiende que el tipo penal vulnera las libertades individuales y que el caso ha implicado una respuesta desproporcionada del Estado, pues ni siquiera hubo una recomendación o escolta al domicilio por parte del personal policial. Advierte que el acusado estaba a una cuadra de su hogar.

Finalmente, explica que López Pros se encontraba gozando de los beneficios de la libertad condicional en el marco de un proceso progresivo de ejecución de una condena anterior, y señala que una condena como la impuesta elimina toda proyección de resocialización. Por lo expuesto, solicita la nulidad o casación de la sentencia condenatoria.

III.- El dictamen del señor Procurador General

Tras exponer los agravios de la defensa, en el marco del recurso formulado contra la sentencia condenatoria de Ramiro Martínez, el Procurador General sostiene que no corresponde hacer lugar al recurso de casación formulado y que debe confirmarse la condena recurrida. Indica al respecto que se ha cumplido con el procedimiento previsto en el CPP para el juicio abreviado, toda vez que los registros demuestran que el acusado manifestó su voluntad en la aplicación del instituto en cuestión, admitió los hechos que le fueron descriptos y aceptó la pena pactada.

Considera que en el caso puede afirmarse que el procedimiento abreviado fue elegido por el acusado, puesto que se cumplieron las formas que garantizan un conocimiento amplio y una voluntad libre.

Entiende así que no se vislumbran indicios de una defensa ineficaz y que las críticas al respecto son inoportunas y que no es demostrable que un eventual desarrollo del proceso hubiese sido más favorable.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

Por diversas razones considero que corresponde hacer lugar al recurso de casación deducido por la defensa del acusado y, en consecuencia, corresponde anular la sentencia recurrida y la audiencia de acusación en cuyo marco fue dictada.

En concreto, y de acuerdo con los argumentos que siguen, estimo que le asiste razón al recurrente al señalar que se han vulnerado las reglas que rigen el juicio abreviado inicial. Veamos.

Según se desprende de la compulsión de las actuaciones, luego de la lectura de la pieza de acusación, el representante del Ministerio Público Fiscal indicó que había acordado, junto con la defensa y el acusado, tramitar el proceso conforme con las previsiones del juicio abreviado inicial (art. 359 CPP) y fijar la sanción aplicable en una pena de nueve meses de prisión en efectivo.

Asimismo, el órgano acusador indicó que, atento a que el acusado tenía una condena anterior y le restaba un año y cuatro meses por cumplir, acordaron una unificación compositiva de la pena por un año y once meses más la declaración de reincidencia.

La defensa oficial a cargo de la representación del acusado ratificó lo expuesto y, luego, el juez de la instancia anterior preguntó aquél si estaba de acuerdo con el procedimiento abreviado, si aceptaba que los hechos ocurrieron tal como los describió el órgano acusador y si aceptaba la pena en efectivo de nueve meses de prisión (ver audiencia de acusación acompañada en soporte digital).

Al respecto, se advierte que el juez a cargo de controlar la oferta pactada por las partes no hizo conocer al acusado cuáles eran sus derechos y los alcances del acuerdo logrado (art. 359, 4to párrafo, del CPP).

Este imperativo, según estimo, no es una mera formalidad, toda vez que la aceptación de responsabilidad por un hecho con sentido jurídico penal y de una sanción en consecuencia, puede traer consecuencias determinadas por la situación procesal de la persona acusada que deben ser conocidas antes de tomar una decisión.

En este caso, se advierte que el procedimiento abreviado trajo consecuencias de las que López Pros no fue informado.

En efecto, el tribunal de instancia anterior no explicó al acusado que, en virtud del consentimiento prestado, quedaría inmerso en la causal de revocamiento de la libertad condicional, beneficio del que gozaba en el marco de los autos 32418/E del Segundo Juzgado de Ejecución (arts. 13 y 15 del CP).

Asimismo, tampoco se explicó a López Pros que, al pactar una declaración de reincidencia, por ejemplo, tampoco podría acceder nuevamente al beneficio de la libertad condicional (art. 14 del CP).

En suma, en la medida en que el tribunal ha obviado explicar al acusado cuáles eran sus derechos, así como el alcance y las consecuencias que el juicio abreviado inicial trae aparejado, ha provocado una inadecuada intervención, asistencia y representación del imputado en el proceso, razón que determina la nulidad del acto (art. 198, inc. 3 del CPP).

Por esta razón, la primera cuestión planteada debe responderse afirmativamente. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro y Dr. Valerio. Adhieren.

Sobre la misma cuestión los DRES. MARIO D. ADARO y JOSÉ V. VALERIO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de la cuestión anterior, corresponde anular la sentencia N° 896, originaria del Juzgado Penal Colegiado de la Cuarta Circunscripción Judicial, y anular la audiencia de acusación celebrada en virtud de lo previsto en el art. 417 quinquies y concordantes del CPP. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. MARIO D. ADARO y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO: Imponer las costas por su orden y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. MARIO D. ADARO y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Atento al mérito que resulta del acuerdo precedente esta Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia, fallando en definitiva, RESUELVE:

- 1.- Hacer lugar al recurso de casación presentado por la defensa de Sebastián López Pros y, en consecuencia, anular la sentencia N° 896, originaria del Juzgado Penal Colegiado de la Cuarta Circunscripción Judicial, y, asimismo, anular la audiencia de acusación celebrada en virtud de lo previsto en el art. 417 quinquies y concordantes del CPP.
- 2.- Remitir las presentes actuaciones al Juzgado Penal correspondiente, a fin de que la OGAP determine el juez que deberá continuar entendiendo en la causa.
- 3.- Imponer las costas por su orden y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro

Capítulo IX.

Incumplimiento de deberes de asistencia familiar.

CAPÍTULO IX. INCUMPLIMIENTO DE DEBERES DE ASISTENCIA FAMILIAR.

1- DOMINGUEZ. 02-10-20.

| | | | | | | | | | | | | | | |
|-----------|----|----|------|------------|---------|---------|----------|---------|---------|---------|---------|-------------|---|------------|
| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
| VG | - | - | | PCC | - | - | A | - | - | - | - | - | - | 474 |

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201002_FcDDF.pdf

Lex: Art. 1 y 2 de la Ley 13944. Ley 27372. Art. 3 de la ley 26061. CDN. - Convención Internacional de los Derechos del Niño- y CCCN - Código Civil y Comercial de la Nación

Vox: VG. VE. NNA. Incumplimiento de los deberes de asistencia familiar. Delito de omisión.

Summa:

El JPC condenó al señalado a la pena de **seis meses de prisión de ejecución condicional** como autor penalmente responsable del delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar (arts. 1 y 2 de la Ley 13944)

La **defensa** interpone recurso de casación.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 55, pronunciada por el JPC N° 2- 2° CJ.

Precedentes relacionados

a-SCJM

- Rodríguez Ginestra. 08-07-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=642>

b-SCJ Salta

Expte. N° CSJ 34.869/11, caratulados "C/C. B., A. M.-Recurso de Casación",12/03/2014, Tomo 186: 247/270

Doctrina citada.

MEDINA, G. (2013). Violencia de género y doméstica: Responsabilidad por daños. p. 170.

KEMELMAJER de Carlucci, A., Herrera, M. y Lloveras, N. (2014). Tratado de Derecho de Familia, Tomo IV, pp. 522 y 523.

Parágrafos destacados.

Al respecto el artículo 4 inciso c) del Dec. Regl. N° 1011/2010 dispone que «en los casos en que las mujeres víctimas de violencia tengan hijos/as y éstos/as vivan con ellas, las necesidades de los/as menores de edad se considerarán comprendidas dentro de los medios indispensables para que las mujeres tengan una vida digna». Las manifestaciones de violencias económicas contra las mujeres no son fáciles de detectar en culturas patriarcales y, «es una de las formas más tremendas de violencia, que muestra las relaciones de poder que se establecen entre mujeres y hombres, quedando en manos de estos últimos una autoridad y un poder acompañado de la sumisión y/o subordinación de las mujeres»

Asimismo, no exime de cumplimiento la obligación prevista en la norma en estudio la circunstancia que D. durante un lapso de tiempo haya trabajado sin estar registrado, porque no padece indigencia y, en razón que los tratados internacionales de derechos humanos, en particular la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención sobre los Derechos del Niño «reconocen entidad universal a la obligación alimentaria y su carácter de

derecho humano autónomo» y, en la protección alimentaria de menores, «la satisfacción del interés superior del niño debe prevalecer frente a cualquier otro interés o derecho»

SCJM. Dres.: **Valerio**. Palermo. Adaro.

Fallo:

CUIJ: 13-04573429-8/1((028502-500452)) FC/ D. D. F. P/ INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DE ASISTENCIA DE FAMILIA (500452) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104656077*

En Mendoza, a los dos días del mes de octubre del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04573429-8/1 caratulada “FC/ D., D. F. P/ INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DE ASISTENCIA FAMILIAR S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO; segundo, DR. OMAR A. PALERMO y tercero, DR. MARIO D. ADARO.

La defensa técnica de D. F. D. interpone recurso de casación contra la sentencia N° 55, mediante la que se condenó al nombrado a la pena de seis meses de prisión con los beneficios de la ejecución condicional como autor penalmente responsable del delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar (arts. 1º y 2º de la Ley 13.944); pronunciamiento dictado por el Juzgado Penal Colegiado N° 2 de la Segunda Circunscripción Judicial en estos autos N° P-500.452/17.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- La sentencia recurrida

El tribunal impugnado resolvió del modo precedentemente señalado, por entender acreditado que «[...] durante el periodo comprendido entre mayo de 2015 y marzo de 2018, el señor D. F. D. se sustrajo de prestar lo indispensable para la subsistencia de su hijo R. D. [...]» (resolución impugnada, desde minuto 14:28).

2.- El recurso de casación de la defensa del imputado

El recurrente promueve su impugnación por considerar que en la sentencia impugnada se han aplicado erróneamente las disposiciones contenidas en el art. 1 de la ley 13.944 y se ha omitido valorar prueba dirimente.

Así, entiende que el sentenciante ha considerado acreditado que el imputado, **de manera dolosa, no prestó los medios indispensables para la subsistencia de su hijo R., lo que no encuentra respaldo probatorio** en la audiencia oral llevada a cabo. En ese orden, expresa que el a quo no ha tenido en cuenta lo declarado por L. D., hermano de R. D. y también hijo del imputado, quien –a su criterio– sería el testigo más objetivo. Sostiene que, de acuerdo a su declaración, está claro que el imputado no efectuó depósitos judiciales en la cuenta habilitada al efecto por el Juzgado de Familia porque los aportes los hacía directamente al menor, tanto en dinero como en otro tipo de bienes, como el pago de impuestos de la casa donde R. vive con su madre.

Señala que el menor era asiduo concurrente al hogar de su progenitor para cenar o para solicitar dinero para solventar sus necesidades de adolescente y que el imputado le proporcionaba habitación, habida cuenta que es el propietario donde reside su ex mujer con su hijo R. D.

Por otro lado, considera que el bien jurídico tutelado por la norma endilgada es la familia y, en el caso concreto, la relación paterno-filial, cuya vulneración no se ha acreditado en autos.

Finalmente, cuestiona la determinación de la pena impuesta, en tanto el sentenciante no explicó por qué motivo no impuso la pena de multa o, en su caso el mínimo de un mes de prisión, teniendo en cuenta las previsiones del art. 5 del CP que dispone que la pena mínima es la establecida para la pena de multa.

En función de ello, solicita que se haga lugar al recurso interpuesto y se absuelva al imputado del delito que se le atribuye. Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del Procurador General

En oportunidad de emitir su dictamen, el Procurador General sostuvo que corresponde confirmar la sentencia impugnada en tanto de ninguna manera puede sostenerse que esté contradictoriamente motivada o que sus fundamentos sean ilógicos, falsos o arbitrarios. Asimismo, en relación a la pena impuesta, entiende que se encuentra debidamente fundada, siendo además muy cercana al mínimo previsto para el delito cometido.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Analizadas las constancias incorporadas a la presente causa, entiendo que corresponde rechazar el remedio casatorio oportunamente interpuesto y, en consecuencia, confirmar la sentencia impugnada. Ello, en tanto la lectura y reflexión de la cuestión sometida a decisión de este Tribunal, me lleva al entendimiento que el delito por el que ha sido condenado D. D., previsto en el artículo 1º de la Ley Nº 14.399 se ha acreditado en el caso en estudio. Veamos.

Lo afirmado en el párrafo precedente resulta de observar que, cuando se trata de comportamientos delictivos como los aquí investigados, resulta fundamental poner el acento en dos cuestiones que resultan esenciales: la primera, está relacionada con el contexto en que se producen estos hechos de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar. La segunda, con la circunstancia de tiempo del hecho por el que se condena, entre mayo de 2015 y marzo de 2018 y su contexto de incumplimiento.

Ambas cuestiones determinan qué elementos probatorios resultan imprescindibles tener en cuenta, como, asimismo qué información obtenida de las evidencias es pertinentes y suficientes a los fines del contexto y/o de la circunstancia de tiempo y fundamentalmente debemos tener por imprescindible al momento de ser valoradas y cómo debe ser ella.

En la directriz señalada y como en toda causa penal, en el sub lite tanto su investigación como el juzgamiento deben estar situados en el contexto en que han ocurrido los hechos, y resulta evidente de la prueba producida, que sin lugar a dudas nos encontramos ante un contexto de violencia de género, que impone el deber jurídico de apreciar y ponderar el material probatorio bajo los lineamientos contenidos en la legislación nacional e internacional a la que ha adherido nuestro país, enfocando la mirada en atención a la víctima (ley n° 27.372). Pero, además, ese mismo contexto fáctico también requiere atender al interés superior del Niño, Niña y Adolescente (art. 3 de la ley n° 26.061).

Así tenemos que, con la declaración de la denunciante A. F. M. B. en la audiencia de debate (registro de audio de fecha 18/09/2018, a partir minuto 09:06) se acreditó que la separación con el acusado D. F. D. obedeció a violencia de género, que hubo dos causas por esta situación de violencia, dijo: «yo lo saqué de mi casa porque me pegaba, fue una gran decisión y fea a su vez» (registro de audio de fecha 18/09/2018, a partir minuto 09:50), lo que resulta conteste con los antecedentes del RNR (fs. 74/77) y antecedentes judiciales (fs. 94/97) que dan cuenta de la causa 3309/15.917, fecha 19/03/2006 por lesiones y la causa 3310/16.038, fecha 12/06/2006 por lesiones y amenazas, por las cuales se le otorgó a D. el beneficio de la Suspensión del Juicio a Prueba el 28/04/2007, por el término de dos años y se dispuso el sobreseimiento

el 10/08/2011. En fecha 18 de setiembre de 2.008, en audiencia de conciliación celebrada en Autos N° 17.112/08, caratulados: «M. A. F. c/ D. F. D. p/TENENCIA. ALIMENTOS. RÉGIMEN DE VISITAS», ante la jueza de familia, con la presencia de la Asesora de Menores, A. M. B. y D. F. D., este patrocinado por la codefensora de familia acuerdan la tenencia de los hijos menores de edad F. M. D., L. D. y R. D. a A. M. B.. Se estableció un régimen de visitas amplio y fijó una cuota alimentaria en un porcentaje del 25 % de los ingresos, más salario familiar y ayuda escolar que perciba D. D. como empleado de... bajo la modalidad de retención directa, para lo que las partes solicitaron la apertura de una caja de ahorro especial y gratuita en el Banco... a nombre de A. M. B.

Asimismo, D. debía abonar los impuestos y servicios de la vivienda familiar (fs. 9). D. D. al declarar reconoció el acuerdo celebrado con A. M. B., en el que se comprometía a abonar una cuota alimentaria en un porcentaje del 25 % de los ingresos y los impuestos de la vivienda (registro de audio, audiencia de fecha 18/09/2018, a partir hora 04:35 minutos).

Con relación a este último punto, está acreditado con las declaraciones debidamente cotejadas que la propiedad donde se encuentra la vivienda familiar y la colindante que habita D. de propiedad de su madre, están en un terreno a nombre de la madre del acusado, y que los medidores de los servicios no están divididos, razón por la cual siempre se ha hecho cargo del 50 % del valor del consumo D. D. hasta la fecha. A. M. B., manifestó los inconvenientes, condicionamientos y limitaciones que significa el no tener medidor propio sobre dichos servicios.

Entonces, según el acuerdo celebrado y reconocido por D. D., se obligó a depositar el 25 % de sus ingresos en una cuenta bancaria del Banco..., por lo que estamos ante una obligación de dar, «cuya prestación es traducible en dinero» y no ante una prestación en especie porque, reitero, se acordó en dinero, no en especie (**Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M. y Lloveras, N. (2014). Tratado de Derecho de Familia. T.II. p.270**).

El incumplimiento acreditado por falta de depósito de la cuota alimentaria pactada llevó a denunciar la situación y la formación de la causa N° 23.447, que concluyó en un acuerdo que fue tomado como solución del conflicto y el auto de suspensión del ejercicio de la acción penal el 30 de marzo de 2.015.

Efectivamente, se acredita con los extractos del Banco (ver fs. 15/56) que el último depósito efectuado fue el 12/03/2013, por ello llegaron a un acuerdo determinando la deuda y su pago en 10 cuotas y la Agente Fiscal solicita se aplique el criterio de oportunidad, que el juez de instrucción dispuso en el sentido petitionado resolviendo suspender el ejercicio de la acción penal.

Es evidente para el observador que conoce la dinámica del sistema judicial, que no siendo posible una nueva suspensión del juicio a prueba, porque no había transcurrido el tiempo para poder gozar del beneficio nuevamente, por lo que se buscó e implementó por los operadores judiciales, razonablemente, una **solución alternativa no punitivista** siguiendo la pauta del art. 5 del PPP.

Pero, también es válido aclarar que, en realidad no se había solucionado el conflicto por el incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, sino que se acordó cómo se iba a solucionar, determinando la deuda y su forma de pago, recién cumplido con todas las cuotas se puede afirmar que se soluciona el conflicto. No podemos extrapolar conceptos civiles de tipo patrimonial –como la novación de deuda– a este tipo de situaciones parentales.

Según la resolución judicial agregada a fs. 10 en el Considerando I.- daba cuenta «[q]ue a fs. 189 de autos, comparecen en sede judicial A. F. M. B. y D. F. D. R., denunciante e imputado de autos, respectivamente, quienes acordaron en concepto de deuda alimentaria, que D. D. abonará diez cuotas mensuales, iguales y consecutivas de pesos tres mil quinientos (\$ 3.500,00) del uno al diez de cada mes, comenzando la cuota

número uno en el mes de Abril del corriente año; y que le monto deberá ser depositado en la cuenta del Banco de la Nación Argentina abierta oportunamente por las partes a los fines que fueran depositados los alimentos», lo que valorado en forma contextualizada nos permite tener por acreditado con la declaración de A. M. B., los extractos del Banco y la resolución de suspensión del ejercicio de la acción penal que la deuda determinada era a partir del último depósito (12/03/2013) y la firma del acuerdo.

Como también que esa deuda era por el incumplimiento de los deberes de asistencia familiar por parte de D. D. con relación a los hijos menores de 18 años L. D. y R. D., que vivían con la madre, circunstancia que es conteste con la declaración del menor L. D. del 2 de octubre de 2.018 (fs. 113) donde asegura que «vive con su papá hace cuatro o tres años».

Además, con la constancia del depósito bancario efectuado en la cuenta con fines alimentarios el 16/04/2015 que corresponde al monto de la primera cuota de \$3.500 y otro el 18/05/2015 por \$3.000 (conf. fs. 46), aunque posteriormente no realizó ningún otro.

Por otra parte, del cotejo de estos elementos probatorios detallados y su valoración contextualizada nos permiten asegurar fuera de toda duda razonable que D. D. tenía pleno conocimiento no sólo del acuerdo sino de su obligación alimentaria, como de la deuda alimentaria producto del incumplimiento que motivó el acuerdo en el año 2.015, acuerdo del que participó y del cual derivó el beneficio del criterio de oportunidad otorgado por el Juez de suspender el ejercicio de la acción penal y que en cumplimiento de ese acuerdo efectuó el depósito completo al mes siguiente como se había obligado en el mismo.

En consecuencia, no sólo tenía pleno conocimiento del incumplimiento, el acuerdo arribado y la obligación, sino que con posterioridad y voluntariamente dejó de abonar e incumplió con esa obligación. Finalmente, de este nuevo incumplimiento da cuenta el 13 de octubre de 2.017 A. M. B. al realizar la denuncia agregada a fs. 1 que motiva esta causa. Lo descripto, explica los dichos, así como el sentimiento de hartazgo contenido en ello, cuando A. M. B. en el debate aseguró «me cansé de ir al banco». Además, que «la única manera que pude sacarle algo para mis hijos» ha sido mediante embargos, y que se dispuso una cuenta bancaria para que efectuaran los depósitos. Incluso expresó que «llegábamos a un acuerdo y lo incumplía».

Detalló sobre el acuerdo de solución del conflicto en marzo de 2015 y dijo «no pagó» y se refirió reiterativamente a que siempre llegaban a un acuerdo y como no pagaba, tenía que «hacer todo nuevamente el camino para llegar a esto, es una burla hacia los señores fiscales, los jueces, es una burla, y hacia mis hijos más».

Esta situación de cansancio de A. M. B. es el fruto de la combinación de una Administración de Justicia propia del modelo inquisitivo atenuado (o mixto), escrita, burocrática, formalista, fragmentaria al momento de analizar, valorar y resolver, que por sus resultados es ineficiente e ineficaz.

Recordemos que hasta el año 2.017 en la Segunda Circunscripción Judicial, donde se encuentra General Alvear, regía el viejo código procesal penal de la ley 1.908, mientras que en la Primera y Tercera Circunscripción Judicial regía desde 1.999 el nuevo código establecido por la ley 6.730 del modelo acusatorio atenuado.

Mientras que al momento de hacerse el de realizarse el debate regía la ley 9.040 de tipo acusatorio adversarial. La administración de justicia más propia de una idea paternalista del Estado, como omnipresente y omnipotente, pero que la realidad de los hechos acredita que es una burocracia ineficiente e ineficaz, se combina con la actitud machista de D. D., quien se aprovecha de la situación de preeminencia o supremacía de poder que le otorga en los hechos la circunstancia de quien tiene en su posesión el dinero que debe depositar o entregar, pero al omitirlo genera la permanente obligación de

actuar para reclamar a la denunciante, a peregrinar por los tribunales para solicitar, o debiendo concurrir permanentemente al banco para saber que no se ha depositado la cuota y con ello pretende quebrar y desequilibrar el ánimo de A. F. M. B. para imponer su voluntad y someterla a sus designios.

En síntesis, estamos ante una situación de violencia económica.

Esta situación de desventaja en la que la colocó D., supone un tipo de violencia de género a tenor del artículo 5.4.c de la Ley N° 26.485, porque condicionó su bienestar e integridad económica-patrimonial y recargó sus responsabilidades de cuidados (cfr. Corte Suprema de Justicia de la provincia de Salta, Expte. N° CSJ 34.869/11, caratulados "C/C. B., A. M.-Recurso de Casación", 12/03/2014, Tomo 186: 247/270).

Así D., beneficiado por la inoperancia del sistema acuerda cuando le conviene y deja de cumplir cuando puede o le conviene hacerlo, cargando sobre la madre, mujer que fue víctima de violencia de género, quien debió asumir una posición activa de ejercicio efectivo de garante de sus hijos L. D. y R. D. para asegurar su bienestar, del que eran garantes ambos progenitores y en el último tramo con relación a R. D.

Este círculo vicioso de incumplimiento genera la victimización y revictimización que precisamente se pretende evitar con la ley 27.372 y el necesario enfoque de víctima con perspectiva de género que se debe tener al resolver las causas judiciales.

Por otra parte, la afirmación de A. F. M. B. que ella era exigente con sus hijos, que la tenencia le fue otorgada por el juzgado de familia y como tal era responsable, y no quisieron después otorgársela a D. D. con relación a L. D., se ve corroborada por la declaración en Cámara Gesell de L. D., quien dice que vive con su papá, «[q]ue él se lleva bien con su papá.

Que con la mamá también se lleva bien que ella le canceló un viaje en la primaria por las notas, por eso se fue a vivir con su [papá], que su mamá es más estricta».

Información que resulta vital para comprender y valorar contextualizadamente los hechos en análisis y las expresiones de hartazgo de A. M. B.. Ahora bien, tal como lo adelantara, dentro del análisis probatorio que debe seguirse en casos como los que presenta, las circunstancias temporales no pueden mantenerse al margen del análisis contextual de los hechos por el que se lo condenó, entre mayo de 2015 y marzo de 2018, resulta trascendental.

La prueba rendida durante el debate debe ser merituada en ese contexto, como que siendo las viviendas colindantes no es de extrañar que todos los testigos fueran contestes en afirmar que a pesar de donde habían decidido vivir los hermanos menores L. D. y R. D., andaban juntos, que estuvieran en las dos casas, o que R. D. ocasionalmente cenara o se bañara en la casa del padre, sin que existe ninguna determinación de la fecha o probable fecha de ocurrencia de los mismos. Pero no se puede tener por cumplido los deberes de asistencia familiar con la eventual ocasión de cenar con el padre, o que se bañara en su caso o que si la madre no tenía le pedía y le daba unos pesos.

Además, no podemos dejar de valorar la prueba y las circunstancias temporales del hecho atribuido en el contexto de violencia de género, violencia económica, de enfoque de víctima y del interés superior del niño, pues al dejar de depositar D. D. desde 2.013 hasta marzo de 2.015 desequilibró la economía familiar que tuvo exclusivamente en A. M. B. el cumplimiento de garante, aunque L. D. se fuera a vivir con posterioridad con D., no podemos valorar las evidencias fragmentadamente y fuera de contexto sin caer en un formalismo absurdo, donde la preeminencia de poder terminaría siendo avalada por la justicia.

Desde un enfoque de género, la separación entre A. M. B. y D. D. se produjo en un contexto de violencia de género, como las denuncias de incumplimiento por parte de D. D., los acuerdos celebrados en

audiencias de conciliación para la subsistencia de sus hijos menores de edad y su posterior incumplimiento dentro de un circuito de violencia económica.

En este contexto, el incumplimiento de las cuotas alimentarias no solo ha perjudicado a los hijos en sus derechos a una vida psicofísica, emocional y material plena (art. 18 C.D.N.; art. 7 Ley 26.061 y art. 264 C.CyC.N), sino que también afectó indirectamente a A. M. B. quien además de atender sus obligaciones materno-filiales tuvo que cubrir **la falta que generó la omisión parental de proporcionar los recursos económicos a los que se obligó judicialmente el progenitor.**

En tal sentido, A. M. B. manifestó que ella siempre se ocupó de las necesidades de sus hijos, que tuvo que afrontar sola la asistencia médica y estudios de los mismos (registro de audio 18/09/2018, a partir minuto 16:20). Al respecto el artículo 4 inciso c) del Dec. Regl. N° 1011/2010 dispone que «en los casos en que las mujeres víctimas de violencia tengan hijos/as y éstos/as vivan con ellas, las necesidades de los/as menores de edad se considerarán comprendidas dentro de los medios indispensables para que las mujeres tengan una vida digna».

Las manifestaciones de violencias económicas contra las mujeres no son fáciles de detectar en culturas patriarcales y, «es una de las formas más tremendas de violencia, que muestra las relaciones de poder que se establecen entre mujeres y hombres, quedando en manos de estos últimos una autoridad y un poder acompañado de la sumisión y/o subordinación de las mujeres» (cfr. **MEDINA, G. (2013). Violencia de género y doméstica: Responsabilidad por daños. p. 170**).

Asimismo, no exime de cumplimiento la obligación prevista en la norma en estudio la circunstancia que D. durante un lapso de tiempo haya trabajado sin estar registrado, porque no padece indigencia y, en razón que los tratados internacionales de derechos humanos, en particular la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención sobre los Derechos del Niño «reconocen entidad universal a la obligación alimentaria y su carácter de derecho humano autónomo» y, en la protección alimentaria de menores, «la satisfacción del interés superior del niño debe prevalecer frente a cualquier otro interés o derecho» (**Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M. y Lloveras, N. (2014). Tratado de Derecho de Familia, Tomo IV, pp. 522 y 523**).

Por eso, la correcta valoración contextualizada con enfoque de víctima en contexto de género e interés superior del niño, solo puede dar por resultado que el impacto de la omisión voluntaria de depositar por parte de D. D. a partir de mayo de 2.015 hasta marzo de 2.018 constituye incumplimiento de los deberes de asistencia familiar con relación al hijo R. D., por haber desequilibrado económicamente a la progenitora quien debió solventar la situación de deuda mientras se acumulaba el incumplimiento del mismo deber desde el año 2.013 hasta marzo de 2.015 y generando las condiciones de desequilibrio de trato entre R. D. respecto de L. D. que ahora vive con el padre.

De resolver lo contrario el sistema judicial sería quien favorece la posición de preeminencia por incumplimiento de la obligación de garante al amparo de la ineficacia burocrática del actuar de la justicia y no aplicar una perspectiva de género.

Delito de omisión

El delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar previsto en el artículo 1º de la Ley N° 13.944 **es un delito propio de omisión** y, si quien tiene esa obligación no la cumple, abandona la posición de garante del bien protegido especialmente legislado por la norma citada. Dicho de otro modo, cuando la persona obligada se sustrae, omite prestar los recursos económicos a los que se obligó específicamente, se consuma el delito porque es de peligro abstracto y permanente.

Bien jurídicamente protegido por la norma citada.

El bien jurídicamente protegido en la norma citada es la familia mediante el aseguramiento de los medios indispensables de subsistencia tales como alimentación, habitación, vestimenta, educación y proveer a la salud y, en el sub examine dentro de la misma el interés del hijo menor de edad R. D. quien es especialmente protegido conforme lo dispuesto por la Convención Internacional de los Derechos del Niño y el Código Civil (como en el Código Civil y Comercial de la Nación).

En cuanto a la necesidad de asegurar, de acuerdo a las circunstancias, un ambiente para el desarrollo físico y psíquico de los menores, los informes del CAI nos dan cuenta del impacto de la situación de incumplimiento y de violencia contextualizada en los menores, de L. D. (del 21/09/2.018) que «a nivel psíquico se observa: autoestima por debajo de parámetros normales, inseguridad, inestabilidad emocional, introversión, significativo conflicto a nivel, familiar y aparenta no contar con herramientas psíquicas para hacer frente a conflictos» (fs. 103); mientras que respecto a R. D. «quien no presenta limitaciones para prestar declaración testimonial, sin embargo, a nivel emocional evidencia marcada angustia expresando significativo malestar y resistencia a participar de la instancia mencionada, atribuyendo buena relación actual con ambos progenitores» (fs. 104), los que también debemos tener presente para determinar la afectación del bien jurídico protegido y la relación parental tanto de D. como de M. B. con sus hijos.

Finalmente, con relación al cuestionamiento respecto a la pena no advierto la arbitrariedad en la misma. Ello por cuanto, tanto la decisión de aplicar una pena de prisión y no de multa, como aquella a través de la cual se fijó el quantum de penalidad, han sido adecuadamente fundados por el tribunal de la instancia anterior en la carencia de antecedentes penales, la personalidad moral y la naturaleza del hecho.

En especial si tenemos en cuenta el contexto del hecho por el que se le condena, se evidencia la pena como razonable y justa frente al grado de culpabilidad, y de ninguna manera el recurrente ha podido establecer con que pauta prevista por los arts. 40 y 41 se podría modificar la misma. No alcanzan expresiones generalizadas o exigencias de contenido en la sentencia, sino que el recurrente debe invocar que es lo que el juzgador no tuvo en cuenta y acreditar el modo en que de haberlo previsto esencialmente modificaría el resultado al que llego.

No es tarea de la instancia revisora, comprobar el detalle exhaustivo y académico del pronunciamiento, ni la corrección lingüística, ni el uso de la sintaxis adecuada, o el estilo que se considere correcto según la concepción jurídica que sustenta el observador, sino que debe examinar si el pronunciamiento judicial ha cumplido con las condiciones mínimas necesarias y suficientes para tenerlo por válido según las reglas establecidas por la Constitución y la ley.

En consecuencia, debe desestimarse el agravio.

En conclusión, estimo que la sentencia analizada cumple con el requisito de contener la «exposición concisa de los motivos de hecho y de derecho en que se basen» según dispone el inc. 2° del art. 411 del CPP y que su fundamentación no es aparente ni contradictoria según exige el inc. 4 del art. 416 del CPP como condición de validez.

Por tanto, entiendo que el juzgador ha dado razones suficientes, aunque escuetas, en base a la sana crítica, las reglas del recto razonamiento y la experiencia común, por lo que la sentencia debe ser confirmada. En función de lo expuesto y oído el señor Procurador, corresponde dar respuesta negativa a esta primera cuestión. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo y Dr. Adaro. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO. Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 117/120 vta. de estos obrados y, en consecuencia, confirmar la sentencia Nº 55 y sus fundamentos dictada por el Juzgado Penal Colegiado Nº 2 de la Segunda Circunscripción Judicial.
- 2.- Tener presente la reserva del caso federal.
- 3.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos. Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

2- CASADO. 29-12-20.

| | | | | | | | | | | | | | | |
|-----------|----|----|------|------------|---------|---------|----------|---------|---------|---------|---------|-------------|---|------------|
| VG | SA | SP | Arma | Art. 5 | Art. 34 | Art. 42 | Art. 45 | Art. 50 | Art. 55 | Art. 58 | Art. 59 | Art. 76 bis | N | CPP |
| VG | - | - | | PCE | - | - | A | - | - | - | - | - | - | 474 |

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=450>

Lex: Art. 4 del CP. Art. 2 Bis de la Ley 13944. Art. 5.4.c de la Ley 26485. Ley 27372.

Vox: VG. VE. NNA. Incumplimiento de los deberes de asistencia familiar. Delito de omisión. Violencia económica. insolvencia fraudulenta alimentaria.

Summa:

El **TPC** condenó al nombrado a la pena de **tres años y seis meses** de prisión por considerarlo autor penalmente responsable del delito de insolvencia fraudulenta alimentaria. (art. 2 bis de la ley 13.994, modificada por ley 24029).

La **defensa** interpone recurso de casación.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 577, pronunciada por el TPC N° 1 -2° CJ.

Precedentes relacionados

a-SCJM

I- Valoración probatoria en materia de violencia de género. **Perspectiva de género:**

- Galdeano Reyes. 31-07-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=242>
- Concha, Jesús. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- Merlo Lassa. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>
- Di Cesare Morales. 26-06-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=156>
- Mejía Salvador. 10-09-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=197>

II-Sobre **violencia económica**.

- Domínguez Daniel. 02-10-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=397>
- Rodríguez. 08-07-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=642>

Doctrina citada.

MEDINA, G. (2013). Violencia de género y doméstica: Responsabilidad por daños. p. 170

SCJM. Dres.: **Valerio.** Palermo. Adaro.

Fallo:

CUIJ: 13-04879490-9/1((028601-101243)) FC/ C. J. M. P/ INFRACCION A LA LEY 13994 ART.2 BIS Y ART.4 DEN. V. P. (101243) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104963668*

En Mendoza, a los veintinueve días del mes de diciembre del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa Nº 13-04879490-9/1 caratulada "F. C/ C., J. M. P/ INFRACCIÓN A LA LEY 13.944 ART. 2 BIS Y ART. 4".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, el DR. JOSÉ V. VALERIO; segundo, el DR. OMAR A. PALERMO y tercero, el DR. MARIO D. ADARO.

La defensa interpone recurso de casación (fs. 882/904 vta.) contra la sentencia Nº 577 y sus fundamentos (ver fs. 795/796 y fs. 800/824 vta., respectivamente), dictados por el Tribunal Penal Colegiado nº 1 de la Segunda Circunscripción Judicial, en tanto condenó a J. M. C. a la pena de tres años y seis meses de prisión por considerarlo autor penalmente responsable del delito de insolvencia fraudulenta alimentaria que se le atribuye en los autos nº P-101.243/15(art. 2 bis de la ley 13.994, modificada por ley nº 24.029).

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

I.- La resolución recurrida

El tribunal de sentencia tuvo por acreditado que, «no obstante la obligación alimentaria de J. M. C. (homologada judicialmente), consistente en pagar a la Sra. V. E. P. la suma de Pesos Quince Mil (\$15.000,00), en forma mensual, consecutiva, ininterrumpida y vitalicia-; el nombrado, salvo los meses de mayo y junio de 2.015, no solo [no abonó] hasta fecha 27/05/2019 dichas cuotas alimentarias[...]; sino que además, ha ocultado y continúa ocultando -desde fines de 2.013-todas las ganancias que ha obtenido de la actividad agroindustrial y comercial que realiza en nombre de la aparente sociedad denominada L. P. S.R.L., como así también los bienes adquiridos; de manera tal que la Sra. P. ha visto frustrada cualquier posibilidad de lograr el cobro judicial de dicha deuda[...]]» (ver fundamentos, fs. 832 vta.).

Al respecto el tribunal sostuvo, que los hechos investigados se enmarcan en un contexto de violencia de género según el alcance de la ley nº 26.485 de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, y que, por ello, el paradigma de género debía imperar en la valoración del causal probatorio.

En concreto, entendió que el presenta caso constituye un ejemplo de violencia económica y patrimonial. Respecto de la imputación de los hechos, el tribunal a quo refutó las críticas defensivas relativas a la imposibilidad de considerar autor al acusado, toda vez que las mismas se basaban en una posición objetiva formal de la autoría y la participación, siendo esta una teoría abandonada.

En este sentido indicó que, aceptando los postulados de la teoría del dominio del hecho, resultaba acreditado que el acusado había intervenido en la cesión y transferencias de las cuotas sociales de L. P. S.R.L. a sus actuales titulares (o testaferros) de manera mediata.

Ello, puesto que los cedentes actuaron con pleno desconocimiento de las consecuencias jurídicas que el acusado se proponía al ejecutar los actos de cesión, en concreto, puesto que no sabían que estaban

ocultando el patrimonio del acusado (ver fundamentos fs. 830 y vta.). Así, y en virtud de la ampliación de la acusación formulada por el órgano acusador –art. 391 del CPP–, el tribunal consideró que los hechos acusados y corroborados configuraban un supuesto de insolvencia fraudulenta alimentaria que se mantuvo en estado de «permanencia» con posterioridad al inicio del proceso, es decir, que la conducta originariamente acusada persistió sin discontinuidad, razón por la que debía ser interpretada como una unidad delictiva.

En este sentido, con cita de doctrina que consideró adecuada, entendió que, si bien la «permanencia posterior al inicio del proceso (v.gr., persistencia en el incumplimiento de los deberes de asistencia familiar) no se encuentra expresamente prevista en la norma, merece el mismo tratamiento, pues está dentro de la idea de continuación (art. 63, in fine del CP): si cuando la permanencia constituye una agravante específica (v.gr., calificante de la privación ilegítima de la libertad, art. 142 inc. 5) se puede ampliar la acusación, con igual razón se podrá adoptar el mismo temperamento cuando la permanencia delictiva sólo puede valorarse como una agravante genérica (art. 40 y 41 CP)» (ver fundamentos, fs. 836).

II.- El recurso de casación de la defensa

La defensa impugna la resolución antes descrita en virtud de lo dispuesto en el art. 474 y 2 del CPP, es decir, en tanto entiende que la sentencia contiene vicios in procedendo. Formula críticas a la ampliación del requerimiento fiscal solicitada por la representante del Ministerio Público Fiscal en el debate, pues considera que ha sido un acto viciado de nulidad absoluta.

Apunta que la fiscal aludió a «eventuales conductas generales de ocultación de bienes» que configurarían maniobras de un delito continuado y explica que no se precisaron los bienes que C. habría continuado ocultando, ni las circunstancias de tiempo, modo o lugar de tales maniobras. Señala que, a pesar de ello, el tribunal admitió la ampliación de la acusación e incluyó hechos que no fueron identificados por el Ministerio Público Fiscal ni fueron comunicados en la intimación prevista en los arts. 391 y 271 del CPP, siendo estos hechos contra los que no pudo defenderse. Afirma que los presupuestos dogmáticos de un delito continuado no se encuentran corroborados en el presente caso.

Explica que los nuevos hechos introducidos no son homogéneos respecto del hecho base contenido en la pieza de acusación.

En concreto, señala que a lo largo del proceso se acusó a C. por una operación societaria –la cesión de cuotas sociales de L. P. S.R.L.– y que los nuevos comportamientos que apoyan la calificación son compras de vehículos.

Además, afirma que no existe proximidad temporal entre las cesiones de cuotas cuestionadas y las dichas compras, toda vez que son operaciones separadas por años, siendo esta una particularidad del caso que refuta la característica de unicidad que requiere el aspecto subjetivo de un delito continuado. Al respecto, indica que es irrazonable que el acusado haya planificado con dolo único una pluralidad fáctica que comenzó en el año 2013, con la cesión de cuotas sociales, y prosiguió con la compra de vehículos los años 2015, 2018 y 2019.

Crítica la afirmación del tribunal, que postula que el caso configura un supuesto de delito permanente. Al respecto, expresa que el Ministerio Público Fiscal amplió la calificación por entender que estaba frente a un delito continuado y que, arbitrariamente, el tribunal argumentó que el caso configuraba un supuesto de delito permanente. Expresa que esta modalidad comisiva no fue comunicada al acusado, no se encuentra prevista como uno de los supuestos que habilita la ampliación de la acusación prevista en el art. 391 del CPP, y, además, no se corrobora en el delito de insolvencia alimentaria fraudulenta.

Sostiene que la sentencia contiene hechos, respecto de los cuales, el acusado no pudo defenderse. En concreto, señala que C. siempre fue intimado como autor, pero, no obstante, el tribunal de juicio lo condenó por considerarlo autor mediato, siendo esta una calidad que no invocaron los órganos acusadores. Indica que, para fundar la autoría mediata, el a quo atribuyó al acusado una serie de comportamientos consistentes en instrumentalizar a determinadas personas y sostiene que estos extremos fácticos no fueron comunicados a lo largo del proceso. Indica que al acusado se lo enjuició por «transferir bienes en sociedades donde sus titulares [eran] terceros, pero [que él continuaba] dirigiendo y recibiendo ganancias»; y advierte que los hechos subsumidos en ese comportamiento fueron cesiones de cuotas sociales de la sociedad L. P. S.R.L. a nombre de terceras personas.

Entiende que esta subsunción es incorrecta e incongruente, toda vez que una cesión de cuotas sociales no tiene por efecto «transferir bienes en sociedades». Afirma que no se probó ninguna transferencia de bienes del imputado al patrimonio de la sociedad L. P. S.R.L., lo que comprueba que la sentencia ha tenido por corroborados hechos ajenos a la intimación fáctica. Realiza consideraciones dogmáticas sobre el tipo penal de insolvencia alimentaria fraudulenta e indica que las modalidades comisivas endilgadas –ocultar y hacer desaparecer bienes de su patrimonio–, no fueron comprobadas. Explica que las cesiones de cuotas sociales que habrían configurado el hecho no se encontraban en el patrimonio del acusado y que no fueron practicadas por él, sino por sus titulares. Adhiere en este sentido que los titulares de las cuotas dispusieron de ellas con la venia de la denunciante y querellante, V. P., razón por la que el a quo no pudo tenerse por corroborado el ocultamiento de bienes.

Considera que el tipo penal imputado es un delito especial y de infracción de un deber, puesto que el sujeto activo sólo puede ser el obligado al pago de obligaciones alimentarias, razón por la que considera desacertada la atribución de autoría mediata. Repasa los testimonios de los titulares de las cuotas sociales, cuya cesión se le imputan, y apunta que estos actuaron voluntariamente, con conocimiento de lo que hacían y con la venia de la denunciante. Indica asimismo que los cedentes conocían la identidad de los nuevos titulares de las cuotas sociales, es decir, que estaban al corriente del alcance y los efectos del contrato de cesión que celebraron. Afirma también, que la declaración de V. P. demuestra que no fue instrumentalizada, toda vez que no refirió haber sido engañada.

Finalmente, formula críticas respecto de la pena impuesta, pues considera que resulta excesiva y ha sido fundada en valoraciones arbitrarias. Indica que el tribunal no consideró ninguna de las atenuantes expuestas por la defensa en los alegatos y, así, manifiesta que una pena de cumplimiento efectivo es excesiva atento a la edad del acusado y a su falta de antecedentes, al mínimo de la escala aplicable y a la violación del derecho a ser juzgado en un plazo razonable.

En el mismo marco crítico, pone en valor la buena fe del acusado, el apego colaborativo con que actuó en el proceso y la ausencia de peligrosidad. Asimismo, critica que el tribunal haya incorporado valoraciones agravantes exorbitantes al delito investigado y que haya agravado aún más el conflicto familiar, pues el acusado es el único sostén económico de su hijo. Solicita que se fije una pena de ejecución condicional. Formula reserva del caso federal.

III.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General, tras evaluar la procedencia formal del recurso incoado por la defensa, advierte que debe ser rechazado sustancialmente.

Repasa cada uno de los agravios invocado por el recurrente y los controvierte con los fundamentos sobre los que se apoya la solución condenatoria.

Así, indica que los hechos elevados a juicio no fueron modificados, y que el acusado los conoció y tuvo posibilidad de controvertirlos, razones por las que no puede afirmarse que se vulneró su derecho a la defensa.

Asimismo, comparte la valoración de la prueba realizada por el tribunal, y afirma que se encuentran corroboradas la materialidad de los hechos investigados y la autoría del acusado. Finalmente, explica por qué la individualización de la pena no fue construida sobre premisas arbitrarias y considera que la sanción respeta los presupuestos de legalidad, fundamentación y proporcionalidad.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso formulado por la defensa considero que corresponde su rechazo y, en consecuencia, debe confirmarse la sentencia cuestionada.

Ello, por los motivos que a continuación se exponen. Los agravios expuestos pueden agruparse en tres aspectos nodulares claramente escindibles.

Por un lado, se agrupan los agravios que denuncian vulneraciones al derecho de defensa del acusado (a). En este sentido, y por un lado, se destacan los puntos que refieren que el tribunal convalidó una inadecuada aplicación del art. 391 del CPP, y permitió que la acusación se ampliara por hechos indefinidos (a.1.). Por otro lado, se encuentran aquellos agravios que indican que la sentencia vulnera el principio de congruencia (a.2.).

Asimismo, pueden reunirse los agravios que contienen críticas relativas a la acreditación de los hechos controvertidos y a las categorías dogmáticas discutidas en el caso (b). Finalmente, se desprenden los agravios relativos a la individualización de la pena (c). Veámoslos en detalle. a. Acerca de la vulneración del derecho de defensa

a.1. El primer aspecto crítico en este marco indica que, en el transcurso del debate, el órgano acusador amplió la intimación por nuevos hechos que no habría definido sino de una manera laxa, provocando así un estado de indefensión.

En concreto, el recurrente califica el acto de ampliación como nulo, pues la representante del MPF habría aludido a «eventuales conductas generales de ocultación de bienes» que configurarían maniobras de un delito continuado, pero sin detallar los bienes que C. habría continuado ocultando, ni las circunstancias de tiempo, modo o lugar de tales maniobras. La lectura de las actuaciones indica que este tipo de defensa ya fue intentada en la instancia de juicio, razón por lo que corresponde analizar si fue adecuadamente tratado por el tribunal a quo.

En efecto, frente al pedido formulado por la defensa de nulidad de la ampliación del requerimiento fiscal, el tribunal de instancia anterior repasó en detalle la pieza de apertura del debate y las alegaciones de la fiscal de la causa, para destacar que la conducta atribuida a C. seguía siendo la misma y que la novedad recaía sólo en el aspecto temporal.

En este sentido, indicó que la ampliación consistió «en que el [acusado] continuó -hasta el día en que se inició el presente debate- haciendo lo mismo que se le atribuyó al recibirle declaración indagatoria por primera vez [...], es decir, ocultando bienes de su patrimonio para continuar frustrando el pago de la cuota alimentaria a la Sra. V. P.».

Con ello, el a quo también tuvo en cuenta que, tras que se explicara al acusado y su defensa los términos de la ampliación, esta solicitó la suspensión del debate a fin de reorganizar su estrategia y, luego de ello, decidió que el acusado no hiciera uso del derecho a declarar y presentó prueba que consideró pertinente (ver fundamentos. fs. 826 y vta.).

Con lo constatado hasta aquí, entiendo que las consideraciones del a quo en este punto son apropiadas, en la medida que entendió que, de conformidad con la norma procesal aplicable, el derecho de defensa en juicio y el debido proceso legal estuvieron garantizados.

En este sentido, entiendo adecuado lo dicho por el tribunal de juicio, en tanto sostuvo que la conducta asumida por la defensa, al solicitar la suspensión del debate y ofrecer nueva prueba, demuestra que no ha existido sorpresa alguna capaz de entorpecer su estrategia.

Además, el recurrente tampoco explica cómo es que «la vaguedad» que denuncia ha dificultado su labor, ni ha aportado consideraciones capaces de demostrar la incorrección de la posición del tribunal. Estos motivos, según estimo, refutan suficientemente el planteo defensivo en este aspecto.

a.2. La segunda línea crítica de este apartado, plantea la violación del derecho de defensa en tanto que se habría vulnerado el principio de congruencia. En concreto, la defensa estima que el tribunal a quo introdujo comportamientos que no fueron invocados por la acusación y que, de esta manera, fundamentó la intervención del acusado como un autor mediato (a.2.i).

Asimismo, considera que la sentencia incorpora una categoría no invocada por la acusación para fundar la aplicación del art. 391 del CPP, esta es, la del delito de efectos permanentes (a.2.ii).

a.2.i. Respecto del primer planteo, debe decirse que no se advierte que los hechos corroborados en la sentencia sean distintos de los intimados y que, respecto de ellos, el acusado no haya podido defenderse. Para el tribunal de juicio quedó corroborado que, salvo en dos ocasiones –en la que el acusado pagó los montos correspondientes–, J. M. C. no abonó la obligación alimentaria, mensual y vitalicia que tenía respecto de su ex cónyuge. Además, que ocultó y continuó ocultando desde fines de 2013, todas las ganancias que obtuvo de la actividad agroindustrial y comercial que realizaba en nombre de la aparente sociedad L. P. S.R.L., como así también, los bienes adquiridos, de manera que la Sra. P. vio frustrada cualquier posibilidad de cobro judicial (ver fundamentos, fs. 832 vta.).

En este sentido, al momento de fundar la calificación jurídica, el a quo consideró que «recurrir al abuso de las formas jurídicas y a la intermediación de presta nombres, es también un típico modo de insolventarse fraudulentamente. Es evidente a este respecto que un contrato de Cesión de Acciones a favor de un empleado de “L. P. S.R.L.” y su esposa, que dependen jurídica y económicamente del imputado, y que no saben leer ni escribir, constituye un acto simulado que pretende un ropaje jurídico que oculta la verdad: C. es el dueño único de las acciones de “L. P. S.R.L.” [...]».

Asimismo, indicó que «además de las acciones de “L. P. S.R.L.”, C. ha incurrido a la intermediación de terceros para consumir el fraude: ello ocurrió, por ejemplo, con la camioneta marca ..., modelo... [...] que [...] se trató de un vehículo de considerable valor que el encartado detentó como propietario por espacio de casi dos años, pero que registralmente se mantuvo a nombre de C. N. A. SA, impidiendo de ese modo que la Sra. P. pudiera cobrar sus acreencias sobre dicho vehículo.

Es decir, dicho vehículo utilizado por el encartado surgía en los papeles como “prestado” por la firma mencionada, ocultando de ese modo su real caudal económico, y sabiendo, por supuesto, que de ese modo no prestaba la asistencia familiar debida. Inclusive, igual situación aparece al menos como verosímil con respecto a la camioneta marca..., año... y la moto marca... modelo..., año...» (ver fundamentos, fs. 835). En ocasión de alegar, la representante del Ministerio Público Fiscal mencionó con detalle cuáles fueron los actos de ocultamiento realizados por el acusado para aparentar insolvencia y, así, frustrar todo intento de cobro por parte de P.

En este marco, y tras advertir que el comportamiento malicioso del acusado era ostensible respecto de todo su patrimonio, la acusadora pública puso especial atención en la cesión de las cuotas sociales de L.

P. S.R.L. a nombre de testaferros, para asegurarse así la administración y disposición de los bienes de la empresa, y en la adquisición de vehículos que se mantuvieron a nombre de la concesionaria C. N. A. S.A., propiedad de un amigo del acusado (ver alegatos de acusación en la audiencia de debate del día 31/07/2019). Coherentemente con esta plataforma, se observa que la pieza de acusación que abrió el debate refería que el acusado «se dedicó a transferir sus bienes, en sociedades donde sus titulares son terceros, pero que C. aún continúa dirigiendo y recibiendo las ganancias» (ver fundamentos, fs. 826 vta./827).

Asimismo, se advierte que la ampliación de la acusación se debió a que la representante del Ministerio Público Fiscal consideró, que «al día de la fecha, el imputado [continuaba] ocultando bienes de su patrimonio a fin de frustrar el pago del deber alimentario», y que tal cuadro fáctico configuraba un supuesto de delito continuado, en la medida en que las distintas conductas de ocultamiento fueron cometidas contra la misma víctima y el mismo bien jurídico.

Así, con el fin de corroborar este último aspecto, la acusación realizó un ofrecimiento de pruebas que incluía, la individualización de distintos vehículos de propiedad del acusado durante el lapso temporal definido, y la citación del titular de la agencia C. N. SA, –presunto titular de los mismos–.

Seguidamente, la defensa hizo uso del derecho conferido en la norma procesal para reorganizar su estrategia, ofreció prueba que consideró pertinente, informó que el acusado no declararía respecto de los hechos incorporados en la ampliación, y continuó con la tarea contradictoria en la audiencia siguiente (ver audiencias de debate del día 27/5/2019 y del día 3/6/2019).

Como se observa, desde el inicio del debate y hasta producida la etapa de alegatos, el acusado y su representante legal estuvieron en conocimiento de los mismos hechos que fueron corroborados por el tribunal de sentencia y, respecto de ellos, pudieron ejercer las facultades de contradicción que demanda el debido proceso legal.

Conforme con estas circunstancias, según entiendo, puede deducirse la falta de sorpresa en la labor de la defensa y, en consecuencia, la ausencia de razones para entender vulnerado el principio de congruencia. Que el tribunal haya considerado que parte de los hechos fueron cometidos en autoría mediata, –en concreto, la cesión de derechos de L. P. S.R.L.–, no contradice lo afirmado hasta aquí, toda vez que la subsunción de dicha operación bajo tal modalidad de intervención delictiva no modificó en nada la plataforma fáctica, ni implicó sorpresa para el acusado y su defensa.

La compulsa del debate permite observar que, en ocasión de formular sus alegatos, la defensa formuló objeciones para discutir la autoría y, en este marco, defendió la idea de que los cedentes y cesionarios de las cuotas sociales actuaron de modo libre, es decir, en términos dogmáticos, que no fueron instrumentalizados por el acusado (ver audiencia de debate del día 31/7/2019).

Con lo anterior, advierto que la modalidad de autoría mediata en el tipo penal acusado – por la instrumentalización de las personas que celebraron la cesión de cuotas sociales de L. P. S.R.L.–, fue conocida y controvertida por la defensa. Por este motivo, tampoco aquí puede sostenerse que haya existido una sorpresa capaz de entorpecer la labor defensiva.

a.2.ii. Respecto del segundo punto de agravio en este apartado, entiendo que las consideraciones del tribunal de juicio referidas a la calificación de los hechos como un supuesto de delito de efectos permanentes, no implican una vulneración del derecho de defensa. Precisamente, si bien esta interpretación jurídica no fue invocada por la representante del Ministerio Público Fiscal para fundar la ampliación de la acusación –en concreto, la fiscal consideró que los hechos configuraban un delito continuado–, lo cierto es que la apreciación del tribunal de sentencia no ha conllevado, en el caso, una

modificación de la plataforma fáctica, ni de la calificación legal, o una sorpresa capaz de entorpecer la tarea defensiva.

Por un lado, debe recordarse, conforme con lo explicado en el punto precedente, que los hechos por los que J. M. C. fue condenado no han variado respecto de la acusación. Al explicar el momento consumativo de los hechos, el tribunal mantuvo inalterada la plataforma controvertida, razón por la que no puede sostenerse que la labor defensiva se haya sorprendido.

Por otro lado, también, advierto que las aclaraciones del tribunal de juicio en este aspecto tuvieron como fin, solamente, explicar porqué fue correcta la ampliación de la acusación formulada por el Ministerio Público Fiscal, en la medida que aquella ampliación quedaba contenida en la plataforma enrostrada al acusado, y que de ningún modo implicaron la introducción de algún elemento determinante y sorpresivo para la solución (ver fundamentos, fs. 835 vta./836).

En este sentido, también, se corrobora que el recurrente no explica, o sugiere al menos, de qué manera la labor defensiva desarrollada en el debate se ha visto entorpecida a partir de esta aclaración del tribunal. Por estos motivos, debe desatenderse el agravio.

b. Acerca de la acreditación del delito imputado y las categorías dogmáticas controvertidas en el caso

Aquí pueden agruparse los agravios que indican que no están comprobadas las maniobras típicas del delito acusado, y que no resultó adecuada la subsunción del caso como un supuesto de delito continuado cometido en autoría mediata.

Preliminarmente, entiendo relevante recordar que el presente caso demuestra particularidades propias, que no pueden soslayarse en la tarea valorativa de la prueba. En concreto, coincido con el tribunal de juicio en el sentido de que los hechos investigados se produjeron en un contexto de violencia de género, particularmente, de **violencia económica y patrimonial**, según el alcance de la ley 26.485 de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres (ver fundamentos, fs. 828).

Al respecto, entiendo importante destacar que, como en toda causa penal, tanto su investigación como el juzgamiento de los hechos, deben estar situados en el contexto en que han ocurrido.

En el caso, resulta evidente con la prueba producida que, sin lugar a dudas, nos encontramos ante un contexto de violencia de género, que impone el deber jurídico de apreciar y ponderar el material probatorio bajo los lineamientos contenidos en la legislación nacional e internacional a la que ha adherido nuestro país, enfocando la mirada en atención a la víctima (**ley 27.372**) (al respecto, ver el precedente «Domínguez»). Sobre la base de lo expuesto, entonces, corresponde abocarse al tratamiento de los agravios señalados por la defensa del acusado.

Respecto del primer punto planteado, las actuaciones indican que la estrategia de la defensa consistió en desvincular al acusado de todo tipo de participación en la cesión de cuotas sociales de L. P. S.R.L., y en afirmar que dicha cesión fue celebrada por sus verdaderos titulares con el conocimiento de la denunciante. Así, la defensa sostuvo que J. M. C. no transfirió ni ocultó bienes de su patrimonio (ver alegatos, en audiencia del día 31/07/2019). Esta teoría fue refutada por el tribunal a quo, en la medida que explicó cómo el acusado impidió el cumplimiento del acuerdo celebrado con su ex cónyuge, frustrando así toda ejecución judicial.

Por un lado, dijo que «el hecho de que la Sra. V. P. haya estado al tanto de la transferencia de [cuotas] de “L. P.” al momento en el que suscribieron en la Escribanía interviniente [...] a nombre de los empleados de dicha sociedad (quienes en realidad revisten condición de presta nombres, tal como fue reconocido por ellos, y admitido por el propio imputado) no desplaza en modo alguno la existencia de la conducta

típica, por la sencilla razón de que no solo [los cesionarios] fueron instrumentalizados, sino la propia denunciante y víctima [...]» (ver fundamentos, fs. 835).

Frente a estas consideraciones, la defensa no acompaña argumentos distintos a los ya ensayados, capaces de contradecir los fundamentos del tribunal o de demostrar algún posicionamiento arbitrario en la valoración de la prueba.

Es decir, en este punto, el recurso se muestra como una reedición de premisas tratadas y adecuadamente desechadas por el a quo, siendo esta una razón por la que el primer agravio de este apartado debe ser desestimado.

Además, también debe señalarse que el recurso no ofrece ningún tipo de consideración capaz de controvertir la adquisición de vehículos, a nombre de terceras personas, como maniobra utilizada para evitar la ejecución de bienes (ver punto a.2.i.), siendo este otro motivo para rechazar el agravio.

El segundo punto de agravio formulado, que controvierte la autoría mediata y el delito continuado como figuras aplicables al caso, también debe ser rechazado, en la medida que no logra controvertir los fundamentos del tribunal a quo.

Sobre la autoría mediata, se advierte que el recurrente no apoya sus conclusiones en ninguna premisa capaz de refutar lo dicho por el tribunal, esto es, que el acusado cometió parte de los hechos acusados mediante la instrumentalización de las personas que celebraron la cesión de cuotas sociales de L. P. S.R.L. En efecto, es adecuada la apreciación del tribunal que indica, que por imputarse en esta causa un «delito especial», sólo puede ser autor/a quien reúne las condiciones necesarias previstas en el tipo delictivo – quien está obligado/a prestar alimentos– (ver fundamentos, fs. 835 vta.).

Así, que la autoría haya sido corroborada de manera mediata en la maniobra de cesión de las cuotas sociales no es un obstáculo dogmático, toda vez que esta categoría demanda que las cualidades previstas en el tipo penal estén presentes en el «sujeto de atrás» –en este caso, el acusado J. M. C.– y no en los instrumentos.

Por lo demás, el recurrente tampoco controvierte adecuadamente la premisa del tribunal a quo, que indica que las personas que intervinieron en la cesión de cuotas actuaron instrumentalizadas por el acusado.

Al respecto, estimo importante resaltar que, el hecho de que los cedentes tuviesen conocimiento de que trasladaban la titularidad de las cuotas a sus nombres, no contradice que estos hayan sido instrumentalizados. Ello toda vez que, como lo indicó el tribunal de instancia previa, el acusado se «sirvió» de personas que desconocían las consecuencias jurídicas que este se propuso, esto es, el ocultamiento del patrimonio (ve fundamentos, fs. 830 y vta.).

Finalmente, en este apartado, también deben ser desestimados los agravios que giran alrededor de la calificación de los hechos como un supuesto de delito continuado.

Al respecto, y de modo preliminar, no puede soslayarse que no se advierte el interés en controvertir la calificación del hecho como un delito continuado, desde que la importancia práctica de esta figura radica en un beneficio para el acusado.

Esto, puesto que, de perderse la unidad jurídica de acción, los distintos sustratos fácticos parciales acusados deberían considerarse hechos independientes que concurren realmente.

Así, la calificación traería aparejada la imposición de una escala penal más gravosa para la individualización de la pena (art. 55 del CP). A pesar de lo dicho, también se observa que el recurrente insiste con los argumentos ofrecidos en ocasión de alegar en el debate y no logra demostrar de qué manera los distintos hechos corroborados no configuran, en realidad, partes de una unidad de acción.

Según ha corroborado el tribunal de juicio, el aspecto subjetivo de las maniobras endilgadas al acusado ha sido siempre el mismo, este es, la búsqueda del ocultamiento de bienes de su patrimonio, mediante la utilización de ficciones jurídicas, para lograr así sustraerse de cualquier ejecución judicial tendiente a lograr el cobro de las sumas adeudadas a su ex cónyuge. El hecho de que las maniobras específicas hayan variado en sus modos comisivos (una cesión de cuotas sociales de una S.R.L. por un lado, y la adquisición de vehículos por otro lado) y se hayan extendido en el tiempo, no obsta a que todas ellas hayan obedecido a motivos semejantes, es decir, a **un dolo continuado de frustración**.

b. Acerca de la determinación de la sanción penal

En lo relativo a la individualización de pena, debe decirse que la defensa no ha dado buenas razones para explicar por qué el monto de la sanción constituye una imposición arbitraria o excesiva atento a los parámetros previstos en los arts. 40 y 41 del CP.

Contrariamente a lo sugerido en el recurso, el tribunal sí consideró las condiciones invocadas por la defensa en la etapa de alegatos.

No sólo tuvo en miras la falta de antecedentes, que valoró en un sentido atenuante, sino también, otras condiciones del acusado que, de conformidad con el injusto penal corroborado, aumentaron el juicio de reproche y el monto de la sanción aplicable.

Además, el tribunal dedicó especial atención a cada uno de los puntos relativos al hecho que contempla la norma de fondo y explicó por qué debían ser considerados en un sentido agravante (ver fundamentos, fs. 836 vta.).

Por su parte, la defensa no explica por qué la sanción impuesta resulta desproporcional en el marco de la escala penal aplicable o en qué sentido se apoya en premisas arbitrarias. Por ello, se observa que los agravios de la defensa en este aspecto de la sentencia ejemplifican una mera discrepancia incapaz de tornar en nula la decisión del tribunal de juicio.

En definitiva, tras las razones dadas precedentemente puede afirmarse que el recurso de casación interpuesto por la defensa de J. M. C. no logra demostrar los vicios invocados. En este sentido, no se han aportado razones de peso para concluir, junto con los intereses del recurrente, que el acusado haya visto vulnerado el derecho de defensa, que la sentencia contenga errores relevantes en la subsunción de los hechos, o que la pena impuesta por el tribunal de juicio merezca ser tachada de arbitraria. Por ello, considero que la primera cuestión planteada debe ser respondida negativamente. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo y Dr. Adaro. Adhieren.

Sobre la misma cuestión los DRES. OMAR A. PALERMO y MARIO D. ADARO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de la cuestión anterior, no corresponde pronunciarse sobre la segunda cuestión propuesta. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. OMAR A. PALERMO y MARIO D. ADARO, adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. OMAR A. PALERMO y MARIO D. ADARO, adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Atento al mérito que resulta del acuerdo precedente esta Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia, fallando en definitiva, RESUELVE:

- 1.- No hacer lugar al recurso de casación presentado por la defensa de J. M. C. y, en consecuencia, confirmar la sentencia N° 577 y sus fundamentos, dictados por el Tribunal Penal Colegiado n° 1 de la Segunda Circunscripción Judicial.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal formulada.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones a origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR PALERMO Ministro

APÉNDICE NORMATIVO

CODIGO PENAL DE LA NACION ARGENTINA

LIBRO PRIMERO. DISPOSICIONES GENERALES

TÍTULO I. APLICACION DE LA LEY PENAL

ARTÍCULO 1º.- Este Código se aplicará:

- 1) Por delitos cometidos o cuyos efectos deban producirse en el territorio de la Nación Argentina, o en los lugares sometidos a su jurisdicción.
- 2) Por delitos cometidos en el extranjero por agentes o empleados de autoridades argentinas en desempeño de su cargo.
- 3) Por el delito previsto en el artículo 258 bis cometido en el extranjero, por ciudadanos argentinos o personas jurídicas con domicilio en la República Argentina, ya sea aquel fijado en sus estatutos o el correspondiente a los establecimientos o sucursales que posea en el territorio argentino.

(Artículo sustituido por art. 29 de la Ley N° 27.401 B.O. 1/12/2017. Vigencia: a los noventa (90) días de su publicación en el Boletín Oficial de la República Argentina)

ARTÍCULO 2º.- Si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna.

Si durante la condena se dictare una ley más benigna, la pena se limitará a la establecida por esa ley. En todos los casos del presente artículo, los efectos de la nueva ley se operarán de pleno derecho.

ARTÍCULO 3º.- En el cómputo de la prisión preventiva se observará separadamente la ley más favorable al procesado.

ARTÍCULO 4º.- Las disposiciones generales del presente código se aplicarán a todos los delitos previstos por leyes especiales, en cuanto éstas no dispusieran lo contrario.

TÍTULO II. DE LAS PENAS

ARTÍCULO 5º.- Las penas que este Código establece son las siguientes: reclusión, prisión, multa e inhabilitación.

ARTÍCULO 6º.- La pena de reclusión, perpetua o temporal, se cumplirá con trabajo obligatorio en los establecimientos destinados al efecto. Los reclusos podrán ser empleados en obras públicas de cualquier clase con tal que no fueren contratadas por particulares.

ARTÍCULO 7º.- Los hombres débiles o enfermos y los mayores de sesenta años que merecieren reclusión, sufrirán la condena en prisión, no debiendo ser sometidos sino a la clase de trabajo especial que determine la dirección del establecimiento.

ARTÍCULO 8º.- Los menores de edad y las mujeres sufrirán las condenas en establecimientos especiales.

ARTÍCULO 9º.- La pena de prisión, perpetua o temporal, se cumplirá con trabajo obligatorio, en establecimientos distintos de los destinados a los reclusos.

ARTÍCULO 10.- Podrán, a criterio del juez competente, cumplir la pena de reclusión o prisión en detención domiciliaria:

a) El interno enfermo cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario le impide recuperarse o tratar adecuadamente su dolencia y no correspondiere su alojamiento en un establecimiento hospitalario;

b) El interno que padezca una enfermedad incurable en período terminal;

c) El interno discapacitado cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario es inadecuada por su condición implicándole un trato indigno, inhumano o cruel;

d) El interno mayor de setenta (70) años;

e) La mujer embarazada;

f) La madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad a su cargo.

(Artículo sustituido por art. 4º de la Ley N° 26.472, B.O. 20/1/2009)

ARTÍCULO 11.- El producto del trabajo del condenado a reclusión o prisión se aplicará simultáneamente:

1º. A indemnizar los daños y perjuicios causados por el delito que no satisficiera con otros recursos;

2º. A la prestación de alimentos según el Código Civil;

3º. A costear los gastos que causare en el establecimiento;

4º. A formar un fondo propio, que se le entregará a su salida.

ARTÍCULO 12.- La reclusión y la prisión por más de tres años llevan como inherente la inhabilitación absoluta, por el tiempo de la condena, la que podrá durar hasta tres años más, si así lo resuelve el tribunal, de acuerdo con la índole del delito. Importan además la privación, mientras dure la pena, de la patria

potestad, de la administración de los bienes y del derecho de disponer de ellos por actos entre vivos. El penado quedará sujeto a la curatela establecida por el Código Civil para los incapaces.

ARTÍCULO 13.- El condenado a reclusión o prisión perpetua que hubiere cumplido treinta y cinco (35) años de condena, el condenado a reclusión o a prisión por más de tres (3) años que hubiere cumplido los dos tercios, y el condenado a reclusión o prisión, por tres (3) años o menos, que hubiere cumplido un (1) año de reclusión u ocho (8) meses de prisión, observando con regularidad los reglamentos carcelarios, podrán obtener la libertad por resolución judicial, previo informe de la dirección del establecimiento e informe de peritos que pronostique en forma individualizada y favorable su reinserción social, bajo las siguientes condiciones:

1º.- Residir en el lugar que determine el auto de soltura;

2º.- Observar las reglas de inspección que fije el mismo auto, especialmente la obligación de abstenerse de consumir bebidas alcohólicas o utilizar sustancias estupefacientes;

3º.- Adoptar en el plazo que el auto determine, oficio, arte, industria o profesión, si no tuviere medios propios de subsistencia;

4º.- No cometer nuevos delitos;

5º.- Someterse al cuidado de un patronato, indicado por las autoridades competentes;

6º.- Someterse a tratamiento médico, psiquiátrico o psicológico, que acrediten su necesidad y eficacia de acuerdo al consejo de peritos.

Estas condiciones, a las que el juez podrá añadir cualquiera de las reglas de conducta contempladas en el artículo 27 bis, regirán hasta el vencimiento de los términos de las penas temporales y hasta diez (10) años más en las perpetuas, a contar desde el día del otorgamiento de la libertad condicional.

(Artículo sustituido por art. 1º de la Ley N° 25.892 B.O.26/5/2004)

ARTÍCULO 14 — La libertad condicional no se concederá a los reincidentes. Tampoco se concederá cuando la condena fuera por:

1) Homicidios agravados previstos en el artículo 80 del Código Penal.

2) Delitos contra la integridad sexual, previstos en los arts. 119, 120, 124, 125, 125 bis, 126, 127, 128 primer y segundo párrafos, y 130 del Código Penal.

3) Privación ilegal de la libertad coactiva, si se causare intencionalmente la muerte de la persona ofendida, previsto en el artículo 142 bis, anteúltimo párrafo, del Código Penal.

- 4) Tortura seguida de muerte, artículo 144 ter, inciso 2, del Código Penal.
- 5) Delitos previstos en los artículos 165 y 166, inciso 2, segundo párrafo, del Código Penal.
- 6) Secuestro extorsivo, si se causare la muerte de la persona ofendida, conforme a los supuestos previstos en el artículo 170, antepenúltimo y anteúltimo párrafos, del Código Penal.
- 7) Delitos previstos en los artículos 145 bis y ter del Código Penal.
- 8) Casos en que sea aplicable el artículo 41 quinquies del Código Penal.
- 9) Financiamiento del terrorismo previsto en el artículo 306 del Código Penal.
- 10) Delitos previstos en los artículos 5°, 6° y 7° de la ley 23.737 o la que en el futuro la reemplace.
- 11) Delitos previstos en los artículos 865, 866 y 867 del Código Aduanero.

(Artículo sustituido por art. 38 de la Ley N° 27.375 B.O.28/07/2017)

ARTÍCULO 15.- La libertad condicional será revocada cuando el penado cometiere un nuevo delito o violare la obligación de residencia. En estos casos no se computará, en el término de la pena, el tiempo que haya durado la libertad.

En los casos de los incisos 2º, 3º, 5º y 6º del artículo 13, el Tribunal podrá disponer que no se compute en el término de la condena todo o parte del tiempo que hubiere durado la libertad, hasta que el condenado cumpliera con lo dispuesto en dichos incisos. (Párrafo sustituido por art. 3° de la Ley N° 25.892 B.O.26/5/2004)

ARTÍCULO 16.- Transcurrido el término de la condena, o el plazo de cinco años señalado en el artículo 13 sin que la libertad condicional haya sido revocada, la pena quedará extinguida, lo mismo que la inhabilitación absoluta del artículo 12.

ARTÍCULO 17.- Ningún penado cuya libertad condicional haya sido revocada, podrá obtenerla nuevamente.

ARTÍCULO 18.- Los condenados por tribunales provinciales a reclusión o prisión por más de cinco años serán admitidos en los respectivos establecimientos nacionales. Las provincias podrán mandarlos siempre que no tuvieren establecimientos adecuados.

ARTÍCULO 19.- La inhabilitación absoluta importa:

- 1º. La privación del empleo o cargo público que ejercía el penado aunque provenga de elección popular;

2º. La privación del derecho electoral;

3º. La incapacidad para obtener cargos, empleos y comisiones públicas;

4º. La suspensión del goce de toda jubilación, pensión o retiro, civil o militar, cuyo importe será percibido por los parientes que tengan derecho a pensión.

El tribunal podrá disponer, por razones de carácter asistencial, que la víctima o los deudos que estaban a su cargo concurren hasta la mitad de dicho importe, o que lo perciban en su totalidad, cuando el penado no tuviere parientes con derecho a pensión, en ambos casos hasta integrar el monto de las indemnizaciones fijadas.

ARTÍCULO 20.- La inhabilitación especial producirá la privación del empleo, cargo, profesión o derecho sobre que recayere y la incapacidad para obtener otro del mismo género durante la condena. La inhabilitación especial para derechos políticos producirá la incapacidad de ejercer durante la condena aquellos sobre que recayere.

ARTÍCULO 20 bis.- Podrá imponerse inhabilitación especial de seis meses a diez años, aunque esa pena no esté expresamente prevista, cuando el delito cometido importe:

1º. Incompetencia o abuso en el ejercicio de un empleo o cargo público;

2º. Abuso en el ejercicio de la patria potestad, adopción, tutela o curatela;

3º. Incompetencia o abuso en el desempeño de una profesión o actividad cuyo ejercicio dependa de una autorización, licencia o habilitación del poder público.

En caso de los delitos previstos en los artículos 119, 120, 124, 125, 125 bis, 128, 129 —in fine—, 130 —párrafos segundo y tercero—, 145 bis y 145 ter del Código Penal, la inhabilitación especial será perpetua cuando el autor se hubiere valido de su empleo, cargo, profesión o derecho para la comisión. (Último párrafo incorporado por art. 1º de la Ley N° 27.206 B.O. 10/11/2015)

ARTÍCULO 20 ter.- El condenado a inhabilitación absoluta puede ser restituido al uso y goce de los derechos y capacidades de que fue privado, si se ha comportado correctamente durante la mitad del plazo de aquélla, o durante diez años cuando la pena fuera perpetua, y ha reparado los daños en la medida de lo posible.

El condenado a inhabilitación especial puede ser rehabilitado, transcurrida la mitad del plazo de ella, o cinco años cuando la pena fuere perpetua, si se ha comportado correctamente, ha remediado su incompetencia o no es de temer que incurra en nuevos abusos y, además, ha reparado los daños en la medida de lo posible.

Cuando la inhabilitación importó la pérdida de un cargo público o de una tutela o curatela, la rehabilitación no comportará la reposición en los mismos cargos.

Para todos los efectos, en los plazos de inhabilitación no se computará el tiempo en que el inhabilitado haya estado prófugo, internado o privado de su libertad.

ARTÍCULO 21.- La multa obligará al reo a pagar la cantidad de dinero que determinare la sentencia, teniendo en cuenta además de las causas generales del artículo 40, la situación económica del penado.

Si el reo no pagare la multa en el término que fije la sentencia, sufrirá prisión que no excederá de año y medio.

El tribunal, antes de transformar la multa en la prisión correspondiente, procurará la satisfacción de la primera, haciéndola efectiva sobre los bienes, sueldos u otras entradas del condenado. Podrá autorizarse al condenado a amortizar la pena pecuniaria, mediante el trabajo libre, siempre que se presente ocasión para ello.

También se podrá autorizar al condenado a pagar la multa por cuotas. El tribunal fijará el monto y la fecha de los pagos, según la condición económica del condenado.

ARTÍCULO 22.- En cualquier tiempo que se satisficiera la multa, el reo quedará en libertad.

Del importe se descontará, de acuerdo con las reglas establecidas para el cómputo de la prisión preventiva, la parte proporcional al tiempo de detención que hubiere sufrido.

ARTÍCULO 22 bis.- Si el hecho ha sido cometido con ánimo de lucro, podrá agregarse a la pena privativa de libertad una multa, aun cuando no esté especialmente prevista o lo esté sólo en forma alternativa con aquélla. Cuando no esté prevista, la multa no podrá exceder de noventa mil pesos.

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

ARTÍCULO 23.- En todos los casos en que recayese condena por delitos previstos en este Código o en leyes penales especiales, la misma decidirá el decomiso de las cosas que han servido para cometer el hecho y de las cosas o ganancias que son el producto o el provecho del delito, en favor del Estado nacional, de las provincias o de los municipios, salvo los derechos de restitución o indemnización del damnificado y de terceros.

Si las cosas son peligrosas para la seguridad común, el comiso puede ordenarse aunque afecte a terceros, salvo el derecho de éstos, si fueren de buena fe, a ser indemnizados.

Cuando el autor o los partícipes han actuado como mandatarios de alguien o como órganos, miembros o administradores de una persona de existencia ideal, y el producto o el provecho del delito ha beneficiado al mandante o a la persona de existencia ideal, el comiso se pronunciará contra éstos.

Cuando con el producto o el provecho del delito se hubiese beneficiado un tercero a título gratuito, el comiso se pronunciará contra éste.

Si el bien decomisado tuviere valor de uso o cultural para algún establecimiento oficial o de bien público, la autoridad nacional, provincial o municipal respectiva podrá disponer su entrega a esas entidades. Si así no fuere y tuviera valor comercial, aquélla dispondrá su enajenación. Si no tuviera valor lícito alguno, se lo destruirá.

En el caso de condena impuesta por alguno de los delitos previstos por los artículos 125, 125 bis, 127, 140, 142 bis, 145 bis, 145 ter y 170 de este Código, queda comprendido entre los bienes a decomisar la cosa mueble o inmueble donde se mantuviera a la víctima privada de su libelad u objeto de explotación. Los bienes decomisados con motivo de tales delitos, según los términos del presente artículo, y el producido de las multas que se impongan, serán afectados a programas de asistencia a la víctima. (Párrafo sustituido por art. 20 de la Ley N° 26.842 B.O. 27/12/2012)

En caso de los delitos previstos en el artículo 213 ter y quáter y en el Título XIII del libro Segundo de éste Código, serán decomisados de modo definitivo, sin necesidad de condena penal, cuando se hubiere podido comprobar la ilicitud de su origen, o del hecho material al que estuvieren vinculados, y el imputado no pudiere ser enjuiciado por motivo de fallecimiento, fuga, prescripción o cualquier otro motivo de suspensión o extinción de la acción penal, o cuando el imputado hubiere reconocido la procedencia o uso ilícito de los bienes. (Párrafo incorporado por art. 6º de la Ley N° 26.683 B.O. 21/06/2011)

Todo reclamo o litigio sobre el origen, naturaleza o propiedad de los bienes se realizará a través de una acción administrativa o civil de restitución. Cuando el bien hubiere sido subastado sólo se podrá reclamar su valor monetario. (Párrafo incorporado por art. 6º de la Ley N° 26.683 B.O. 21/06/2011)

El juez podrá adoptar desde el inicio de las actuaciones judiciales las medidas cautelares suficientes para asegurar el decomiso del o de los inmuebles, fondos de comercio, depósitos, transportes, elementos informáticos, técnicos y de comunicación, y todo otro bien o derecho patrimonial sobre los que, por tratarse de instrumentos o efectos relacionados con el o los delitos que se investigan, el decomiso presumiblemente pueda recaer.

El mismo alcance podrán tener las medidas cautelares destinadas a hacer cesar la comisión del delito o sus efectos, o a evitar que se consolide su provecho o a obtaculizar la impunidad de sus partícipes. En todos los casos se deberá dejar a salvo los derechos de restitución o indemnización del damnificado y de terceros

(Artículo sustituido por art. 1º de la Ley N° 25.815 B.O.1/12/2003)

ARTÍCULO 24.- La prisión preventiva se computará así: por dos días de prisión preventiva, uno de reclusión; por un día de prisión preventiva, uno de prisión o dos de inhabilitación o la cantidad de multa que el tribunal fijase entre pesos treinta y cinco y pesos ciento setenta y cinco.

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

ARTÍCULO 25.- Si durante la condena el penado se volviere loco, el tiempo de la locura se computará para el cumplimiento de la pena, sin que ello obste a lo dispuesto en el apartado tercero del inciso 1º del artículo 34.

TÍTULO III. CONDENACION CONDICIONAL

ARTÍCULO 26.- En los casos de primera condena a pena de prisión que no exceda de tres años, será facultad de los tribunales disponer en el mismo pronunciamiento que se deje en suspenso el cumplimiento de la pena. Esta decisión deberá ser fundada, bajo sanción de nulidad, en la personalidad moral del condenado, su actitud posterior al delito, los motivos que lo impulsaron a delinquir, la naturaleza del hecho y las demás circunstancias que demuestren la inconveniencia de aplicar efectivamente la privación de libertad. El tribunal requerirá las informaciones pertinentes para formar criterio, pudiendo las partes aportar también la prueba útil a tal efecto.

Igual facultad tendrán los tribunales en los casos de concurso de delitos si la pena impuesta al reo no excediese los tres años de prisión.

No procederá la condenación condicional respecto de las penas de multa o inhabilitación.

ARTÍCULO 27.- La condenación se tendrá como no pronunciada si dentro del término de cuatro años, contados a partir de la fecha de la sentencia firme, el condenado no cometiere un nuevo delito. Si cometiere un nuevo delito, sufrirá la pena impuesta en la primera condenación y la que le correspondiere por el segundo delito, conforme con lo dispuesto sobre acumulación de penas.

La suspensión podrá ser acordada por segunda vez si el nuevo delito ha sido cometido después de haber transcurrido ocho años a partir de la fecha de la primera condena firme. Este plazo se elevará a diez años, si ambos delitos fueran dolosos.

En los casos de sentencias recurridas y confirmadas, en cuanto al carácter condicional de la condena, los plazos se computarán desde la fecha del pronunciamiento originario.

ARTÍCULO 27 bis.- Al suspender condicionalmente la ejecución de la pena, el Tribunal deberá disponer que, durante un plazo que fijará entre dos y cuatro años según la gravedad del delito, el condenado cumpla todas o alguna de las siguientes reglas de conducta, en tanto resulten adecuadas para prevenir la comisión de nuevos delitos:

1. Fijar residencia y someterse al cuidado de un patronato.
2. Abstenerse de concurrir a determinados lugares o de relacionarse con determinadas personas.
3. Abstenerse de usar estupefacientes o de abusar de bebidas alcohólicas.

4. Asistir a la escolaridad primaria, si no la tuviere cumplida.
5. Realizar estudios o prácticas necesarios para su capacitación laboral o profesional.
6. Someterse a un tratamiento médico o psicológico, previo informe que acredite su necesidad y eficacia.
7. Adoptar oficio, arte, industria o profesión, adecuado a su capacidad.
8. Realizar trabajos no remunerados en favor del estado o de instituciones de bien público, fuera de sus horarios habituales de trabajo.

Las reglas podrán ser modificadas por el Tribunal según resulte conveniente al caso.

Si el condenado no cumpliera con alguna regla, el Tribunal podrá disponer que no se compute como plazo de cumplimiento todo o parte del tiempo transcurrido hasta ese momento. Si el condenado persistiere o reiterare el incumplimiento, el Tribunal podrá revocar la condicionalidad de la condena. El condenado deberá entonces cumplir la totalidad de la pena de prisión impuesta en la sentencia.

(Artículo incorporado por art. 1° de la Ley N° 24.316 B.O. 19/5/1994)

ARTÍCULO 28.- La suspensión de la pena no comprenderá la reparación de los daños causados por el delito y el pago de los gastos del juicio.

TÍTULO IV. REPARACION DE PERJUICIOS

ARTÍCULO 29.- La sentencia condenatoria podrá ordenar:

1. La reposición al estado anterior a la comisión del delito, en cuanto sea posible, disponiendo a ese fin las restituciones y demás medidas necesarias.
2. La indemnización del daño material y moral causado a la víctima, a su familia o a un tercero, fijándose el monto prudencialmente por el juez en defecto de plena prueba.
3. El pago de las costas.

(Artículo sustituido por art. 27 de la Ley N° 25.188 B.O. 1/11/1999.)

ARTÍCULO 30.- La obligación de indemnizar es preferente a todas las que contrajere el responsable después de cometido el delito, a la ejecución de la pena de decomiso del producto o el provecho del delito y al pago de la multa. Si los bienes del condenado no fueren suficientes para cubrir todas sus responsabilidades pecuniarias, éstas se satisfarán en el orden siguiente:

1. La indemnización de los daños y perjuicios.
2. El resarcimiento de los gastos del juicio.
3. El decomiso del producto o el provecho del delito.
4. El pago de la multa.

(Artículo sustituido por art. 28 de la Ley N° 25.188 B.O. 1/11/1999.)

ARTÍCULO 31.- La obligación de reparar el daño es solidaria entre todos los responsables del delito.

ARTÍCULO 32.- El que por título lucrativo participare de los efectos de un delito, estará obligado a la reparación hasta la cuantía en que hubiere participado.

ARTÍCULO 33.- En caso de insolvencia total o parcial, se observarán las reglas siguientes:

- 1º. Tratándose de condenados a reclusión o prisión, la reparación se hará en la forma determinada en el artículo 11;
- 2º. Tratándose de condenados a otras penas, el tribunal señalará la parte de sus entradas o emolumentos que deban depositar periódicamente hasta el pago total.

TÍTULO V. IMPUTABILIDAD

ARTÍCULO 34.- No son punibles:

1º. El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconciencia, error o ignorancia de hecho no imputables, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones.

En caso de enajenación, el tribunal podrá ordenar la reclusión del agente en un manicomio, del que no saldrá sino por resolución judicial, con audiencia del ministerio público y previo dictamen de peritos que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás.

En los demás casos en que se absolviera a un procesado por las causales del presente inciso, el tribunal ordenará la reclusión del mismo en un establecimiento adecuado hasta que se comprobare la desaparición de las condiciones que le hicieren peligroso;

- 2º. El que obrare violentado por fuerza física irresistible o amenazas de sufrir un mal grave e inminente;
- 3º. El que causare un mal por evitar otro mayor inminente a que ha sido extraño;

4º. El que obrare en cumplimiento de un deber o en el legítimo ejercicio de su derecho, autoridad o cargo;

5º. El que obrare en virtud de obediencia debida;

6º. El que obrare en defensa propia o de sus derechos, siempre que concurrieren las siguientes circunstancias:

a) Agresión ilegítima;

b) Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla;

c) Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.

Se entenderá que concurren estas circunstancias respecto de aquel que durante la noche rechazare el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de su casa, o departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño ocasionado al agresor.

Igualmente respecto de aquél que encontrare a un extraño dentro de su hogar, siempre que haya resistencia;

7º. El que obrare en defensa de la persona o derechos de otro, siempre que concurren las circunstancias a) y b) del inciso anterior y caso de haber precedido provocación suficiente por parte del agredido, la de que no haya participado en ella el tercero defensor.

ARTÍCULO 35.- El que hubiere excedido los límites impuestos por la Ley, por la autoridad o por la necesidad, será castigado con la pena fijada para el delito por culpa o imprudencia.

ARTÍCULO 36.- Derogado.

ARTÍCULO 37.- Derogado.

ARTÍCULO 38.- Derogado.

ARTÍCULO 39.- Derogado.

ARTÍCULO 40.- En las penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad, los tribunales fijarán la condenación de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso y de conformidad a las reglas del artículo siguiente.

ARTÍCULO 41.- A los efectos del artículo anterior, se tendrá en cuenta:

1º. La naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados;

2º. La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad. El juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso.

ARTÍCULO 41 bis — Cuando alguno de los delitos previstos en este Código se cometiera con violencia o intimidación contra las personas mediante el empleo de **un arma de fuego** la escala penal prevista para el delito de que se trate **se elevará en un tercio en su mínimo y en su máximo**, sin que ésta pueda exceder el máximo legal de la especie de pena que corresponda.

Este agravante no será aplicable cuando la circunstancia mencionada en ella ya se encuentre contemplada como elemento constitutivo o calificante del delito de que se trate.

(Artículo incorporado por art. 1º de la Ley N° 25.297 B.O. 22/9/2000)

ARTÍCULO 41 ter — Las escalas penales podrán reducirse a las de la tentativa respecto de los partícipes o autores por algún delito de los detallados a continuación en este artículo, cuando durante la sustanciación del proceso del que sean parte, brinden información o datos precisos, comprobables y verosímiles.

El proceso sobre el cual se aporten datos o información deberá estar vinculado con alguno de los siguientes delitos:

- a) Delitos de producción, tráfico, transporte, siembra, almacenamiento y comercialización de estupefacientes, precursores químicos o cualquier otra materia prima para su producción o fabricación previstos en la ley 23.737 o la que en el futuro la reemplace, y la organización y financiación de dichos delitos;
- b) Delitos previstos en la sección XII, título I del Código Aduanero;
- c) Todos los casos en los que sea aplicable el artículo 41 quinquies del Código Penal;
- d) Delitos previstos en los artículos 125, 125 bis, 126, 127 y 128 del Código Penal;
- e) Delitos previstos en los artículos 142 bis, 142 ter y 170 del Código Penal;
- f) Delitos previstos en los artículos 145 bis y 145 ter del Código Penal;
- g) Delitos cometidos en los términos de los artículos 210 y 210 bis del Código Penal;

h) Delitos previstos en los capítulos VI, VII, VIII, IX, IX bis y X del título XI y en el inciso 5 del artículo 174, del Código Penal;

i) Delitos previstos en el título XIII, del libro segundo, del Código Penal.

Para la procedencia de este beneficio será necesario que los datos o información aportada contribuyan a evitar o impedir el comienzo, la permanencia o consumación de un delito; esclarecer el hecho objeto de investigación u otros conexos; revelar la identidad o el paradero de autores, coautores, instigadores o partícipes de estos hechos investigados o de otros conexos; proporcionar datos suficientes que permitan un significativo avance de la investigación o el paradero de víctimas privadas de su libertad; averiguar el destino de los instrumentos, bienes, efectos, productos o ganancias del delito; o indicar las fuentes de financiamiento de organizaciones criminales involucradas en la comisión de los delitos previstos en el presente artículo.

Cuando el delito atribuido al imputado estuviere reprimido con prisión y/o reclusión perpetua, la pena sólo podrá reducirse hasta los quince (15) años de prisión.

La reducción de pena no procederá respecto de las penas de inhabilitación o multa.

(Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 27.304 B.O. 2/11/2016)

ARTÍCULO 41 quater — Cuando alguno de los delitos previstos en este Código sea cometido con la intervención de menores de dieciocho años de edad, la escala penal correspondiente se incrementará en un tercio del mínimo y del máximo, respecto de los mayores que hubieren participado en el mismo.

(Artículo incorporado por art. 1° de la Ley N° 25.767 B.O. 1/9/2003)

ARTÍCULO 41 quinquies — Cuando alguno de los delitos previstos en este Código hubiere sido cometido con la finalidad de aterrorizar a la población u obligar a las autoridades públicas nacionales o gobiernos extranjeros o agentes de una organización internacional a realizar un acto o abstenerse de hacerlo, la escala se incrementará en el doble del mínimo y el máximo.

Las agravantes previstas en este artículo no se aplicarán cuando el o los hechos de que se traten tuvieren lugar en ocasión del ejercicio de derechos humanos y/o sociales o de cualquier otro derecho constitucional.

(Artículo incorporado por art. 3° de la Ley N° 26.734 B.O. 28/12/2011)

TÍTULO VI. TENTATIVA

ARTÍCULO 42.- El que con el fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad, sufrirá las penas determinadas en el artículo 44.

ARTÍCULO 43.- El autor de tentativa no estará sujeto a pena cuando desistiere voluntariamente del delito.

ARTÍCULO 44.- La pena que correspondería al agente, si hubiere consumado el delito, se disminuirá de un tercio a la mitad.

Si la pena fuere de reclusión perpetua, la pena de la tentativa será reclusión de quince a veinte años. Si la pena fuese de prisión perpetua, la de tentativa será prisión de diez a quince años.

Si el delito fuera imposible, la pena se disminuirá en la mitad y podrá reducirse al mínimo legal o eximirse de ella, según el grado de peligrosidad revelada por el delincuente.

TÍTULO VII. PARTICIPACION CRIMINAL

ARTÍCULO 45.- Los que tomasen parte en la ejecución del hecho o prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse, tendrán la pena establecida para el delito. En la misma pena incurrirán los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo.

ARTÍCULO 46.- Los que cooperen de cualquier otro modo a la ejecución del hecho y los que presten una ayuda posterior cumpliendo promesas anteriores al mismo, serán reprimidos con la pena correspondiente al delito, disminuida de un tercio a la mitad. Si la pena fuere de reclusión perpetua, se aplicará reclusión de quince a veinte años y si fuere de prisión perpetua, se aplicará prisión de diez a quince años.

ARTÍCULO 47.- Si de las circunstancias particulares de la causa resultare que el acusado de complicidad no quiso cooperar sino en un hecho menos grave que el cometido por el autor, la pena será aplicada al cómplice solamente en razón del hecho que prometió ejecutar.

Si el hecho no se consumase, la pena del cómplice se determinará conforme a los preceptos de este artículo y a los del título de la tentativa.

ARTÍCULO 48.- Las relaciones, circunstancias y calidades personales, cuyo efecto sea disminuir o excluir la penalidad, no tendrán influencia sino respecto al autor o cómplice a quienes correspondan. Tampoco tendrán influencia aquéllas cuyo efecto sea agravar la penalidad, salvo el caso en que fueren conocidas por el partícipe.

ARTÍCULO 49.- No se considerarán partícipes de los delitos cometidos por la prensa a las personas que solamente prestaren al autor del escrito o grabado la cooperación material necesaria para su publicación, difusión o venta.

TÍTULO VIII. REINCIDENCIA

ARTÍCULO 50.- Habrá reincidencia siempre que quien hubiera cumplido, total o parcialmente, pena privativa de libertad impuesta por un tribunal del país cometiere un nuevo delito punible también con esa clase de pena.

La condena sufrida en el extranjero se tendrá en cuenta para la reincidencia si ha sido pronunciada por razón de un delito que pueda, según la ley argentina, dar lugar a extradición.

No dará lugar a reincidencia la pena cumplida por delitos políticos, los previstos exclusivamente en el Código de Justicia Militar, los amnistiados o los cometidos por menores de dieciocho años de edad. La pena sufrida no se tendrá en cuenta a los efectos de la reincidencia cuando desde su cumplimiento hubiera transcurrido un término igual a aquél por la que fuera impuesta, que nunca excederá de diez ni será inferior a cinco años.

ARTÍCULO 51.- Todo ente oficial que lleve registros penales se abstendrá de informar sobre datos de un proceso terminado por sobreseimiento o sentencia absolutoria. En ningún caso se informará la existencia de detenciones que no provengan de la formación de causa, salvo que los informes se requieran para resolver un hábeas corpus o en causas por delitos de que haya sido víctima el detenido.

El registro de las sentencias condenatorias caducará a todos sus efectos:

1. Después de transcurridos diez años desde la sentencia (art. 27) para las condenas condicionales;
2. Después de transcurridos diez años desde su extinción para las demás condenas a penas privativas de la libertad;
3. Después de transcurridos cinco años desde su extinción para las condenas a pena de multa o inhabilitación.

En todos los casos se deberá brindar la información cuando mediare expreso consentimiento del interesado. Asimismo, los jueces podrán requerir la información, excepcionalmente, por resolución que sólo podrá fundarse en la necesidad concreta del antecedente como elemento de prueba de los hechos en un proceso judicial.

Los tribunales deberán comunicar a los organismos de registro la fecha de caducidad:

1. Cuando se extingan las penas perpetuas;
2. Cuando se lleve a cabo el cómputo de las penas temporales, sean condicionales o de cumplimiento efectivo;
3. Cuando se cumpla totalmente la pena de multa o, en caso de su sustitución por prisión (art. 21, párr. 2º), al efectuar el cómputo de la prisión impuesta;
4. Cuando declaren la extinción de las penas en los casos previstos por los artículos 65, 68 y 69.

La violación de la prohibición de informar será considerada como violación de secreto en los términos del artículo 157, si el hecho no constituyere un delito más severamente penado.

ARTÍCULO 52.- Se impondrá reclusión por tiempo indeterminado como accesoria de la última condena, cuando la reincidencia fuere múltiple en forma tal que mediaren las siguientes penas anteriores:

1. Cuatro penas privativas de libertad, siendo una de ellas mayor de tres años;
2. Cinco penas privativas de libertad, de tres años o menores.

Los tribunales podrán, por una única vez, dejar en suspenso la aplicación de esta medida accesoria, fundando expresamente su decisión en la forma prevista en el artículo 26.

ARTÍCULO 53.- En los casos del artículo anterior, transcurridos cinco años del cumplimiento de la reclusión accesoria, el tribunal que hubiera dictado la última condena o impuesto la pena única estará facultado para otorgarle la libertad condicional, previo informe de la autoridad penitenciaria, en las condiciones compromisorias previstas en el artículo 13, y siempre que el condenado hubiera mantenido buena conducta, demostrando aptitud y hábito para el trabajo, y demás actitudes que permitan suponer verosímelmente que no constituirá un peligro para la sociedad. Transcurridos cinco años de obtenida la libertad condicional el condenado podrá solicitar su libertad definitiva al tribunal que la concedió, el que decidirá según sea el resultado obtenido en el período de prueba y previo informe del patronato, institución o persona digna de confianza, a cuyo cargo haya estado el control de la actividad del liberado. Los condenados con la reclusión accesoria por tiempo indeterminado deberán cumplirla en establecimientos federales.

La violación por parte del liberado de cualquiera de las condiciones establecidas en el artículo 13 podrá determinar la revocatoria del beneficio acordado y su reintegro al régimen carcelario anterior. Después de transcurridos cinco años de su reintegro al régimen carcelario podrá en los casos de los incisos 1º, 2º, 3º y 5º del artículo 13, solicitar nuevamente su libertad condicional.

TÍTULO IX. CONCURSO DE DELITOS

ARTÍCULO 54.- Cuando un hecho cayere bajo más de una sanción penal, se aplicará solamente la que fijare pena mayor.

ARTÍCULO 55.- Cuando concurrieren varios hechos independientes reprimidos con una misma especie de pena, la pena aplicable al reo tendrá como mínimo, el mínimo mayor y como máximo, la suma aritmética de las penas máximas correspondientes a los diversos hechos.

Sin embargo, esta suma no podrá exceder de (50) cincuenta años de reclusión o prisión.

(Artículo sustituido por art. 1º de la Ley N° 25.928 B.O. 10/9/2004)

ARTÍCULO 56.- Cuando concurrieren varios hechos independientes reprimidos con penas divisibles de reclusión o prisión se aplicará la pena más grave, teniendo en cuenta los delitos de pena menor.

Si alguna de las penas no fuere divisible, se aplicará ésta únicamente, salvo el caso en que concurrieren la de prisión perpetua y la de reclusión temporal, en que se aplicará reclusión perpetua. La inhabilitación y la multa se aplicarán siempre, sin sujeción a lo dispuesto en el párrafo primero.

ARTÍCULO 57.- A los efectos del artículo anterior, la gravedad relativa de las penas de diferente naturaleza se determinará por el orden en que se hallan enumeradas en el artículo 5º.

ARTÍCULO 58.- Las reglas precedentes se aplicarán también en el caso en que después de una condena pronunciada por sentencia firme se deba juzgar a la misma persona que esté cumpliendo pena por otro hecho distinto; o cuando se hubieren dictado dos o más sentencias firmes con violación de dichas reglas. Corresponderá al juez que haya aplicado la pena mayor dictar, a pedido de parte, su única sentencia, sin alterar las declaraciones de hechos contenidas en las otras.

Cuando por cualquier causa la justicia federal, en autos en que ella haya intervenido, no pueda aplicar esta regla, lo hará la justicia ordinaria nacional o provincial que conoció de la infracción penal, según sea el caso.

TÍTULO X. EXTINCIÓN DE ACCIONES Y DE PENAS

ARTÍCULO 59.- La acción penal se extinguirá:

- 1) Por la muerte del imputado;
- 2) Por la amnistía;
- 3) Por la prescripción;
- 4) Por la renuncia del agraviado, respecto de los delitos de acción privada;
- 5) Por aplicación de un criterio de oportunidad, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes;
- 6) Por conciliación o reparación integral del perjuicio, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes;
- 7) Por el cumplimiento de las condiciones establecidas para la suspensión del proceso a prueba, de conformidad con lo previsto en este Código y las leyes procesales correspondientes.

(Artículo sustituido por art. 1º de la Ley N° 27.147 B.O. 18/06/2015)

ARTÍCULO 60.- La renuncia de la persona ofendida al ejercicio de la acción penal sólo perjudicará al renunciante y a sus herederos.

ARTÍCULO 61.- La amnistía extinguirá la acción penal y hará cesar la condena y todos sus efectos, con excepción de las indemnizaciones debidas a particulares.

ARTÍCULO 62.- La acción penal se prescribirá durante el tiempo fijado a continuación:

1º. A los quince años, cuando se tratare de delitos cuya pena fuere la de reclusión o prisión perpetua;

2º. Después de transcurrido el máximo de duración de la pena señalada para el delito, si se tratare de hechos reprimidos con reclusión o prisión, no pudiendo, en ningún caso, el término de la prescripción exceder de doce años ni bajar de dos años;

3º. A los cinco años, cuando se tratare de un hecho reprimido únicamente con inhabilitación perpetua;

4º. Al año, cuando se tratare de un hecho reprimido únicamente con inhabilitación temporal;

5º. A los dos años, cuando se tratare de hechos reprimidos con multa.

ARTÍCULO 63.- La prescripción de la acción empezará a correr desde la medianoche del día en que se cometió el delito o, si éste fuese continuo, en que cesó de cometerse.

(Segundo y tercer párrafos derogados por art. 3º de la Ley N° 27.206 B.O. 10/11/2015)

ARTÍCULO 64.- La acción penal por delito reprimido con multa se extinguirá en cualquier estado de la instrucción y mientras no se haya iniciado el juicio, por el pago voluntario del mínimo de la multa correspondiente y la reparación de los daños causados por el delito.

Si se hubiese iniciado el juicio deberá pagarse el máximo de la multa correspondiente, además de repararse los daños causados por el delito.

En ambos casos el imputado deberá abandonar en favor del estado, los objetos que presumiblemente resultarían decomisados en caso que recayera condena.

El modo de extinción de la acción penal previsto en este artículo podrá ser admitido por segunda vez si el nuevo delito ha sido cometido después de haber transcurrido ocho años a partir de la fecha de la resolución que hubiese declarado la extinción de la acción penal en la causa anterior.

(Artículo sustituido por art. 6º de la Ley N° 24.316 B.O. 19/5/1994)

ARTÍCULO 65.- Las penas se prescriben en los términos siguientes:

1º. La de reclusión perpetua, a los veinte años;

2º. La de prisión perpetua, a los veinte años;

3º. La de reclusión o prisión temporal, en un tiempo igual al de la condena;

4º. La de multa, a los dos años.

ARTÍCULO 66.- La prescripción de la pena empezará a correr desde la medianoche del día en que se notificare al reo la sentencia firme o desde el quebrantamiento de la condena, si ésta hubiese empezado a cumplirse.

ARTÍCULO 67.- La prescripción se suspende en los casos de los delitos para cuyo juzgamiento sea necesaria la resolución de cuestiones previas o prejudiciales, que deban ser resueltas en otro juicio. Terminada la causa de la suspensión, la prescripción sigue su curso.

La prescripción también se suspende en los casos de delitos cometidos en el ejercicio de la función pública, para todos los que hubiesen participado, mientras cualquiera de ellos se encuentre desempeñando un cargo público.

El curso de la prescripción de la acción penal correspondiente a los delitos previstos en los artículos 226 y 227 bis, se suspenderá hasta el restablecimiento del orden constitucional.

En los delitos previstos en los artículos 119, 120, 125, 125 bis, 128, 129 —in fine—, 130 —párrafos segundo y tercero—, 145 bis y 145 ter del Código Penal, se suspende la prescripción mientras la víctima sea menor de edad y hasta que habiendo cumplido la mayoría de edad formule por sí la denuncia o ratifique la formulada por sus representantes legales durante su minoría de edad.

Si como consecuencia de cualquiera de los delitos indicados hubiera ocurrido la muerte del menor de edad, comenzará a correr desde la medianoche del día en que aquél hubiera alcanzado la mayoría de edad.

La prescripción se interrumpe solamente por:

- a) La comisión de otro delito;
- b) El primer llamado efectuado a una persona, en el marco de un proceso judicial, con el objeto de recibirle declaración indagatoria por el delito investigado;
- c) El requerimiento acusatorio de apertura o elevación a juicio, efectuado en la forma que lo establezca la legislación procesal correspondiente;
- d) El auto de citación a juicio o acto procesal equivalente; y
- e) El dictado de sentencia condenatoria, aunque la misma no se encuentre firme.

La prescripción corre, se suspende o se interrumpe separadamente para cada delito y para cada uno de sus partícipes, con la excepción prevista en el segundo párrafo de este artículo.

(Artículo sustituido por art. 2° de la Ley N° 27.206 B.O. 10/11/2015)

ARTÍCULO 68.- El indulto del reo extinguirá la pena y sus efectos, con excepción de las indemnizaciones debidas a particulares.

ARTÍCULO 69.- El perdón de la parte ofendida extinguirá la pena impuesta por delito de los enumerados en el artículo 73.

Si hubiere varios partícipes, el perdón en favor de uno de ellos aprovechará a los demás.

ARTÍCULO 70.- Las indemnizaciones pecuniarias inherentes a las penas, podrán hacerse efectivas sobre los bienes propios del condenado, aun después de muerto.

TÍTULO XI. DEL EJERCICIO DE LAS ACCIONES

ARTÍCULO 71.- Sin perjuicio de las reglas de disponibilidad de la acción penal previstas en la legislación procesal, deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales, con excepción de las siguientes:

- 1) Las que dependieren de instancia privada;
- 2) Las acciones privadas.

(Artículo sustituido por art. 2° de la Ley N° 27.147 B.O. 18/06/2015)

ARTÍCULO 72.- Son acciones **dependientes de instancia privada** las que nacen de los siguientes delitos:

1. Los previstos en los artículos 119, 120 y 130 del Código Penal cuando no resultare la muerte de la persona ofendida o lesiones de las mencionadas en el artículo 91.
2. Lesiones leves, sean dolosas o culposas.
3. Impedimento de contacto de los hijos menores con sus padres no convivientes.

En los casos de este artículo, no se procederá a formar causa sino por acusación o denuncia del agraviado, de su tutor, guardador o representantes legales. Sin embargo, se procederá **de oficio**:

- a) En los casos del inciso 1, cuando la víctima fuere **menor de 18 años de edad** o haya sido declarada incapaz;
- b) En los casos del inciso 2, cuando mediaren razones de **seguridad o interés público**;

c) En los casos de los incisos 2 y 3, cuando el delito fuere cometido **contra un menor** que no tenga padres, tutor ni guardador, o que lo fuere por uno de sus ascendientes, tutor o guardador, o cuando existieren intereses gravemente contrapuestos entre éstos y el menor, siempre que resultare más conveniente para el interés superior de aquél.

(Artículo sustituido por Ley N° 27.455 B.O. 25/10/2018)

ARTÍCULO 73.- Son acciones privadas las que nacen de los siguientes delitos:

- 1) Calumnias e injurias;
- 2) Violación de secretos, salvo en los casos de los artículos 154 y 157;
- 3) Concurrencia desleal, prevista en el artículo 159;
- 4) **Incumplimiento de los deberes de asistencia familiar**, cuando la víctima fuere el cónyuge.

Asimismo, son acciones privadas las que de conformidad con lo dispuesto por las leyes procesales correspondientes, surgen de la conversión de la acción pública en privada o de la prosecución de la acción penal por parte de la víctima.

La acción por calumnia e injuria, podrá ser ejercitada sólo por el ofendido y después de su muerte por el cónyuge, hijos, nietos o padres sobrevivientes.

En los demás casos, se procederá únicamente por querrela del agraviado o de sus guardadores o representantes legales.

(Artículo sustituido por art. 3° de la Ley N° 27.147 B.O. 18/06/2015)

ARTÍCULO 74.- (Artículo derogado por art. 2° de la Ley N°24.453 B.O. 7/3/1995)

ARTÍCULO 75.- (Artículo derogado por art. 5° de la Ley N° 27.147 B.O. 18/06/2015)

TÍTULO XII. SJP

(Título incorporado por art. 3° de la Ley N°24.316 B.O. 19/5/1994)

De la suspensión del juicio a prueba

ARTÍCULO 76.- La suspensión del juicio a prueba se regirá de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes. Ante la falta de regulación total o parcial, se aplicarán las disposiciones de este Título.

(Artículo sustituido por art. 4° de la Ley N° 27.147 B.O. 18/06/2015)

ARTÍCULO 76 bis.- El imputado de un delito de acción pública reprimido con pena de reclusión o prisión cuyo máximo no exceda de tres años, podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba.

En casos de concurso de delitos, el imputado también podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba si el máximo de la pena de reclusión o prisión aplicable no excediese de tres años.

Al presentar la solicitud, el imputado deberá ofrecer hacerse cargo de la reparación del daño en la medida de lo posible, sin que ello implique confesión ni reconcimimiento de la responsabilidad civil correspondiente. El juez decidirá sobre la razonabilidad del ofrecimiento en resolución fundada. La parte damnificada podrá aceptar o no la reparación ofrecida, y en este último caso, si la realización del juicio se suspendiere, tendrá habilitada la acción civil correspondiente.

Si las circunstancias del caso permitieran dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable, y hubiese consentimiento del fiscal, el Tribunal podrá suspender la realización del juicio.

Si el delito o alguno de los delitos que integran el concurso estuviera reprimido con pena de multa aplicable en forma conjunta o alternativa con la de prisión, será condición, además, que se pague el mínimo de la multa correspondiente.

El imputado deberá abandonar en favor del estado, los bienes que presumiblemente resultarían decomisados en caso que recayera condena.

No procederá la suspensión del juicio cuando un funcionario público, en el ejercicio de sus funciones, hubiese participado en el delito.

Tampoco procederá la suspensión del juicio a prueba respecto de los delitos reprimidos con pena de inhabilitación.

Tampoco procederá la suspensión del juicio a prueba respecto de los ilícitos reprimidos por las Leyes 22.415 y 24.769 y sus respectivas modificaciones. (Párrafo incorporado por art. 19 de la Ley N° 26.735 B.O. 28/12/2011)

(Artículo incorporado por art. 3° de la Ley N° 24.316 B.O. 19/5/1994)

ARTÍCULO 76 ter.- El tiempo de la suspensión del juicio será fijado por el Tribunal entre uno y tres años, según la gravedad del delito. El Tribunal establecerá las reglas de conducta que deberá cumplir el imputado, conforme las previsiones del artículo 27 bis.

Durante ese tiempo se suspenderá la prescripción de la acción penal.

La suspensión del juicio será dejada sin efecto si con posterioridad se conocieran circunstancias que modifiquen el máximo de la pena aplicable o la estimación acerca de la condicionalidad de la ejecución de la posible condena.

Si durante el tiempo fijado por el Tribunal el imputado no comete un delito, repara los daños en la medida ofrecida y cumple con las reglas de conducta establecidas, se extinguirá la acción penal. En caso contrario, se llevará a cabo el juicio y si el imputado fuere absuelto se le devolverán los bienes abandonados en favor del Estado y la multa pagada, pero no podrá pretender el reintegro de las reparaciones cumplidas.

Cuando la realización del juicio fuese determinada por la comisión de un nuevo delito, la pena que se imponga no podrá ser dejada en suspenso.

La suspensión de un juicio a prueba podrá ser concedida por segunda vez si el nuevo delito ha sido cometido después de haber transcurrido ocho años a partir de la fecha de expiración del plazo por el cual hubiera sido suspendido el juicio en el proceso anterior.

No se admitirá una nueva suspensión de juicio respecto de quien hubiese incumplido las reglas impuestas en una suspensión anterior.

(Artículo incorporado por art. 4° de la Ley N° 24.316 B.O. 19/5/1994)

ARTÍCULO 76 quater.- La suspensión del juicio a prueba hará inaplicables al caso las reglas de prejudicialidad de los artículos 1101 y 1102 del Código Civil, y no obstará a la aplicación de las sanciones contravencionales, disciplinarias o administrativas que pudieran corresponder.

(Artículo incorporado por art. 5° de la Ley N° 24.316 B.O. 19/5/1994)

TÍTULO XIII. SIGNIFICACION DE CONCEPTOS EMPLEADOS EN EL CODIGO

(Numeración del capítulo sustituida por art. 2° de la Ley N° 24.316 B.O. 19/5/1994)

ARTÍCULO 77.- Para la inteligencia del texto de este código se tendrán presente las siguientes reglas:

Los plazos a que este código se refiere serán contados con arreglo a las disposiciones del Código Civil. Sin embargo, la liberación de los condenados a penas privativas de libertad se efectuará al mediodía del día correspondiente.

La expresión “reglamentos” u “ordenanzas”, comprende todas las disposiciones de carácter general dictadas por la autoridad competente en la materia de que traten.

Por los términos “funcionario público” y “empleado público”, usados en este código, se designa a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente.

Por el término “militar” se designa a toda persona que revista estado militar en el momento del hecho conforme la ley orgánica para el personal militar.

Los funcionarios públicos civiles que integran la cadena de mando se encuentran asimilados al personal militar con relación a los delitos que cometan en su carácter de tales, cuando produzcan actos o impartan órdenes o instrucciones como integrantes de la cadena de mando si las mismas implican comisión de delito o participación en el mismo.

Con la palabra “mercadería”, se designa toda clase de efectos susceptibles de expendio.

El término “capitán” comprende a todo comandante de embarcación o al que le sustituye.

El término “tripulación” comprende a todos los que se hallan abordo como oficiales o marineros.

El término “estupefacientes” comprende los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias susceptibles de producir dependencia física o psíquica, que se incluyan en las listas que se elaboren y actualicen periódicamente por decreto del Poder Ejecutivo nacional.

El término “establecimiento rural” comprende todo inmueble que se destine a la cría, mejora o engorde del ganado, actividades de tambo, granja o cultivo de la tierra, a la avicultura u otras crianzas, fomento o aprovechamiento semejante.

El término “documento” comprende toda representación de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento, archivo o transmisión.

Los términos “firma” y “suscripción” comprenden la firma digital, la creación de una firma digital o firmar digitalmente.

Los términos “instrumento privado” y “certificado” comprenden el documento digital firmado digitalmente.

El término “información privilegiada” comprende toda información no disponible para el público cuya divulgación podría tener significativa influencia en el mercado de valores.

(Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 26.733 B.O. 28/12/2011)

ARTÍCULO 78.- Queda comprendido en el concepto de "violencia", el uso de medios hipnóticos o narcóticos.

ARTÍCULO 78 bis. — (Artículo derogado por art. 14 de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008)

LIBRO SEGUNDO. DE LOS DELITOS

TÍTULO I. DELITOS CONTRA LAS PERSONAS. Art. 79 a 108

Capítulo I. Delitos contra la vida

ARTÍCULO 79. - Se aplicará reclusión o prisión de ocho a veinticinco años, al que matare a otro siempre que en este código no se estableciere otra pena.

ARTÍCULO 80. - Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare:

1º A su ascendiente, descendiente, cónyuge, ex cónyuge, o a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediare o no convivencia. (inciso sustituido por art. 1º de la Ley N° 26.791 B.O. 14/12/2012)

2º Con ensañamiento, alevosía, veneno u otro procedimiento insidioso.

3º Por precio o promesa remuneratoria.

4º Por placer, codicia, odio racial, religioso, de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión. (inciso sustituido por art. 1º de la Ley N° 26.791 B.O. 14/12/2012)

5º Por un medio idóneo para crear un peligro común.

6º Con el concurso premeditado de dos o más personas.

7º Para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito o para asegurar sus resultados o procurar la impunidad para sí o para otro o por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito.

8º A un miembro de las fuerzas de seguridad pública, policiales o penitenciarias, por su función, cargo o condición. (Inciso incorporado por art. 1º de la Ley N° 25.601 B.O.11/6/2002)

9º Abusando de su función o cargo, cuando fuere miembro integrante de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario. (Inciso incorporado por art. 1º de la Ley N° 25.816 B.O.9/12/2003)

10 A su superior militar frente a enemigo o tropa formada con armas. (Inciso incorporado por art. 2º del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)

11. A una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediare violencia de género. (inciso incorporado por art. 2º de la Ley N° 26.791 B.O. 14/12/2012)

12. Con el propósito de causar sufrimiento a una persona con la que se mantiene o ha mantenido una relación en los términos del inciso 1°. (inciso incorporado por art. 2° de la Ley N° 26.791 B.O. 14/12/2012)

Cuando en el caso del inciso 1° de este artículo, mediaren circunstancias extraordinarias de atenuación, el juez podrá aplicar prisión o reclusión de ocho (8) a veinticinco (25) años. Esto no será aplicable a quien anteriormente hubiera realizado actos de violencia contra la mujer víctima. (Párrafo sustituido por art. 3° de la Ley N° 26.791 B.O. 14/12/2012)

ARTÍCULO 81. - 1º Se impondrá reclusión de tres a seis años, o prisión de uno a tres años:

a) Al que matare a otro, encontrándose en un estado de emoción violenta y que las circunstancias hicieren excusable.

b) Al que, con el propósito de causar un daño en el cuerpo o en la salud, produjere la muerte de alguna persona, cuando el medio empleado no debía razonablemente ocasionar la muerte.

2º (Inciso derogado por art. 1° de la Ley N° 24.410 B.O. 2/1/1995)

ARTÍCULO 82. - Cuando en el caso del inciso 1º del artículo 80 concurriese alguna de las circunstancias del inciso 1º del artículo anterior, la pena será de reclusión o prisión de diez a veinticinco años.

ARTÍCULO 83. - Será reprimido con prisión de uno a cuatro años, el que instigare a otro al suicidio o le ayudare a cometerlo, si el suicidio se hubiese tentado o consumado.

ARTÍCULO 84. - Será reprimido con prisión de uno (1) a cinco (5) años e inhabilitación especial, en su caso, por cinco (5) a diez (10) años el que por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o de los deberes a su cargo causare a otro la muerte.

El mínimo de la pena se elevará a dos (2) años si fueren más de una las víctimas fatales.

(Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 27.347 B.O. 6/1/2017).

ARTÍCULO 84 bis. - Será reprimido con prisión de dos (2) a cinco (5) años e inhabilitación especial, en su caso, por cinco (5) a diez (10) años el que por la conducción imprudente, negligente o antirreglamentaria de un vehículo con motor causare a otro la muerte.

La pena será de prisión de tres (3) a seis (6) años, si se diera alguna de las circunstancias previstas en el párrafo anterior y el conductor se diere a la fuga o no intentase socorrer a la víctima siempre y cuando no incurriere en la conducta prevista en el artículo 106, o estuviese bajo los efectos de estupefacientes o con un nivel de alcoholemia igual o superior a quinientos (500) miligramos por litro de sangre en el caso de conductores de transporte público o un (1) gramo por litro de sangre en los demás casos, o estuviese conduciendo en exceso de velocidad de más de treinta (30) kilómetros por encima de la máxima permitida

en el lugar del hecho, o si condujese estando inhabilitado para hacerlo por autoridad competente, o violare la señalización del semáforo o las señales de tránsito que indican el sentido de circulación vehicular o cuando se dieran las circunstancias previstas en el artículo 193 bis, o con culpa temeraria, o cuando fueren más de una las víctimas fatales.

(Artículo incorporado por art. 2° de la Ley N° 27.347 B.O. 6/1/2017).

ARTÍCULO 85. - El o la que causare un aborto será reprimido:

1. Con prisión de tres (3) a diez (10) años, si obrare sin consentimiento de la persona gestante. Esta pena podrá elevarse hasta quince (15) años si el hecho fuere seguido de la muerte de la persona gestante.
2. Con prisión de tres (3) meses a un (1) año, si obrare con consentimiento de la persona gestante, luego de la semana catorce (14) de gestación y siempre que no mediaren los supuestos previstos en el artículo 86.

(Artículo sustituido por art. 14 de la Ley N° 27.610 B.O. 15/01/2021)

ARTÍCULO 85 bis. - Será reprimido o reprimida con prisión de tres (3) meses a un (1) año e inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena, el funcionario público o la funcionaria pública o la autoridad del establecimiento de salud, profesional, efector o personal de salud que dilatase injustificadamente, obstaculizare o se negare, en contravención de la normativa vigente, a practicar un aborto en los casos legalmente autorizados.

(Artículo incorporado por art. 15 de la Ley N° 27.610 B.O. 15/01/2021)

ARTÍCULO 86. - No es delito el aborto realizado con consentimiento de la persona gestante hasta la semana catorce (14) inclusive del proceso gestacional.

Fuera del plazo establecido en el párrafo anterior, no será punible el aborto practicado con el consentimiento de la persona gestante:

1. Si el embarazo fuere producto de una violación. En este caso, se debe garantizar la práctica con el requerimiento y la declaración jurada de la persona gestante ante el o la profesional o personal de salud interviniente.

En los casos de niñas menores de trece (13) años de edad, la declaración jurada no será requerida.

2. Si estuviera en riesgo la vida o la salud integral de la persona gestante.

(Artículo sustituido por art. 16 de la Ley N° 27.610 B.O. 15/01/2021) (El término "...integral..." del texto del inciso 2) fue observado por art. 1º del Decreto N° 14/2021 B.O. 15/01/2021)

ARTÍCULO 87. - Será reprimido o reprimida con prisión de seis (6) meses a tres (3) años, el o la que con violencia causare un aborto sin haber tenido el propósito de causarlo, si el estado del embarazo de la persona gestante fuere notorio o le constare.

(Artículo sustituido por art. 17 de la Ley N° 27.610 B.O. 15/01/2021)

ARTÍCULO 88. - Será reprimida con prisión de tres (3) meses a un (1) año, la persona gestante que, luego de la semana catorce (14) de gestación y siempre que no mediaren los supuestos previstos en el artículo 86, causare su propio aborto o consintiera que otro se lo causare. Podrá eximirse la pena cuando las circunstancias hicieren excusable la conducta.

La tentativa de la persona gestante no es punible.

(Artículo sustituido por art. 18 de la Ley N° 27.610 B.O. 15/01/2021)

Capítulo II

Lesiones

ARTÍCULO 89. - Se impondrá prisión de un mes a un año, al que causare a otro, en el cuerpo o en la salud, un daño que no esté previsto en otra disposición de este código.

ARTÍCULO 90. - Se impondrá reclusión o prisión de uno a seis años, si la lesión produjere una debilitación permanente de la salud, de un sentido, de un órgano, de un miembro o una dificultad permanente de la palabra o si hubiere puesto en peligro la vida del ofendido, le hubiere inutilizado para el trabajo por más de un mes o le hubiere causado una deformación permanente del rostro.

ARTÍCULO 91. - Se impondrá reclusión o prisión de tres a diez años, si la lesión produjere una enfermedad mental o corporal, cierta o probablemente incurable, la inutilidad permanente para el trabajo, la pérdida de un sentido, de un órgano, de un miembro, del uso de un órgano o miembro, de la palabra o de la capacidad de engendrar o concebir.

ARTÍCULO 92. - Si concurriere alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 80, la pena será: en el caso del artículo 89, de seis meses a dos años; en el caso del artículo 90, de tres a diez años; y en el caso del artículo 91, de tres a quince años.

ARTÍCULO 93. - Si concurriere la circunstancia enunciada en el inciso 1º letra a) del artículo 81, la pena será: en el caso del artículo 89, de quince días a seis meses; en el caso del artículo 90, de seis meses a tres años; y en el caso del artículo 91, de uno a cuatro años.

ARTÍCULO 94. - Se impondrá prisión de un (1) mes a tres (3) años o multa de mil (1.000) a quince mil (15.000) pesos e inhabilitación especial por uno (1) a cuatro (4) años, el que por imprudencia o negligencia,

por impericia en su arte o profesión, o por inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo, causare a otro un daño en el cuerpo o en la salud.

Si las lesiones fueran de las descritas en los artículos 90 o 91 y fueren más de una las víctimas lesionadas, el mínimo de la pena prevista en el primer párrafo, será de seis (6) meses o multa de tres mil (3.000) pesos e inhabilitación especial por dieciocho (18) meses.

(Artículo sustituido por art. 3° de la Ley N° 27.347 B.O. 6/1/2017).

ARTÍCULO 94 bis. - Será reprimido con prisión de uno (1) a tres (3) años e inhabilitación especial por dos (2) a cuatro (4) años, si las lesiones de los artículos 90 o 91 fueran ocasionadas por la conducción imprudente, negligente o antirreglamentaria de un vehículo con motor.

La pena será de dos (2) a cuatro (4) años de prisión si se verificase alguna de las circunstancias previstas en el párrafo anterior y el conductor se diese a la fuga, o no intentare socorrer a la víctima siempre y cuando no incurriera en la conducta prevista en el artículo 106, o estuviese bajo los efectos de estupefacientes o con un nivel de alcoholemia igual o superior a quinientos (500) miligramos por litro de sangre en el caso de conductores de transporte público o un (1) gramo por litro de sangre en los demás casos, o estuviese conduciendo en exceso de velocidad de más de treinta (30) kilómetros por encima de la máxima permitida en el lugar del hecho, o si condujese estando inhabilitado para hacerlo por autoridad competente, o violare la señalización del semáforo o las señales de tránsito que indican el sentido de circulación vehicular, o cuando se dieran las circunstancias previstas en el artículo 193 bis, o con culpa temeraria, o cuando fueren más de una las víctimas lesionadas.

(Artículo incorporado por art. 4° de la Ley N° 27.347 B.O. 6/1/2017).

Capítulo III

Homicidio o lesiones en riña

ARTÍCULO 95. - Cuando en riña o agresión en que tomaren parte más de dos personas, resultare muerte o lesiones de las determinadas en los artículos 90 y 91, sin que constare quiénes las causaron, se tendrá por autores a todos los que ejercieron violencia sobre la persona del ofendido y se aplicará reclusión o prisión de dos a seis años en caso de muerte y de uno a cuatro en caso de lesión.

ARTÍCULO 96. - Si las lesiones fueren las previstas en el artículo 89, la pena aplicable será de cuatro a ciento veinte días de prisión.

Capítulo IV

Duelo

ARTÍCULO 97. - Los que se batieren en duelo, con intervención de dos o más padrinos, mayores de edad, que elijan las armas y arreglen las demás condiciones del desafío, serán reprimidos:

1º Con prisión de uno a seis meses, al que no infiriere lesión a su adversario o sólo le causare una lesión de las determinadas en el artículo 89.

2º Con prisión de uno a cuatro años, al que causare la muerte de su adversario o le infiriere lesión de las determinadas en los artículos 90 y 91.

ARTÍCULO 98. - Los que se batieren, sin la intervención de padrinos, mayores de edad, que elijan las armas y arreglen las demás condiciones del desafío, serán reprimidos:

1º El que matare a su adversario, con la pena señalada para el homicida;

2º El que causare lesiones, con la pena señalada para el autor de lesiones;

3º El que no causare lesiones, con prisión de un mes a un año.

ARTÍCULO 99. - El que instigare a otro a provocar o a aceptar un duelo y el que desacreditare públicamente a otro por no desafiar o por rehusar un desafío, serán reprimidos:

1 Con multa de pesos mil a pesos quince mil si el duelo no se realizare o si realizándose, no se produjere muerte ni lesiones o sólo lesiones de las comprendidas en el artículo 89. (Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1º de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

2 Con prisión de uno a cuatro años, si se causare muerte o lesiones de las mencionadas en los artículos 90 y 91.

ARTÍCULO 100. - El que provocare o diere causa a un desafío, proponiéndose un interés pecuniario u otro objeto inmoral, será reprimido:

1º Con prisión de uno a cuatro años, si el duelo no se verificare o si efectuándose, no resultare muerte ni lesiones.

2 Con reclusión o prisión de tres a diez años, si el duelo se realizare y resultaren lesiones;

3 Con reclusión o prisión de diez a veinticinco años, si se produjere la muerte.

ARTÍCULO 101. - El combatiente que faltare, en daño de su adversario, a las condiciones ajustadas por los padrinos, será reprimido:

1º Con reclusión o prisión de tres a diez años, si causare lesiones a su adversario.

2º Con reclusión o prisión de diez a veinticinco años, si le causare la muerte.

ARTÍCULO 102. - Los padrinos de un duelo que usaren cualquier género de alevosía en la ejecución del mismo, serán reprimidos con las penas señaladas en el artículo anterior, según fueren las consecuencias que resultaren.

ARTÍCULO 103. - Cuando los padrinos concertaren un duelo a muerte o en condiciones tales que de ellas debiere resultar la muerte, serán reprimidos con reclusión o prisión de uno a cuatro años, si se verificare la muerte de alguno de los combatientes. Si no se verificare la muerte de alguno de ellos, la pena será de multa de pesos mil a pesos quince mil.

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N°24.286 B.O. 29/12/1993)

Capítulo V

Abuso de armas

ARTÍCULO 104. - Será reprimido con uno a tres años de prisión, el que disparare un arma de fuego contra una persona sin hierla.

Esta pena se aplicará aunque se causare herida a que corresponda pena menor, siempre que el hecho no importe un delito más grave.

Será reprimida con prisión de quince días a seis meses, la agresión con toda arma, aunque no se causare herida.

ARTÍCULO 105. - Si concurriera alguna de las circunstancias previstas en los artículos 80 y 81, inciso 1º, letra a), la pena se aumentará o disminuirá en un tercio respectivamente.

Capítulo VI

Abandono de personas

ARTÍCULO 106.- El que pusiere en peligro la vida o la salud de otro, sea colocándolo en situación de desamparo, sea abandonando a su suerte a una persona incapaz de valerse y a la que deba mantener o cuidar o a la que el mismo autor haya incapacitado, será reprimido con prisión de 2 a 6 años.

La pena será de reclusión o prisión de 3 a 10 años, si a consecuencia del abandono resultare grave daño en el cuerpo o en la salud de la víctima.

Si ocurriere la muerte, la pena será de 5 a 15 años de reclusión o prisión.

(Artículo sustituido por art. 2° de la Ley N° 24.410 B.O. 2/1/1995)

ARTÍCULO 107.- El máximo y el mínimo de las penas establecidas en el artículo precedente, serán aumentados en un tercio cuando el delito fuera cometido por los padres contra sus hijos y por éstos contra aquéllos o por el cónyuge..

(Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 24.410 B.O. 2/1/1995)

ARTÍCULO 108. - Será reprimido con multa de pesos setecientos cincuenta a pesos doce mil quinientos el que encontrando perdido o desamparado a un menor de diez años o a una persona herida o inválida o amenazada de un peligro cualquiera; omitiere prestarle el auxilio necesario, cuando pudiese hacerlo sin riesgo personal o no diere aviso inmediatamente a la autoridad.

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

TÍTULO II. DELITOS CONTRA EL HONOR. Art. 109 a 117

ARTÍCULO 109. - La calumnia o falsa imputación a una persona física determinada de la comisión de un delito concreto y circunstanciado que dé lugar a la acción pública, será reprimida con multa de pesos tres mil (\$ 3.000.-) a pesos treinta mil (\$ 30.000.-). En ningún caso configurarán delito de calumnia las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas.

(Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 26.551 B.O. 27/11/2009)

ARTÍCULO 110. - El que intencionalmente deshonrar o desacreditar a una persona física determinada será reprimido con multa de pesos mil quinientos (\$ 1.500.-) a pesos veinte mil (\$ 20.000.-). En ningún caso configurarán delito de injurias las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas. Tampoco configurarán delito de injurias los calificativos lesivos del honor cuando guardasen relación con un asunto de interés público.

(Artículo sustituido por art. 2° de la Ley N° 26.551 B.O. 27/11/2009)

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

ARTÍCULO 111. - El acusado de injuria, en los casos en los que las expresiones de ningún modo estén vinculadas con asuntos de interés público, no podrá probar la verdad de la imputación salvo en los casos siguientes:

- 1) Si el hecho atribuido a la persona ofendida, hubiere dado lugar a un proceso penal.
- 2) Si el querellante pidiera la prueba de la imputación dirigida contra él.

En estos casos, si se probare la verdad de las imputaciones, el acusado quedará exento de pena.

(Artículo sustituido por art. 3° de la Ley N° 26.551 B.O. 27/11/2009)

ARTÍCULO 112. - (Artículo derogado por art. 4° de la Ley N° 26.551 B.O. 27/11/2009)

ARTÍCULO 113. - El que publicare o reprodujere, por cualquier medio, injurias o calumnias inferidas por otro, será reprimido como autor de las injurias o calumnias de que se trate, siempre que su contenido no fuera atribuido en forma sustancialmente fiel a la fuente pertinente. En ningún caso configurarán delito de calumnia las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas.

(Artículo sustituido por art. 5° de la Ley N° 26.551 B.O. 27/11/2009)

ARTÍCULO 114. - Cuando la injuria o calumnia se hubiere propagado por medio de la prensa, en la capital y territorios nacionales, sus autores quedarán sometidos a las sanciones del presente código y el juez o tribunal ordenará, si lo pidiere el ofendido, que los editores inserten en los respectivos impresos o periódicos, a costa del culpable, la sentencia o satisfacción.

ARTÍCULO 115. - Las injurias proferidas por los litigantes, apoderados o defensores, en los escritos, discursos o informes producidos ante los tribunales y no dados a publicidad, quedarán sujetas únicamente a las correcciones disciplinarias correspondientes.

ARTÍCULO 116. - Cuando las injurias fueren recíprocas, el tribunal podrá, según las circunstancias, declarar exentas de pena a las dos partes o a alguna de ellas.

ARTÍCULO 117. - El acusado de injuria o calumnia quedará exento de pena si se retractare públicamente, antes de contestar la querrela o en el acto de hacerlo. La retractación no importará para el acusado la aceptación de su culpabilidad.

(Artículo sustituido por art. 6° de la Ley N° 26.551 B.O. 27/11/2009)

ARTÍCULO 117 bis.

1°. (Inciso derogado por art. 14 de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008)

2°. La pena será de seis meses a tres años, al que proporcionara a un tercero a sabiendas información falsa contenida en un archivo de datos personales.

3°. La escala penal se aumentará en la mitad del mínimo y del máximo, cuando del hecho se derive perjuicio a alguna persona.

4°. Cuando el autor o responsable del ilícito sea funcionario público en ejercicio de sus funciones, se le aplicará la accesoria de inhabilitación para el desempeño de cargos públicos por el doble del tiempo que el de la condena.

(Artículo incorporado por art. 32 de la Ley N° 25.326 B.O. 2/11/2000)

TÍTULO III. DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL. Art. 119 a 133

(Rúbrica del Título sustituida por art. 1° de la Ley N° 25.087 B.O. 14/5/1999)

(Nota Infoleg: Capítulo I y su rúbrica: Adulterio, derogados por art. 3° de la Ley N° 24.453 B.O. 7/3/1995)

ARTÍCULO 118.- (Artículo derogado por art. 4° de la Ley N° 24.453 B.O. 7/3/1995)

Capítulo II

ARTÍCULO 119. - Será reprimido con reclusión o prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que abusare sexualmente de una persona cuando ésta fuera menor de trece (13) años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción.

La pena será de cuatro (4) a diez (10) años de reclusión o prisión cuando el abuso por su duración o circunstancias de su realización, hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima.

La pena será de seis (6) a quince (15) años de reclusión o prisión cuando mediando las circunstancias del primer párrafo hubiere acceso carnal por vía anal, vaginal u oral o realizare otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías.

En los supuestos de los dos párrafos anteriores, la pena será de ocho (8) a veinte (20) años de reclusión o prisión si:

- a) Resultare un grave daño en la salud física o mental de la víctima;
- b) El hecho fuere cometido por ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano, tutor, curador, ministro de algún culto reconocido o no, encargado de la educación o de la guarda;
- c) El autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave, y hubiere existido peligro de contagio;
- d) El hecho fuere cometido por dos o más personas, o con armas;
- e) El hecho fuere cometido por personal perteneciente a las fuerzas policiales o de seguridad, en ocasión de sus funciones;
- f) El hecho fuere cometido contra un menor de dieciocho (18) años, aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo.

En el supuesto del primer párrafo, la pena será de tres (3) a diez (10) años de reclusión o prisión si concurren las circunstancias de los incisos a), b), d), e) o f).

(Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 27.352 B.O. 17/5/2017)

ARTÍCULO 120 — Será reprimido con prisión o reclusión de tres a seis años el que realizare algunas de las acciones previstas en el segundo o en el tercer párrafo del artículo 119 con una persona menor de dieciséis años, aprovechándose de su inmadurez sexual, en razón de la mayoría de edad del autor, su relación de preeminencia respecto de la víctima, u otra circunstancia equivalente, siempre que no resultare un delito más severamente penado.

La pena será de prisión o reclusión de seis a diez años si mediare alguna de las circunstancias previstas en los incisos a), b), c), e) o f) del cuarto párrafo del artículo 119

(Artículo sustituido por art. 3° de la Ley N° 25.087 B.O. 14/5/1999)

ARTÍCULO 121. - (Artículo derogado por art. 4° de la Ley N° 25.087 B.O. 14/5/1999)

ARTÍCULO 122. - (Artículo derogado por art. 4° de la Ley N° 25.087 B.O. 14/5/1999)

ARTÍCULO 123. - (Artículo derogado por art. 4° de la Ley N° 25.087 B.O. 14/5/1999)

ARTÍCULO 124. - Se impondrá reclusión o prisión perpetua, cuando en los casos de los artículos 119 y 120 resultare la muerte de la persona ofendida.

(Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 25.893 B.O. 26/5/2004)

Capítulo III

ARTÍCULO 125. - El que promoviere o facilitare la corrupción de menores de dieciocho años, aunque mediare el consentimiento de la víctima será reprimido con reclusión o prisión de tres a diez años.

La pena será de seis a quince años de reclusión o prisión cuando la víctima fuera menor de trece años.

Cualquiera que fuese la edad de la víctima, la pena será de reclusión o prisión de diez a quince años, cuando mediare engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad o cualquier otro medio de intimidación o coerción, como también si el autor fuera ascendiente, cónyuge, hermano, tutor o persona conviviente o encargada de su educación o guarda.

(Artículo sustituido por art. 5° de la Ley N° 25.087 B.O. 14/5/1999)

ARTÍCULO 125 bis — El que promoviere o facilitare la prostitución de una persona será penado con prisión de cuatro (4) a seis (6) años de prisión, aunque mediare el consentimiento de la víctima.

(Artículo sustituido por art. 21 de la Ley N° 26.842 B.O. 27/12/2012)

ARTÍCULO 126 — En el caso del artículo anterior, la pena será de cinco (5) a diez (10) años de prisión, si concurriere alguna de las siguientes circunstancias:

1. Mediare engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, o concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima.
2. El autor fuere ascendiente, descendiente, cónyuge, afín en línea recta, colateral o conviviente, tutor, curador, autoridad o ministro de cualquier culto reconocido o no, o encargado de la educación o de la guarda de la víctima.
3. El autor fuere funcionario público o miembro de una fuerza de seguridad, policial o penitenciaria.

Cuando la víctima fuere menor de dieciocho (18) años la pena será de diez (10) a quince (15) años de prisión.

(Artículo sustituido por art. 22 de la Ley N° 26.842 B.O. 27/12/2012)

ARTÍCULO 127 — Será reprimido con prisión de cuatro (4) a seis (6) años, el que explotare económicamente el ejercicio de la prostitución de una persona, aunque mediare el consentimiento de la víctima.

La pena será de cinco (5) a diez (10) años de prisión, si concurriere alguna de las siguientes circunstancias:

1. Mediare engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, o concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima.
2. El autor fuere ascendiente, descendiente, cónyuge, afín en línea recta, colateral o conviviente, tutor, curador, autoridad o ministro de cualquier culto reconocido o no, o encargado de la educación o de la guarda de la víctima.
3. El autor fuere funcionario público o miembro de una fuerza de seguridad, policial o penitenciaria.

Cuando la víctima fuere menor de dieciocho (18) años la pena será de diez (10) a quince (15) años de prisión.

(Artículo sustituido por art. 23 de la Ley N° 26.842 B.O. 27/12/2012)

ARTÍCULO 127 bis. - (Artículo derogado por art. 17 de la Ley N° 26.364, B.O. 30/4/2008)

ARTÍCULO 127 ter. - (Artículo derogado por art. 17 de la Ley N° 26.364, B.O. 30/4/2008)

ARTÍCULO 128 — Será reprimido con prisión de tres (3) a seis (6) años el que produjere, financiare, ofreciere, comerciare, publicare, facilitare, divulgare o distribuyere, por cualquier medio, toda representación de un menor de dieciocho (18) años dedicado a actividades sexuales explícitas o toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales, al igual que el que organizare espectáculos en vivo de representaciones sexuales explícitas en que participaren dichos menores.

Será reprimido con prisión de cuatro (4) meses a un (1) año el que a sabiendas tuviere en su poder representaciones de las descritas en el párrafo anterior.

Será reprimido con prisión de seis (6) meses a dos (2) años el que tuviere en su poder representaciones de las descritas en el primer párrafo con fines inequívocos de distribución o comercialización.

Será reprimido con prisión de un (1) mes a tres (3) años el que facilitare el acceso a espectáculos pornográficos o suministrare material pornográfico a menores de catorce (14) años.

Todas las escalas penales previstas en este artículo se elevarán en un tercio en su mínimo y en su máximo cuando la víctima fuere menor de trece (13) años.

(Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 27.436 B.O. 23/4/2018)

ARTÍCULO 129 — Será reprimido con multa de mil a quince mil pesos el que ejecutare o hiciese ejecutar por otros actos de exhibiciones obscenas expuestas a ser vistas involuntariamente por terceros.

Si los afectados fueren menores de dieciocho años la pena será de prisión de seis meses a cuatro años. Lo mismo valdrá, con independencia de la voluntad del afectado, cuando se tratare de un menor de trece años.

(Artículo sustituido por art. 10° de la Ley N° 25.087, B.O. 14/5/1999)

(Nota Infoleg: multa actualizada anteriormente por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

Capítulo IV

ARTÍCULO 130 — Será reprimido con prisión de uno a cuatro años, el que sustrajere o retuviere a una persona por medio de la fuerza, intimidación o fraude, con la intención de menoscabar su integridad sexual.

La pena será de seis meses a dos años, si se tratare de una persona menor de dieciséis años, con su consentimiento.

La pena será de dos a seis años si se sustrajere o retuviere mediante fuerza, intimidación o fraude a una persona menor de trece años, con el mismo fin.

(Artículo sustituido por art. 11° de la Ley N° 25.087 B.O. 14/5/1999)

ARTÍCULO 131. - Será penado con prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que, por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos, contactare a una persona menor de edad, con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual de la misma.

(Artículo incorporado por art. 1° de la Ley N° 26.904 B.O. 11/12/2013)

Capítulo V

ARTÍCULO 132. - En los delitos previstos en los artículos 119: 1°, 2°, 3° párrafos, 120: 1° párrafo, y 130 la víctima podrá instar el ejercicio de la acción penal pública con el asesoramiento o representación de instituciones oficiales o privadas sin fines de lucro de protección o ayuda a las víctimas.

(Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 26.738 B.O. 7/4/2012)

ARTÍCULO 133. - Los ascendientes, descendientes, cónyuges, convivientes, afines en línea recta, hermanos, tutores, curadores y cualesquiera persona que, con abuso de una relación de dependencia, de autoridad, de poder, de confianza o encargo, cooperaren a la perpetración de los delitos comprendidos en este título serán reprimidos con la pena de los autores.

(Artículo sustituido por art. 13 de la Ley N° 25.087 B.O.14/5/1999)

(Nota Infoleg: Rúbricas de los Capítulos II, III, IV y V derogadas por art. 1° de la Ley N° 25.087 B.O.14/5/1999)

TÍTULO IV. DELITOS CONTRA EL ESTADO CIVIL. Art. 134 a 140

Capítulo I. Matrimonios ilegales

ARTÍCULO 134. - Serán reprimidos con prisión de uno a cuatro años, los que contrajeran matrimonio sabiendo ambos que existe impedimento que cause su nulidad absoluta.

ARTÍCULO 135. - Serán reprimidos con prisión de dos a seis años:

1º. El que contrajere matrimonio cuando, sabiendo que existe impedimento que cause su nulidad absoluta, ocultare esta circunstancia al otro contrayente;

2º. El que engañando a una persona, simulare matrimonio con ella.

ARTÍCULO 136. - El oficial público que a sabiendas autorizare un matrimonio de los comprendidos en los artículos anteriores, sufrirá, en su caso, la pena que en ellos se determina.

Si lo autorizare sin saberlo, cuando su ignorancia provenga de no haber llenado los requisitos que la ley prescribe para la celebración del matrimonio, la pena será de multa de setecientos cincuenta a pesos doce mil quinientos e inhabilitación especial por seis meses a dos años.

Sufrirá multa de pesos setecientos cincuenta a pesos doce mil quinientos el oficial público que, fuera de los demás casos de este artículo, procediere a la celebración de un matrimonio sin haber observado todas las formalidades exigidas por la ley.

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1º de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

ARTÍCULO 137. - En la misma pena incurrirá el representante legítimo de un menor impúber que diere el consentimiento para el matrimonio del mismo.

Capítulo II. Supresión y suposición del estado civil y de la Identidad

ARTÍCULO 138.- Se aplicará prisión de 1 a 4 años al que, por un acto cualquiera, **hiciera incierto, alterare o suprimiere el estado civil de otro.**

(Artículo sustituido por art. 5º de la Ley N° 24.410 B.O. 2/1/1995)

ARTÍCULO 139.- Se impondrá prisión de 2 a 6 años:

1. A la mujer que fingiere preñez o parto para dar a su supuesto hijo derechos que no le correspondan.

2. Al que, por un acto cualquiera, **hiciera incierto, alterare o suprimiere la identidad** de un menor de 10 años, y el que lo retuviere u ocultare.

(Artículo sustituido por art. 6º de la Ley N° 24.410 B.O. 2/1/1995)

ARTÍCULO 139 bis - Será reprimido con reclusión o prisión de 3 a 10 años, el que facilitare, promoviere o de cualquier modo intermediare en la perpetración de los delitos comprendidos en este Capítulo, haya mediado o no precio o promesa remuneratoria o ejercido amenaza o abuso de autoridad.

Incurrirán en las penas establecidas en el párrafo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, el funcionario público o profesional de la salud que cometa alguna de las conductas previstas en este Capítulo.

(Artículo incorporado por art. 7º de la Ley N° 24.410 B.O. 2/1/1995)

TÍTULO V. DELITOS CONTRA LA LIBERTAD

Capítulo I

Delitos contra la libertad individual

ARTÍCULO 140. - Serán reprimidos con reclusión o prisión de cuatro (4) a quince (15) años el que redujere a una persona a esclavitud o servidumbre, bajo cualquier modalidad, y el que la recibiere en tal condición para mantenerla en ella. En la misma pena incurrirá el que obligare a una persona a realizar trabajos o servicios forzados o a contraer matrimonio servil.

(Artículo sustituido por art. 24 de la Ley N° 26.842 B.O. 27/12/2012)

ARTÍCULO 141. - Será reprimido con prisión o reclusión de seis meses a tres años; el que ilegalmente privare a otro de su libertad personal.

ARTÍCULO 142. - Se aplicará prisión o reclusión de dos a seis años, al que privare a otro de su libertad personal, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

1. Si el hecho se cometiere con violencias o amenazas o con fines religiosos o de venganza;
2. Si el hecho se cometiere en la persona de un ascendiente, de un hermano, del cónyuge o de otro individuo a quien se deba respeto particular;
3. Si resultare grave daño a la persona, a la salud o a los negocios del ofendido, siempre que el hecho no importare otro delito por el cual la ley imponga pena mayor;
4. Si el hecho se cometiere simulando autoridad pública u orden de autoridad pública;
5. Si la privación de la libertad durare más de un mes.

ARTÍCULO 142 bis. - Se impondrá prisión o reclusión de cinco (5) a quince (15) años, al que sustrajere, retuviere u ocultare a una persona con el fin de obligar a la víctima o a un tercero, a hacer, no hacer, o tolerar algo contra su voluntad. Si el autor lograre su propósito, el mínimo de la pena se elevará a ocho (8) años.

La pena será de diez (10) a veinticinco (25) años de prisión o reclusión:

1. Si la víctima fuese una mujer embarazada; un menor de dieciocho (18) años de edad; o un mayor de setenta (70) años de edad.

2. Si el hecho se cometiere en la persona de un ascendiente; de un hermano; del cónyuge o conviviente; o de otro individuo a quien se deba respeto particular.

3. Si se causare a la víctima lesiones graves o gravísimas.

4. Cuando la víctima sea una persona discapacitada, enferma o que no pueda valerse por sí misma.

5. Cuando el agente sea funcionario o empleado público o pertenezca o haya pertenecido al momento de comisión del hecho a una fuerza armada, de seguridad u organismo de inteligencia del Estado. (Inciso sustituido por art. 3° del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)

6. Cuando participaran en el hecho tres (3) o más personas.

La pena será de quince (15) a veinticinco (25) años de prisión a reclusión si del hecho resultara la muerte de la persona ofendida, como consecuencia no querida por el autor.

La pena será de prisión o reclusión perpetua si se causare intencionalmente la muerte de la persona ofendida.

La pena del partícipe que, desvinculándose de los otros, se esforzare de modo que la víctima recupere la libertad, sin que tal resultado fuese la consecuencia del logro del propósito del autor, se reducirá de un tercio a la mitad.

(Artículo sustituido por art. 3° de la Ley N° 25.742 B.O. 20/6/2003)

ARTÍCULO 142 ter. - Se impondrá prisión de DIEZ (10) a VEINTICINCO (25) años e inhabilitación absoluta y perpetua para el ejercicio de cualquier función pública y para tareas de seguridad privada, al funcionario público o a la persona o miembro de un grupo de personas que, actuando con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, de cualquier forma, privare de la libertad a una o más personas, cuando este accionar fuera seguido de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona.

La pena será de prisión perpetua si resultare la muerte o si la víctima fuere una mujer embarazada, una persona menor de DIECIOCHO (18) años, una persona mayor de SETENTA (70) años o una persona con discapacidad. La misma pena se impondrá cuando la víctima sea una persona nacida durante la desaparición forzada de su madre.

La escala penal prevista en el presente artículo podrá reducirse en un tercio del máximo y en la mitad del mínimo respecto de los autores o partícipes que liberen con vida a la víctima o proporcionen información que permita su efectiva aparición con vida.

(Artículo incorporado por art. 1º de la Ley Nº 26.679 B.O. 09/05/2011)

ARTÍCULO 143. - Será reprimido con reclusión o prisión de uno a tres años e inhabilitación especial por doble tiempo:

- 1º. El funcionario que retuviera a un detenido o preso, cuya soltura haya debido decretar o ejecutar;
- 2º. El funcionario que prolongare indebidamente la detención de una persona, sin ponerla a disposición del juez competente;
- 3º. El funcionario que incomunicare indebidamente a un detenido;
- 4º. El jefe de prisión u otro establecimiento penal, o el que lo reemplace, que recibiera algún reo sin testimonio de la sentencia firme en que se le hubiere impuesto la pena o lo colocare en lugares del establecimiento que no sean los señalados al efecto;
- 5º. El alcaide o empleado de las cárceles de detenidos y seguridad que recibiere un preso sin orden de autoridad competente, salvo el caso de flagrante delito;
- 6º. El funcionario competente que teniendo noticias de una detención ilegal omitiere, retardare o rehusare hacerla cesar o dar cuenta a la autoridad que deba resolver.

ARTÍCULO 144. - Cuando en los casos del artículo anterior concurriere alguna de las circunstancias enumeradas en los incisos 1, 2, 3 y 5 del artículo 142, el máximo de la pena privativa de la libertad se elevará a cinco años.

ARTÍCULO 144 bis. - Será reprimido con prisión o reclusión de uno a cinco años e inhabilitación especial por doble tiempo:

1. El funcionario público que, con abuso de sus funciones o sin las formalidades prescriptas por la ley, privase a alguno de su libertad personal;
2. El funcionario que desempeñando un acto de servicio cometiera cualquier vejación contra las personas o les aplicare apremios ilegales;
3. El funcionario público que impusiere a los presos que guarde, severidades, vejaciones, o apremios ilegales.

Si concurriere alguna de las circunstancias enumeradas en los incisos 1, 2, 3 y 5 del artículo 142, la pena privativa de la libertad será de reclusión o prisión de dos a seis años.

ARTÍCULO 144 ter.- 1. Será reprimido con reclusión o prisión de ocho a veinticinco años e inhabilitación absoluta y perpetua el funcionario público que impusiere a personas, legítima o ilegítimamente privadas de su libertad, cualquier clase de tortura.

Es indiferente que la víctima se encuentre jurídicamente a cargo del funcionario, bastando que éste tenga sobre aquélla poder de hecho.

Igual pena se impondrá a particulares que ejecutaren los hechos descritos.

2. Si con motivo u ocasión de la tortura resultare la muerte de la víctima, la pena privativa de libertad será de reclusión o prisión perpetua. Si se causare alguna de las lesiones previstas en el artículo 91, la pena privativa de libertad será de reclusión o prisión de diez a veinticinco años.

3. Por tortura se entenderá no solamente los tormentos físicos, sino también la imposición de sufrimientos psíquicos, cuando éstos tengan gravedad suficiente.

ARTÍCULO 144 quater. - 1º. Se impondrá prisión de tres a diez años al funcionario que omitiese evitar la comisión de alguno de los hechos del artículo anterior, cuando tuviese competencia para ello.

2º. La pena será de uno a cinco años de prisión para el funcionario que en razón de sus funciones tomase conocimiento de la comisión de alguno de los hechos del artículo anterior y, careciendo de la competencia a que alude el inciso precedente, omitiese denunciar dentro de las veinticuatro horas el hecho ante el funcionario, ministerio público o juez competente. Si el funcionario fuera médico se le impondrá, además, inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión por doble tiempo de la pena de prisión.

3º. Sufrirá la pena prevista en el inciso 1º de este artículo el juez que, tomando conocimiento en razón de su función de alguno de los hechos a que se refiere el artículo anterior, no instruyere sumario o no denunciare el hecho al juez competente dentro de las veinticuatro horas.

4º. En los casos previstos en este artículo, se impondrá, además, inhabilitación especial perpetua para desempeñarse en cargos públicos. La inhabilitación comprenderá la de tener o portar armas de todo tipo.

ARTÍCULO 144 quinto.- Si se ejecutase el hecho previsto en el artículo 144 tercero, se impondrá prisión de seis meses a dos años e inhabilitación especial de tres a seis años al funcionario a cargo de la repartición, establecimiento, departamento, dependencia o cualquier otro organismo, si las circunstancias del caso permiten establecer que el hecho no se hubiese cometido de haber mediado la debida vigilancia o adoptado los recaudos necesarios por dicho funcionario.

ARTÍCULO 145. - Será reprimido con prisión de dos a seis años, el que condujere a una persona fuera de las fronteras de la República, con el propósito de someterla ilegalmente al poder de otro o de alistarla en un ejército extranjero.

ARTÍCULO 145 bis. - Será reprimido con prisión de cuatro (4) a ocho (8) años, el que ofreciere, captare, trasladare, recibiere o acogiere personas con fines de explotación, ya sea dentro del territorio nacional, como desde o hacia otros países, aunque mediare el consentimiento de la víctima.

(Artículo sustituido por art. 25 de la Ley N° 26.842 B.O. 27/12/2012)

ARTÍCULO 145 ter. - En los supuestos del artículo 145 bis la pena será de cinco (5) a diez (10) años de prisión, cuando:

1. Mediare engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, o concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima.
2. La víctima estuviere embarazada, o fuere mayor de setenta (70) años.
3. La víctima fuera una persona discapacitada, enferma o que no pueda valerse por sí misma.
4. Las víctimas fueren tres (3) o más.
5. En la comisión del delito participaren tres (3) o más personas.
6. El autor fuere ascendiente, descendiente, cónyuge, afín en línea recta, colateral o conviviente, tutor, curador, autoridad o ministro de cualquier culto reconocido o no, o encargado de la educación o de la guarda de la víctima.
7. El autor fuere funcionario público o miembro de una fuerza de seguridad, policial o penitenciaria.

Cuando se lograra consumir la explotación de la víctima objeto del delito de trata de personas la pena será de ocho (8) a doce (12) años de prisión.

Cuando la víctima fuere menor de dieciocho (18) años la pena será de diez (10) a quince (15) años de prisión.

(Artículo sustituido por art. 26 de la Ley N° 26.842 B.O. 27/12/2012)

ARTÍCULO 146.- Será reprimido con prisión o reclusión de 5 a 15 años, el que sustrajere a un menor de 10 años del poder de sus padres, tutor o persona encargada de él, y el que lo retuviere u ocultare.

(Artículo sustituido por art. 8° de la Ley N° 24.410 B.O. 2/1/1995)

ARTÍCULO 147. - En la misma pena incurrirá el que, hallándose encargado de la persona de un menor de diez años, no lo presentara a los padres o guardadores que lo solicitaren o no diere razón satisfactoria de su desaparición.

ARTÍCULO 148. - Será reprimido con prisión de un mes a un año, el que indujere a un mayor de diez años y menor de quince, a fugar de casa de sus padres, guardadores o encargados de su persona.

ARTÍCULO 148: bis: Será reprimido con prisión de 1 (uno) a (cuatro) años el que aprovechar económicamente el trabajo de un niño o niña en violación de las normas nacionales que prohíben el trabajo infantil, siempre que el hecho no importare un delito más grave.

Quedan exceptuadas las tareas que tuvieren fines pedagógicos o de capacitación exclusivamente.

No será punible el padre, madre, tutor o guardador del niño o niña que incurriere en la conducta descripta.

(Artículo incorporado por art. 1° de la Ley N° 26.847 B.O. 12/4/2013)

ARTÍCULO 149. - Será reprimido con prisión de un mes a un año, el que ocultare a las investigaciones de la justicia o de la policía, a un menor de quince años que se hubiere substraído a la potestad o guarda a que estaba legalmente sometido.

La pena será de seis meses a dos años, si el menor no tuviera diez años.

ARTÍCULO 149 bis. - Será reprimido con prisión de seis meses a dos años el que hiciera uso de amenazas para alarmar o amedrentar a una o más personas. En este caso la pena será de uno a tres años de prisión si se emplearen armas o si las amenazas fueren anónimas.

Será reprimido con prisión o reclusión de dos a cuatro años el que hiciera uso de amenazas con el propósito de obligar a otro a hacer, no hacer o tolerar algo contra su voluntad.

ARTÍCULO 149 ter. - En el caso del último apartado del artículo anterior, la pena será:

1) De tres a seis años de prisión o reclusión si se emplearen armas o si las amenazas fueren anónimas;

2) De cinco a diez años de prisión o reclusión en los siguientes casos:

a) Si las amenazas tuvieren como propósito la obtención de alguna medida o concesión por parte de cualquier miembro de los poderes públicos;

b) Si las amenazas tuvieren como propósito el de compeler a una persona a hacer abandono del país, de una provincia o de los lugares de su residencia habitual o de trabajo.

Capítulo II

Violación de domicilio

ARTÍCULO 150. - Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, si no resultare otro delito más severamente penado, el que entrare en morada o casa de negocio ajena, en sus dependencias o en el recinto habitado por otro, contra la voluntad expresa o presunta de quien tenga derecho de excluirlo.

ARTÍCULO 151. - Se impondrá la misma pena e inhabilitación especial de seis meses a dos años, al funcionario público o agente de la autoridad que allanare un domicilio sin las formalidades prescriptas por la ley o fuera de los casos que ella determina.

ARTÍCULO 152. - Las disposiciones de los artículos anteriores no se aplicarán al que entrare en los sitios expresados, para evitar un mal grave a sí mismo, a los moradores o a un tercero, ni al que lo hiciere para cumplir un deber de humanidad o prestar auxilio a la justicia.

Capítulo III

Violación de Secretos y de la Privacidad

(Epígrafe sustituido por art. 3° de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008)

ARTÍCULO 153. - Será reprimido con prisión de quince (15) días a seis (6) meses el que abriere o accediere indebidamente a una comunicación electrónica, una carta, un pliego cerrado, un despacho telegráfico, telefónico o de otra naturaleza, que no le esté dirigido; o se apoderare indebidamente de una comunicación electrónica, una carta, un pliego, un despacho u otro papel privado, aunque no esté cerrado; o indebidamente suprimiere o desviare de su destino una correspondencia o una comunicación electrónica que no le esté dirigida.

En la misma pena incurrirá el que indebidamente interceptare o captare comunicaciones electrónicas o telecomunicaciones provenientes de cualquier sistema de carácter privado o de acceso restringido.

La pena será de prisión de un (1) mes a un (1) año, si el autor además comunicare a otro o publicare el contenido de la carta, escrito, despacho o comunicación electrónica.

Si el hecho lo cometiere un funcionario público que abusare de sus funciones, sufrirá además, inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena.

(Artículo sustituido por art. 4° de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008)

ARTÍCULO 153 BIS. - Será reprimido con prisión de quince (15) días a seis (6) meses, si no resultare un delito más severamente penado, el que a sabiendas accediere por cualquier medio, sin la debida autorización o excediendo la que posea, a un sistema o dato informático de acceso restringido.

La pena será de un (1) mes a un (1) año de prisión cuando el acceso fuese en perjuicio de un sistema o dato informático de un organismo público estatal o de un proveedor de servicios públicos o de servicios financieros.

(Artículo incorporado por art. 5° de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008)

ARTÍCULO 154. - Será reprimido con prisión de uno a cuatro años, el empleado de correos o telégrafos que, abusando de su empleo, se apoderare de una carta, de un pliego, de un telegrama o de otra pieza de correspondencia, se impusiere de su contenido, la entregare o comunicare a otro que no sea el destinatario, la suprimiere, la ocultare o cambiare su texto.

ARTÍCULO 155. - Será reprimido con multa de pesos un mil quinientos (\$ 1.500) a pesos cien mil (\$ 100.000), el que hallándose en posesión de una correspondencia, una comunicación electrónica, un pliego cerrado, un despacho telegráfico, telefónico o de otra naturaleza, no destinados a la publicidad, los hiciere publicar indebidamente, si el hecho causare o pudiere causar perjuicios a terceros.

Está exento de responsabilidad penal el que hubiere obrado con el propósito inequívoco de proteger un interés público.

(Artículo sustituido por art. 6° de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008)

ARTÍCULO 156. - Será reprimido con multa de pesos mil quinientos a pesos noventa mil e inhabilitación especial, en su caso, por seis meses a tres años, el que teniendo noticia, por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revelare sin justa causa.

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

ARTÍCULO 157. - Será reprimido con prisión de un (1) mes a dos (2) años e inhabilitación especial de un (1) a cuatro (4) años, el funcionario público que revelare hechos, actuaciones, documentos o datos, que por ley deben ser secretos.

(Artículo sustituido por art. 7° de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008)

ARTÍCULO 157 bis. -Será reprimido con la pena de prisión de un (1) mes a dos (2) años el que:

1. A sabiendas e ilegítimamente, o violando sistemas de confidencialidad y seguridad de datos, accediere, de cualquier forma, a un banco de datos personales;
2. Ilegítimamente proporcionare o revelare a otro información registrada en un archivo o en un banco de datos personales cuyo secreto estuviere obligado a preservar por disposición de la ley.
3. Ilegítimamente insertare o hiciere insertar datos en un archivo de datos personales.

Cuando el autor sea funcionario público sufrirá, además, pena de inhabilitación especial de un (1) a cuatro (4) años.

(Artículo sustituido por art. 8° de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008)

Capítulo IV

Delitos contra la libertad de trabajo y asociación

ARTÍCULO 158. - Será reprimido con prisión de un mes a un año; el obrero que ejerciere violencia sobre otro para compelerlo a tomar parte en una huelga o boycott. La misma pena sufrirá el patrón, empresario o empleado que, por sí o por cuenta de alguien, ejerciere coacción para obligar a otro a tomar parte en un lock-out y a abandonar o ingresar a una sociedad obrera o patronal determinada.

ARTÍCULO 159. - Será reprimido con multa de pesos dos mil quinientos a pesos treinta mil, el que, por maquinaciones fraudulentas, sospechas malévolas o cualquier medio de propaganda desleal, tratare de desviar, en su provecho, la clientela de un establecimiento comercial o industrial.

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

Capítulo V

Delitos contra la libertad de reunión

ARTÍCULO 160. - Será reprimido con prisión de quince días a tres meses, el que impidiere materialmente o turbare una reunión lícita, con insultos o amenazas al orador o a la institución organizadora del acto.

Capítulo VI

Delitos contra la libertad de prensa

ARTÍCULO 161. - Sufrirá prisión de uno a seis meses, el que impidiere o estorbare la libre circulación de un libro o periódico.

TÍTULO VI. DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD

Capítulo I

Hurto

ARTÍCULO 162. - Será reprimido con prisión de un mes a dos años, el que se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena.-

ARTÍCULO 163. - Se aplicará prisión de uno a seis años en los casos siguientes:

1º Cuando el hurto fuere de productos separados del suelo o de máquinas, instrumentos de trabajo o de productos agroquímicos, fertilizantes u otros insumos similares, dejados en el campo, o de alambres u otros elementos de los cercos.

(Inciso sustituido por art. 2º de la Ley N° 25.890 B.O.21/5/2004)

2º Cuando el hurto se cometiere con ocasión de un incendio, explosión, inundación, naufragio, accidente de ferrocarril, asonada o motín o aprovechando las facilidades provenientes de cualquier otro desastre o conmoción pública o de un infortunio particular del damnificado;

3º Cuando se hiciere uso de ganzúa, llave falsa u otro instrumento semejante o de llave verdadera que hubiere sido sustraída, hallada o retenida; (Inciso sustituido por art. 1º de la Ley N° 24.721 B.O. 18/11/1996)

4º Cuando se perpetrare con escalamiento.

5º Cuando el hurto fuese de mercaderías u otras cosas muebles transportadas por cualquier medio y se cometiere entre el momento de su carga y el de su destino o entrega, o durante las escalas que se realizaren. . (Inciso incorporado por art. 1º de la Ley N° 23.468 B.O. 26/1/1987)

6º Cuando el hurto fuere de vehículos dejados en la vía pública o en lugares de acceso público. . (Inciso incorporado por art. 1º de la Ley N° 24.721 B.O. 18/11/1996)

ARTÍCULO 163 bis — En los casos enunciados en el presente Capítulo, la pena se aumentará en un tercio en su mínimo y en su máximo, cuando quien ejecutare el delito fuere miembro integrante de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario.

(Artículo incorporado por art. 2º de la Ley N° 25.816 B.O.9/12/2003)

Capítulo II

Robo

ARTÍCULO 164. - Será reprimido con prisión de un mes a seis años, el que se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena, con fuerza en las cosas o con violencia física en las personas, sea que la violencia tenga lugar antes del robo para facilitararlo, en el acto de cometerlo o después de cometido para procurar su impunidad.

ARTÍCULO 165. - Se impondrá reclusión o prisión de diez a veinticinco años, si con motivo u ocasión del robo resultare un homicidio.

ARTÍCULO 166. -Se aplicará reclusión o prisión de CINCO a QUINCE años:

1. Si por las violencias ejercidas para realizar el robo, se causare alguna de las lesiones previstas en los artículos 90 y 91.

2. Si el robo se cometiere con armas, o en despoblado y en banda.

Si el arma utilizada fuera de fuego, la escala penal prevista se elevará en un tercio en su mínimo y en su máximo.

Si se cometiere el robo con un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada, o con un arma de utilería, la pena será de TRES a DIEZ años de reclusión o prisión.

(Artículo sustituido por art. 1º de la Ley N° 25.882 B.O. 26/4/2004)

ARTÍCULO 167. - Se aplicará reclusión o prisión de tres a diez años:

1º. Si se cometiere el robo en despoblado;

2º. Si se cometiere en lugares poblados y en banda;

3º. Si se perpetrare el robo con perforación o fractura de pared, cerco, techo o piso, puerta o ventana de un lugar habitado o sus dependencias inmediatas;

4º. Si concurriere alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 163.

ARTÍCULO 167 bis — En los casos enunciados en el presente Capítulo, la pena se aumentará en un tercio en su mínimo y en su máximo, cuando quien ejecutare el delito fuere miembro integrante de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario.

(Artículo incorporado por art. 3º de la Ley N° 25.816 B.O.9/12/2003)

Capítulo 2 bis: Abigeato

(Capítulo incorporado por art. 3º de la Ley N° 25.890 B.O.21/5/2004)

ARTÍCULO 167 ter.- Será reprimido con prisión de DOS (2) a SEIS (6) años el que se apoderare ilegítimamente de UNA (1) o más cabezas de ganado mayor o menor, total o parcialmente ajeno, que se encontrare en establecimientos rurales o, en ocasión de su transporte, desde el momento de su carga hasta el de su destino o entrega, incluyendo las escalas que se realicen durante el trayecto.

La pena será de TRES (3) a OCHO (8) años de prisión si el abigeato fuere de CINCO (5) o más cabezas de ganado mayor o menor y se utilizare un medio motorizado para su transporte.

(Artículo incorporado por art. 3º de la Ley N° 25.890 B.O.21/5/2004)

ARTÍCULO 167 quater.- Se aplicará reclusión o prisión de CUATRO (4) a DIEZ (10) años cuando en el abigeato concurren alguna de las siguientes circunstancias:

- 1.- El apoderamiento se realizare en las condiciones previstas en el artículo 164.
- 2.- Se alteraren, suprimieren o falsificaren marcas o señales utilizadas para la identificación del animal.
- 3.- Se falsificaren o se utilizaren certificados de adquisición, guías de tránsito, boletos de marca o señal, o documentación equivalente, falsos.
- 4.- Participare en el hecho una persona que se dedique a la crianza, cuidado, faena, elaboración, comercialización o transporte de ganado o de productos o subproductos de origen animal.
- 5.- Participare en el hecho un funcionario público quien, violando los deberes a su cargo o abusando de sus funciones, facilitare directa o indirectamente su comisión.
- 6.- Participaren en el hecho TRES (3) o más personas.

(Artículo incorporado por art. 3° de la Ley N° 25.890 B.O.21/5/2004)

ARTÍCULO 167 quinque.- En caso de condena por un delito previsto en este Capítulo, el culpable, si fuere funcionario público o reuniere las condiciones personales descriptas en el artículo 167 quater inciso 4, sufrirá, además, inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena.

En todos los casos antes previstos también se impondrá conjuntamente una multa equivalente de DOS (2) a DIEZ (10) veces del valor del ganado sustraído".

(Artículo incorporado por art. 3° de la Ley N° 25.890 B.O.21/5/2004)

Capítulo III

Extorsión

ARTÍCULO 168. - Será reprimido con reclusión o prisión de cinco a diez años, el que con intimidación o simulando autoridad pública o falsa orden de la misma, obligue a otro a entregar, enviar, depositar o poner a su disposición o a la de un tercero, cosas, dinero o documentos que produzcan efectos jurídicos.

Incurrirá en la misma pena el que por los mismos medios o con violencia, obligue a otro a suscribir o destruir documentos de obligación o de crédito.

ARTÍCULO 169. - Será reprimido con prisión o reclusión de tres a ocho años, el que, por amenaza de imputaciones contra el honor o de violación de secretos, cometiere alguno de los hechos expresados en el artículo precedente.

ARTÍCULO 170. - Se impondrá reclusión o prisión de cinco (5) a quince (15) años, al que sustrajere, retuviere u ocultare a una persona para sacar rescate. Si el autor lograre su propósito, el mínimo de la pena se elevará a ocho (8) años.

La pena será de diez (10) a veinticinco (25) años de prisión o reclusión:

1. Si la víctima fuese una mujer embarazada; un menor de dieciocho (18) años de edad o un mayor de setenta (70) años de edad.
2. Si el hecho se cometiere en la persona de un ascendiente; de un hermano; del cónyuge o conviviente; o de otro individuo a quien se deba respeto particular.
3. Si se causare a la víctima lesiones graves o gravísimas.
4. Cuando la víctima sea una persona discapacitada; enferma; o que no pueda valerse por sí misma.
5. Cuando el agente sea funcionario o empleado público; o pertenezca o haya pertenecido a alguna fuerza de seguridad u organismo de inteligencia del Estado.
6. Cuando participaran en el hecho tres (3) o más personas.

La pena será de quince (15) a veinticinco (25) años de prisión o reclusión si del hecho resultare la muerte de la persona ofendida, como consecuencia no querida por el autor.

La pena será de prisión o reclusión perpetua si se causara intencionalmente la muerte de la persona ofendida.

La pena del partícipe que, desvinculándose de los otros, se esforzare de modo que la víctima recupere la libertad, sin que tal resultado fuese la consecuencia del pago del precio de la libertad, se reducirá de un tercio a la mitad.

(Artículo sustituido por art. 4° de la Ley N° 25.742 B.O. 20/6/2003)

ARTÍCULO 171. - Sufrirá prisión de dos a seis años, el que sustrajere un cadáver para hacerse pagar su devolución.

Capítulo IV

Estafas y otras defraudaciones

ARTÍCULO 172. - Será reprimido con prisión de un mes a seis años, el que defraudare a otro con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza o aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación o valiéndose de cualquier otro ardid o engaño.

ARTÍCULO 173.- Sin perjuicio de la disposición general del artículo precedente, se considerarán casos especiales de defraudación y sufrirán la pena que él establece:

1. El que defraudare a otro en la substancia, calidad o cantidad de las cosas que le entregue en virtud de contrato o de un título obligatorio;
2. El que con perjuicio de otro se negare a restituir o no restituyere a su debido tiempo, dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble que se le haya dado en depósito, comisión, administración u otro título que produzca obligación de entregar o devolver;
3. El que defraudare, haciendo suscribir con engaño algún documento;
4. El que cometiere alguna defraudación abusando de firma en blanco, extendiendo con ella algún documento en perjuicio del mismo que la dio o de tercero;
5. El dueño de una cosa mueble que la sustrajere de quien la tenga legítimamente en su poder, con perjuicio del mismo o de tercero;
6. El que otorgare en perjuicio de otro, un contrato simulado o falsos recibidos;
7. El que, por disposición de la ley, de la autoridad o por un acto jurídico, tuviera a su cargo el manejo, la administración o el cuidado de bienes o intereses pecuniarios ajenos, y con el fin de procurar para sí o para un tercero un lucro indebido o para causar daño, violando sus deberes perjudicare los intereses confiados u obligare abusivamente al titular de éstos;
8. El que cometiere defraudación, substituyendo, ocultando o mutilando algún proceso, expediente, documento u otro papel importante;
9. El que vendiere o gravare como bienes libres, los que fueren litigiosos o estuvieren embargados o gravados; y el que vendiere, gravare o arrendare como propios, bienes ajenos;
10. El que defraudare, con pretexto de supuesta remuneración a los jueces u otros empleados públicos;
11. El que tornare imposible, incierto o litigioso el derecho sobre un bien o el cumplimiento, en las condiciones pactadas, de una obligación referente al mismo, sea mediante cualquier acto jurídico relativo al mismo bien, aunque no importe enajenación, sea removiéndolo, reteniéndolo, ocultándolo o dañándolo, siempre que el derecho o la obligación hubieran sido acordados a otro por un precio o como garantía;

12. El titular fiduciario, el administrador de fondos comunes de inversión o el dador de un contrato de leasing, que en beneficio propio o de un tercero dispusiere, gravare o perjudicare los bienes y de esta manera defraudare los derechos de los cocontratantes; (Inciso incorporado por art. 82 de la Ley N° 24.441 B.O. 16/1/1995)

13. El que encontrándose autorizado para ejecutar extrajudicialmente un inmueble lo ejecutara en perjuicio del deudor, a sabiendas de que el mismo no se encuentra en mora, o maliciosamente omitiera cumplimentar los recaudos establecidos para la subasta mediante dicho procedimiento especial; (Inciso incorporado por art. 82 de la Ley N° 24.441 B.O. 16/1/1995)

14. El tenedor de letras hipotecarias que en perjuicio del deudor o de terceros omitiera consignar en el título los pagos recibidos. (Inciso incorporado por art. 82 de la Ley N° 24.441 B.O. 16/1/1995)

15. El que defraudare mediante el uso de una tarjeta de compra, crédito o débito, cuando la misma hubiere sido falsificada, adulterada, hurtada, robada, perdida u obtenida del legítimo emisor mediante ardid o engaño, o mediante el uso no autorizado de sus datos, aunque lo hiciera por medio de una operación automática. (Inciso incorporado por art. 1° de la Ley N° 25.930 B.O. 21/9/2004)

16. El que defraudare a otro mediante cualquier técnica de manipulación informática que altere el normal funcionamiento de un sistema informático o la transmisión de datos. (Inciso incorporado por art. 9° de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008)

ARTÍCULO 174. - Sufrirá prisión de dos a seis años:

1º. El que para procurarse a sí mismo o procurar a otro un provecho ilegal en perjuicio de un asegurador o de un dador de préstamo a la gruesa, incendiare o destruyere una cosa asegurada o una nave asegurada o cuya carga o flete estén asegurados o sobre la cual se haya efectuado un préstamo a la gruesa;

2º El que abusare de las necesidades, pasiones o inexperiencia de un menor o de un incapaz, declarado o no declarado tal, para hacerle firmar un documento que importe cualquier efecto jurídico, en daño de él o de otro, aunque el acto sea civilmente nulo;

3º. El que defraudare usando de pesas o medidas falsas;

4º. El empresario o constructor de una obra cualquiera o el vendedor de materiales de construcción que cometiere, en la ejecución de la obra o en la entrega de los materiales, un acto fraudulento capaz de poner en peligro la seguridad de las personas, de los bienes o del Estado;

5º. El que cometiere fraude en perjuicio de alguna administración pública.-

6º.- El que maliciosamente afectare el normal desenvolvimiento de un establecimiento o explotación comercial, industrial, agropecuaria, minera o destinado a la prestación de servicios; destruyere, dañare,

hiciera desaparecer, ocultare o fraudulentamente disminuyere el valor de materias primas, productos de cualquier naturaleza, máquinas, equipos u otros bienes de capital. (Inciso incorporado por art. 2° de la Ley N° 25.602 B.O.20/6/2002)

En los casos de los tres incisos precedentes, el culpable, si fuere funcionario o empleado público, sufrirá además inhabilitación especial perpetua. (Párrafo sustituido por art. 3° de la Ley N° 25.602 B.O.20/6/2002)

(Nota Infoleg: Por art. 4° de la Ley N° 25.602 B.O. 20/6/2002 se incorporó el art. 174 bis pero fue vetado por Decreto N° 1059/2002 B.O. 20/6/2002)

ARTÍCULO 175. - Será reprimido con multa de mil pesos a quince mil pesos:

1º. El que encontrare perdida una cosa que no le pertenezca o un tesoro y se apropiare la cosa o la parte del tesoro correspondiente al propietario del suelo, sin observar las prescripciones del Código Civil;

2º. El que se apropiare una cosa ajena, en cuya tenencia hubiere entrado a consecuencia de un error o de un caso fortuito;

3º. El que vendiere la prenda sobre que prestó dinero o se la apropiare o dispusiere de ella, sin las formalidades legales;

4º. El acreedor que a sabiendas exija o acepte de su deudor, a título de documento, crédito o garantía por una obligación no vencida, un cheque o giro de fecha posterior o en blanco.-

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

Capítulo IV bis

Usura

ARTÍCULO 175 bis. - El que, aprovechando la necesidad, la ligereza o la inexperiencia de una persona le hiciera dar o prometer, en cualquier forma, para sí o para otro, intereses u otras ventajas pecuniarias evidentemente desproporcionadas con su prestación, u otorgar recaudos o garantías de carácter extorsivo, será reprimido con prisión de uno a tres años y con multa de pesos tres mil a pesos treinta mil.

La misma pena será aplicable al que a sabiendas adquiriere, transfiriere o hiciera valer un crédito usurario.

La pena de prisión será de tres a seis años, y la multa de pesos quince mil a pesos ciento cincuenta mil, si el autor fuere prestamista o comisionista usurario profesional o habitual.

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

Capítulo V

Quebrados y otros deudores punibles

ARTÍCULO 176. - Será reprimido, como quebrado fraudulento, con prisión de dos a seis años e inhabilitación especial de tres a diez años, el comerciante declarado en quiebra que, en fraude de sus acreedores, hubiere incurrido en algunos de los hechos siguientes:

1º Simular o suponer deudas, enajenaciones, gastos o pérdidas;

2º No justificar la salida o existencia de bienes que debiera tener; sustraer u ocultar alguna cosa que correspondiere a la masa;

3º Conceder ventajas indebidas a cualquier acreedor.

ARTÍCULO 177. - Será reprimido, como quebrado culpable, con prisión de un mes a un año e inhabilitación especial de dos a cinco años, el comerciante que hubiere causado su propia quiebra y perjudicado a sus acreedores, por sus gastos excesivos con relación al capital y al número de personas de su familia, especulaciones ruinosas, juego, abandono de sus negocios o cualquier otro acto de negligencia o imprudencia manifiesta.

ARTÍCULO 178. - Cuando se tratase de la quiebra de una sociedad comercial o de una persona jurídica que ejerza el comercio, o se hubiere abierto el procedimiento de liquidación sin quiebra de un banco u otra entidad financiera, todo director, síndico, administrador, miembro de la comisión fiscalizadora o gerente de la sociedad o establecimiento fallido o del banco o entidad financiera en liquidación sin quiebra, o contador o tenedor de libros de los mismos, que hubiere cooperado a la ejecución de alguno de los actos a que se refieren los artículos anteriores, será reprimido con la pena de la quiebra fraudulenta o culpable, en su caso. Con la misma pena será reprimido el miembro del consejo de administración o directivo, síndico, miembro de la junta fiscalizadora o de vigilancia, o gerente, tratándose de una sociedad cooperativa o mutual.

ARTÍCULO 179. - Será reprimido con prisión de uno a cuatro años, el deudor no comerciante concursado civilmente que, para defraudar a sus acreedores, hubiere cometido o cometiere alguno de los actos mencionados en el artículo 176.

Será reprimido con prisión de seis meses a tres años, el que durante el curso de un proceso o después de una sentencia condenatoria, maliciosamente destruyere, inutilizare, dañare, ocultare o hiciere desaparecer bienes de su patrimonio o fraudulentamente disminuyere su valor, y de esta manera frustrare, en todo o en parte, el cumplimiento de las correspondientes obligaciones civiles.

ARTÍCULO 180. - Será reprimido con prisión de un mes a un año, el acreedor que consintiere en un concordato, convenio o transacción judicial, en virtud de una connivencia con el deudor o con un tercero, por la cual hubiere estipulado ventajas especiales para el caso de aceptación del concordato, convenio o transacción.

La misma pena sufrirá, en su caso, todo deudor o director, gerente o administrador de una sociedad anónima o cooperativa o de una persona jurídica de otra índole, en estado de quiebra o de concurso judicial de bienes, que concluyere un convenio de este género.

Capítulo VI

Usurpación

ARTÍCULO 181.- Será reprimido con prisión de seis meses a tres años:

1º el que por violencia, amenazas, engaños, abusos de confianza o clandestinidad despojare a otro, total o parcialmente, de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real constituido sobre él, sea que el despojo se produzca invadiendo el inmueble, manteniéndose en él o expulsando a los ocupantes;

2º el que, para apoderarse de todo o parte de un inmueble, destruyere o alterare los términos o límites del mismo;

3º el que, con violencias o amenazas, turbare la posesión o tenencia de un inmueble.

(Artículo sustituido por art. 2º Ley N° 24.454 B.O. 7/3/1995)

ARTÍCULO 182. - Será reprimido con prisión de quince días a un año:

1º El que ilícitamente y con el propósito de causar perjuicio a otro sacare aguas de represas, estanques u otros depósitos, ríos, arroyos, fuentes, canales o acueductos o las sacare en mayor cantidad que aquella a que tenga derecho;

2º El que estorbare el ejercicio de los derechos que un tercero tuviere sobre dichas aguas;

3º El que ilícitamente y con el propósito de causar perjuicio a otro represare, desviare o detuviere las aguas de los ríos, arroyos, canales o fuentes o usurpare un derecho cualquiera referente al curso de ellas.

La pena se aumentará hasta dos años, si para cometer los delitos expresados en los números anteriores, se rompieren o alteraren diques, esclusas, compuertas u otras obras semejantes hechas en los ríos, arroyos, fuentes, depósitos, canales o acueductos.

Capítulo VII

Daños

ARTÍCULO 183. - Será reprimido con prisión de quince días a un año, el que destruyere, inutilizare, hiciere desaparecer o de cualquier modo dañare una cosa mueble o inmueble o un animal, total o parcialmente ajeno, siempre que el hecho no constituya otro delito más severamente penado.

En la misma pena incurrirá el que alterare, destruyere o inutilizare datos, documentos, programas o sistemas informáticos; o vendiere, distribuyere, hiciere circular o introdujere en un sistema informático, cualquier programa destinado a causar daños. (Párrafo incorporado por art. 10 de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008)

ARTÍCULO 184. - La pena será de tres (3) meses a cuatro (4) años de prisión, si mediare cualquiera de las circunstancias siguientes:

1. Ejecutar el hecho con el fin de impedir el libre ejercicio de la autoridad o en venganza de sus determinaciones;
2. Producir infección o contagio en aves u otros animales domésticos;
3. Emplear sustancias venenosas o corrosivas;
4. Cometer el delito en despoblado y en banda;
5. Ejecutarlo en archivos, registros, bibliotecas, museos o en puentes, caminos, paseos u otros bienes de uso público; o en tumbas, signos conmemorativos, monumentos, estatuas, cuadros u otros objetos de arte colocados en edificios o lugares públicos; o en datos, documentos, programas o sistemas informáticos públicos;
6. Ejecutarlo en sistemas informáticos destinados a la prestación de servicios de salud, de comunicaciones, de provisión o transporte de energía, de medios de transporte u otro servicio público.

(Artículo sustituido por art. 11 de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008)

Capítulo VIII

Disposiciones generales

ARTÍCULO 185. - Están exentos de responsabilidad criminal, sin perjuicio de la civil, por los hurtos, defraudaciones o daños que recíprocamente se causaren:

1. Los cónyuges, ascendientes, descendientes y afines en la línea recta;
2. El consorte viudo, respecto de las cosas de la pertenencia de su difunto cónyuge, mientras no hayan pasado a poder de otro;

3. Los hermanos y cuñados, si viviesen juntos.

La excepción establecida en el párrafo anterior, no es aplicable a los extraños que participen del delito.

TÍTULO VII. DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD PÚBLICA. Art. 186 a 208

Capítulo I

Incendios y otros estragos

ARTÍCULO 186. - El que causare incendio, explosión o inundación, será reprimido:

1º Con reclusión o prisión de tres a diez años, si hubiere peligro común para los bienes;

2º Con reclusión o prisión de tres a diez años el que causare incendio o destrucción por cualquier otro medio:

a) De cereales en parva, gavillas o bolsas, o de los mismos todavía no cosechados;

b) De bosques, viñas, olivares, cañaverales, algodinales, yerbatales o cualquiera otra plantación de árboles o arbustos en explotación, ya sea con sus frutos en pie o cosechados;

c) De ganado en los campos o de sus productos amontonados en el campo o depositados;

d) De la leña o carbón de leña, apilados o amontonados en los campos de su explotación y destinados al comercio;

e) De alfalfares o cualquier otro cultivo de forrajes, ya sea en pie o emparvados, engavillados, ensilados o enfardados;

f) De los mismos productos mencionados en los párrafos anteriores, cargados, parados o en movimiento;

3º Con reclusión o prisión de tres a quince años, si hubiere peligro para un archivo público, biblioteca, museo, arsenal, astillero, fábrica de pólvora o de pirotecnia militar o parque de artillería;

4º Con reclusión o prisión de tres a quince años, si hubiere peligro de muerte para alguna persona;

5º Con reclusión o prisión de ocho a veinte años, si el hecho fuere causa inmediata de la muerte de alguna persona.

ARTÍCULO 187. - Incurrirá, según los casos, en las penas señaladas en el artículo precedente, el que causare estrago por medio de sumersión o varamiento de nave, derrumbe de un edificio, inundación, de una mina o cualquier otro medio poderoso de destrucción.

ARTÍCULO 188. - Será reprimido con prisión de uno a seis años el que, destruyendo o inutilizando diques u otras obras destinadas a la defensa común contra las inundaciones u otros desastres, hiciere surgir el peligro de que éstos se produzcan.

La misma pena se aplicará al que, para impedir la extinción de un incendio o las obras de defensa contra una inundación, sumersión, naufragio u otro desastre, sustrajere, ocultare o hiciere inservibles, materiales, instrumentos u otros medios destinados a la extinción o a la defensa referida.

ARTÍCULO 189. - Será reprimido con prisión de un mes a un año, el que, por imprudencia o negligencia, por impericia en su arte o profesión o por inobservancia de los reglamentos u ordenanzas, causare un incendio u otros estragos.

Si el hecho u omisión culpable pusiere en peligro de muerte a alguna persona o causare la muerte de alguna persona, el máximo de la pena podrá elevarse hasta cinco años.

(Artículo sustituido por art. 3° de la Ley N° 25.189 B.O. 28/10/1999)

ARTÍCULO 189 bis . - (1) El que, con el fin de contribuir a la comisión de delitos contra la seguridad común o causar daños en las máquinas o en la elaboración de productos, adquiriere, fabricare, suministrare, sustrajere o tuviere en su poder bombas, materiales o aparatos capaces de liberar energía nuclear, materiales radiactivos o sustancias nucleares, o sus desechos, isótopos radiactivos, materiales explosivos, inflamables, asfixiantes, tóxicos o biológicamente peligrosos, o sustancias o materiales destinados a su preparación, será reprimido con reclusión o prisión de CINCO (5) a QUINCE (15) años.

La misma pena se impondrá al que, sabiendo o debiendo saber que contribuye a la comisión de delitos contra la seguridad común o destinados a causar daños en las máquinas o en la elaboración de productos, diere instrucciones para la preparación de sustancias o materiales mencionados en el párrafo anterior.

La simple tenencia de los materiales a los que se refiere el párrafo que antecede, sin la debida autorización legal, o que no pudiere justificarse por razones de su uso doméstico o industrial, será reprimida con prisión de TRES (3) a SEIS (6) años.

(2) La simple tenencia de armas de fuego de uso civil, sin la debida autorización legal, será reprimida con prisión de **6 (SEIS) meses** a 2 (DOS) años y multa de MIL PESOS (\$ 1.000.-) a DIEZ MIL PESOS (\$ 10.000.-).

Si las armas fueren de guerra, la pena será de DOS (2) a SEIS (6) años de prisión.

La portación de armas de fuego de uso civil, sin la debida autorización legal, será reprimida con prisión de UN (1) año a CUATRO (4) años.

Si las armas fueren de guerra, la pena será de TRES (3) años y SEIS (6) meses a OCHO (8) años y SEIS (6) meses de reclusión o prisión.

Si el portador de las armas a las cuales se refieren los dos párrafos que anteceden, fuere tenedor autorizado del arma de que se trate, la escala penal correspondiente se reducirá en un tercio del mínimo y del máximo.

La misma reducción prevista en el párrafo anterior podrá practicarse cuando, por las circunstancias del hecho y las condiciones personales del autor, resultare evidente la falta de intención de utilizar las armas portadas con fines ilícitos.

En los dos casos precedentes, se impondrá, además, inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena.

El que registrare antecedentes penales por delito doloso contra las personas o con el uso de armas, o se encontrare gozando de una excarcelación o exención de prisión anterior y portare un arma de fuego de cualquier calibre, será reprimido con prisión de CUATRO (4) a DIEZ (10) años.

(Nota Infoleg: Por art. 4° de la Ley N° 25.886 B.O. 5/5/2004, se establece que el primer párrafo del punto 2 del artículo 189 bis entrará en vigencia a partir del término del plazo establecido de SEIS MESES, en el cual el Poder Ejecutivo Nacional dispondrá, las medidas pertinentes para facilitar el registro gratuito y sencillo de las armas de fuego de uso civil o uso civil condicionado. Asimismo, en el mismo término, se arbitrarán en todo el territorio de la Nación, con contralor de la máxima autoridad judicial que en cada jurisdicción se designe, los medios para recepcionar de parte de la población, la entrega voluntaria de toda arma de fuego que su propietario o tenedor decida realizar.)

(3) El acopio de armas de fuego, piezas o municiones de éstas, o la tenencia de instrumental para producirlas, sin la debida autorización, será reprimido con reclusión o prisión de CUATRO (4) a DIEZ (10) años.

El que hiciere de la fabricación ilegal de armas de fuego una actividad habitual será reprimido con reclusión o prisión de CINCO (5) a DIEZ (10) años.

(4) Será reprimido con prisión de UN (1) año a SEIS (6) años el que entregare un arma de fuego, por cualquier título, a quien no acredite su condición de legítimo usuario.

La pena será de TRES (3) años y SEIS (6) meses a DIEZ (10) años de prisión si el arma fuera entregada a un menor de DIECIOCHO (18) años.

Si el autor hiciere de la provisión ilegal de armas de fuego una actividad habitual, la pena será de CUATRO (4) a QUINCE (15) años de reclusión o prisión.

Si el culpable de cualquiera de las conductas contempladas en los tres párrafos anteriores contare con autorización para la venta de armas de fuego, se le impondrá, además, inhabilitación especial absoluta y perpetua, y multa de DIEZ MIL PESOS (\$ 10.000.-).

(5) Será reprimido con prisión de TRES (3) a OCHO (8) años e inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena el que, contando con la debida autorización legal para fabricar armas, omitiere su número o grabado conforme a la normativa vigente, o asignare a DOS (2) o más armas idénticos números o grabados.

En la misma pena incurrirá el que adulterare o suprimiere el número o el grabado de un arma de fuego.

(Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 25.886 B.O. 5/5/2004.)

ARTÍCULO 189 ter .- (Artículo derogado por art. 2° de la Ley N° 25.886 B.O. 5/5/2004.)

Capítulo II

Delitos contra la seguridad del tránsito y de los medios de transporte y de comunicación

(Denominación sustituida por art. 1° de la Ley N° 26.362, B.O. 16/4/2008)

ARTÍCULO 190. - Será reprimido con prisión de dos a ocho años, el que a sabiendas ejecutare cualquier acto que ponga en peligro la seguridad de una nave, construcción flotante o aeronave.

Si el hecho produjere naufragio, varamiento o desastre aéreo, la pena será de seis a quince años de reclusión o prisión.

Si el hecho causare lesión a alguna persona, la pena será de seis a quince años de reclusión o prisión, y si ocasionare la muerte, de diez a veinticinco años de reclusión o prisión.

Las disposiciones precedentes se aplicarán aunque la acción recaiga sobre una cosa propia, si del hecho deriva peligro para la seguridad común.

ARTÍCULO 191. - El que empleare cualquier medio para detener o entorpecer la marcha de un tren o para hacerle descarrilar, será reprimido:

1º Con prisión de seis meses a tres años, si no se produjere descarrilamiento u otro accidente;

2º Con prisión de dos a seis años, si se produjere descarrilamiento u otro accidente;

3º Con reclusión o prisión de tres a diez años, si a consecuencia del accidente, resultare lesionada alguna persona;

4º Con reclusión o prisión de diez a veinticinco años, si resultare la muerte de alguna persona.

ARTÍCULO 192. - Será reprimido con las penas establecidas en el artículo anterior en sus casos respectivos, el que ejecutare cualquier acto tendiente a interrumpir el funcionamiento de un telégrafo o teléfono destinado al servicio de un ferrocarril.

ARTÍCULO 193. - Será reprimido con prisión de un mes a un año, si el hecho no importare un delito más severamente penado, el que arrojare cuerpos contundentes o proyectiles contra un tren o tranvía en marcha.

ARTÍCULO 193 bis. - Será reprimido con prisión de seis (6) meses a tres (3) años e inhabilitación especial para conducir por el doble del tiempo de la condena, el conductor que creare una situación de peligro para la vida o la integridad física de las personas, mediante la participación en una prueba de velocidad o de destreza con un vehículo con motor, realizada sin la debida autorización de la autoridad competente.

La misma pena se aplicará a quien organizare o promocionare la conducta prevista en el presente artículo, y a quien posibilitare su realización por un tercero mediante la entrega de un vehículo con motor de su propiedad o confiado a su custodia, sabiendo que será utilizado para ese fin.

(Artículo sustituido por art. 5° de la Ley N° 27.347 B.O. 6/1/2017).

ARTÍCULO 194. - El que, sin crear una situación de peligro común, impidiere, estorbare o entorpeciere el normal funcionamiento de los transportes por tierra, agua o aire o los servicios públicos de comunicación, de provisión de agua, de electricidad o de sustancias energéticas, será reprimido con prisión de tres meses a dos años.

ARTÍCULO 195. - Serán reprimidos con prisión de un mes a un año, si el hecho no importare un delito más severamente penado, los conductores, capitanes, pilotos, mecánicos y demás empleados de un tren o de un buque, que abandonaren sus puestos durante sus servicios respectivos antes de llegar a puerto o al término del viaje ferroviario.

ARTÍCULO 196. - Será reprimido con prisión de seis meses a tres años el que por imprudencia o negligencia o por impericia en su arte o profesión o por inobservancia de los reglamentos u ordenanzas, causare un descarrilamiento, naufragio u otro accidente previsto en este capítulo.

Si del hecho resultare lesionada o muerta alguna persona, se impondrá prisión de uno a cinco años.

(Artículo sustituido por art. 4° de la Ley N° 25.189 28/10/1999)

ARTÍCULO 197. - Será reprimido con prisión de seis (6) meses a dos (2) años, el que interrumpiere o entorpeciere la comunicación telegráfica, telefónica o de otra naturaleza o resistiere violentamente el restablecimiento de la comunicación interrumpida.

(Artículo sustituido por art. 12 de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008)

Capítulo III

Piratería

ARTÍCULO 198. - Será reprimido con reclusión o prisión de tres a quince años:

1º El que practicare en el mar o en ríos navegables, algún acto de depredación o violencia contra un buque o contra personas o cosas que en él se encuentren, sin estar autorizado por alguna potencia beligerante o excediendo los límites de una autorización legítimamente concedida;

2º El que practicare algún acto de depredación o violencia contra una aeronave en vuelo o mientras realiza las operaciones inmediatamente anteriores al vuelo, o contra personas o cosas que en ellas se encuentren, sin estar autorizado por alguna potencia beligerante o excediendo los límites de una autorización legítimamente concedida;

3º El que mediante violencia, intimidación o engaño, usurpare la autoridad de un buque o aeronave, con el fin de apoderarse de él o de disponer de las cosas o de las personas que lleva;

4º El que, en connivencia con piratas, les entregare un buque o aeronave, su carga o lo que perteneciere a su pasaje o tripulación;

5º El que, con amenazas o violencia, se opusiere a que el comandante o la tripulación defiendan el buque o aeronave atacado por piratas;

6º El que, por cuenta propia o ajena, equipare un buque o aeronave destinados a la piratería;

7º El que, desde el territorio de la República, a sabiendas traficare con piratas o les suministrare auxilio.

ARTÍCULO 199. - Si los actos de violencia u hostilidad mencionados en el artículo anterior, fueren seguidos de la muerte de alguna persona que se encontrare en el buque o aeronave atacados, la pena será de diez a veinticinco años de reclusión o prisión.

Capítulo IV

Delitos contra la salud pública. Envenenar o adulterar aguas potables o alimentos o medicinas

ARTÍCULO 200. - Será reprimido con reclusión o prisión de TRES (3) a DIEZ (10) años y multa de PESOS DIEZ MIL (\$ 10.000) a PESOS DOSCIENTOS MIL (\$ 200.000), el que envenenare, adulterare o falsificare de un modo peligroso para la salud, aguas potables o sustancias alimenticias o medicinales destinadas al uso público o al consumo de una colectividad de personas.

(Artículo sustituido por art. 1º de la Ley N° 26.524 B.O. 5/11/2009)

ARTÍCULO 201. - Las penas del artículo precedente se aplicarán al que vendiere, pusiere en venta, suministrare, distribuyere o almacenare con fines de comercialización aguas potables, sustancias alimenticias o medicinales o mercaderías peligrosas para la salud, disimulando su carácter nocivo.

(Artículo sustituido por art. 2° de la Ley N° 26.524 B.O. 5/11/2009)

ARTÍCULO 201 bis. - Si como consecuencia del envenenamiento, adulteración o falsificación de aguas potables o sustancias alimenticias o medicinales, resultare la muerte de alguna persona, la pena será de DIEZ (10) a VEINTICINCO (25) años de reclusión o prisión; si resultaren lesiones gravísimas, la pena será de TRES (3) a QUINCE (15) años de reclusión o prisión; si resultaren lesiones graves, la pena será de TRES (3) a DIEZ (10) años de reclusión o prisión.

En todos los casos se aplicará además multa de PESOS DIEZ MIL (\$ 10.000) a PESOS DOSCIENTOS MIL (\$ 200.000).

(Artículo incorporado por art. 3° de la Ley N° 26.524 B.O. 5/11/2009)

ARTÍCULO 202. - Será reprimido con reclusión o prisión de tres a quince años, el que propagare una enfermedad peligrosa y contagiosa para las personas.

ARTÍCULO 203. - Cuando alguno de los hechos previstos en los artículos anteriores fuere cometido por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o por inobservancia de los deberes a su cargo, se impondrá multa de PESOS CINCO MIL (\$ 5.000) a PESOS CIEN MIL (\$ 100.000); si tuviere como resultado enfermedad o muerte se aplicará prisión de SEIS (6) meses a CINCO (5) años.

(Artículo sustituido por art. 4° de la Ley N° 26.524 B.O. 5/11/2009)

ARTÍCULO 204.- Será reprimido con prisión de SEIS (6) meses a TRES (3) años el que estando autorizado para la venta de sustancias medicinales, las suministrare en especie, calidad o cantidad no correspondiente a la receta médica, o diversa de la declarada o convenida, o excediendo las reglamentaciones para el reemplazo de sustancias medicinales, o sin la presentación y archivo de la receta de aquellos productos que, según las reglamentaciones vigentes, no pueden ser comercializados sin ese requisito.

(Artículo sustituido por art. 5° de la Ley N° 26.524 B.O. 5/11/2009)

ARTÍCULO 204 bis.- Cuando el delito previsto en el artículo anterior se cometiere por negligencia, la pena será de multa de PESOS CINCO MIL (\$ 5.000) a PESOS CIEN MIL (\$ 100.000).

(Artículo sustituido por art. 6° de la Ley N° 26.524 B.O. 5/11/2009)

ARTÍCULO 204 ter.- Será reprimido con prisión de UNO (1) a CUATRO (4) años y multa de PESOS DIEZ MIL (\$ 10.000) a PESOS DOSCIENTOS MIL (\$ 200.000), el que produjere o fabricare sustancias medicinales en establecimientos no autorizados.

(Artículo sustituido por art. 7° de la Ley N° 26.524 B.O. 5/11/2009)

ARTÍCULO 204 quater.- Será reprimido con multa de PESOS DIEZ MIL (\$ 10.000) a PESOS DOSCIENTOS MIL (\$ 200.000), el que teniendo a su cargo la dirección, administración, control o vigilancia de un establecimiento destinado al expendio, almacenamiento, distribución, producción o fabricación de sustancias medicinales, a sabiendas, incumpliere con los deberes a su cargo posibilitando la comisión de alguno de los hechos previstos en el artículo 204.

(Artículo sustituido por art. 8° de la Ley N° 26.524 B.O. 5/11/2009)

ARTÍCULO 204 quinquies: Será reprimido con prisión de SEIS (6) meses a TRES (3) años el que sin autorización vendiere sustancias medicinales que requieran receta médica para su comercialización.

(Artículo incorporado por art. 9° de la Ley N° 26.524 B.O. 5/11/2009)

ARTÍCULO 205. - Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que violare las medidas adoptadas por las autoridades competentes, para impedir la introducción o propagación de una epidemia.

ARTÍCULO 206. - Será reprimido con prisión de UNO (1) a SEIS (6) meses el que violare las reglas establecidas por las leyes de policía sanitaria animal.

(Artículo sustituido por art. 4° de la Ley N° 25.890 B.O. 21/5/2004)

ARTÍCULO 207. - En el caso de condenación por un delito previsto en este Capítulo, el culpable, si fuere funcionario público o ejerciere alguna profesión o arte, sufrirá, además, inhabilitación especial por doble tiempo del de la condena. Si la pena impuesta fuere la de multa, la inhabilitación especial durará de un mes a un año.

ARTÍCULO 208. - Será reprimido con prisión de quince días a un año:

1º El que, sin título ni autorización para el ejercicio de un arte de curar o excediendo los límites de su autorización, anunciare, prescribiere, administrare o aplicare habitualmente medicamentos, aguas, electricidad, hipnotismo o cualquier medio destinado al tratamiento de las enfermedades de las personas, aun a título gratuito;

2º El que, con título o autorización para el ejercicio de un arte de curar, anunciare o prometiére la curación de enfermedades a término fijo o por medios secretos o infalibles;

3º El que, con título o autorización para el ejercicio de un arte de curar, prestare su nombre a otro que no tuviere título o autorización, para que ejerza los actos a que se refiere el inciso 1º de este artículo.

TÍTULO VIII. DELITOS CONTRA EL ORDEN PUBLICO. Art. 209 a

Capítulo I

Instigación a cometer delitos

ARTÍCULO 209. - El que públicamente instigare a cometer un delito determinado contra una persona o institución, será reprimido, por la sola instigación, con prisión de dos a seis años, según la gravedad del delito y las demás circunstancias establecidas en el artículo 41.

ARTÍCULO 209 bis - En igual pena incurrirá quien en tiempo de conflicto armado incite públicamente a la sustracción al servicio militar legalmente impuesto o asumido. Si el autor fuese un militar, el máximo de la pena se elevará a diez (10) años. (Artículo incorporado por art. 4º del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)

Capítulo II

Asociación ilícita

ARTÍCULO 210. - Será reprimido con prisión o reclusión de tres a diez años, el que tomare parte en una asociación o banda de tres o más personas destinada a cometer delitos por el solo hecho de ser miembro de la asociación. Para los jefes u organizadores de la asociación el mínimo de la pena será de cinco años de prisión o reclusión.

ARTÍCULO 210 bis. - Se impondrá reclusión o prisión de cinco a veinte años al que tomare parte, cooperare o ayudare a la formación o al mantenimiento de una asociación ilícita destinada a cometer delitos cuando la acción contribuya a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional, siempre que ella reúna por lo menos dos de las siguientes características:

- a) Estar integrada por diez o más individuos;
- b) Poseer una organización militar o de tipo militar;
- c) Tener estructura celular;
- d) Disponer de armas de guerra o explosivos de gran poder ofensivo;
- e) Operar en más de una de las jurisdicciones políticas del país;

- f) Estar compuesta por uno o más oficiales o suboficiales de las fuerzas armadas o de seguridad;
- g) Tener notorias conexiones con otras organizaciones similares existentes en el país o en el exterior;
- h) Recibir algún apoyo, ayuda o dirección de funcionarios públicos.

Capítulo III

Intimidación pública

ARTÍCULO 211. - Será reprimido con prisión de dos a seis años, el que, para infundir un temor público o suscitar tumultos o desórdenes, hiciere señales, diere voces de alarma, amenazare con la comisión de un delito de peligro común, o empleare otros medios materiales normalmente idóneos para producir tales efectos.

Cuando para ello se empleare explosivos, agresivos químicos o materias afines, siempre que el hecho no constituya delito contra la seguridad pública, la pena será de prisión de tres a diez años.

ARTÍCULO 212. - Será reprimido con prisión de tres a seis años el que públicamente incitare a la violencia colectiva contra grupos de personas o instituciones, por la sola incitación.

Capítulo IV

Apología del crimen

ARTÍCULO 213. - Será reprimido con prisión de un mes a un año, el que hiciere públicamente y por cualquier medio la apología de un delito o de un condenado por delito.

Capítulo V

Otros atentados contra el orden público

ARTÍCULO 213 bis. - Será reprimido con reclusión o prisión de tres a ocho años el que organizare o tomare parte en agrupaciones permanentes o transitorias que, sin estar comprendidas en el artículo 210 de este código, tuvieren por objeto principal o accesorios imponer sus ideas o combatir las ajenas por la fuerza o el temor, por el solo hecho de ser miembro de la asociación.

Capítulo VI. Asociaciones ilícitas terroristas y financiación del terrorismo

(Capítulo incorporado por art. 1° de la Ley N° 26.268 B.O. 5/7/2007)

Artículo 213 ter.- (Artículo derogado por art. 1° de la Ley N° 26.734 B.O. 28/12/2011)

Artículo 213 quáter.- (Artículo derogado por art. 2° de la Ley N° 26.734 B.O. 28/12/2011)

TÍTULO IX. DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD DE LA NACION

Capítulo I

Traición

ARTÍCULO 214. - Será reprimido con reclusión o prisión de diez a veinticinco años o reclusión o prisión perpetua y en uno u otro caso, inhabilitación absoluta perpetua, siempre que el hecho no se halle comprendido en otra disposición de este código, todo argentino o toda persona que deba obediencia a la Nación por razón de su empleo o función pública, que tomare las armas contra ésta, se uniere a sus enemigos o les prestare cualquier ayuda o socorro.

ARTÍCULO 215. - Será reprimido con reclusión o prisión perpetua, el que cometiere el delito previsto en el artículo precedente, en los casos siguientes:

1º Si ejecutare un hecho dirigido a someter total o parcialmente la Nación al dominio extranjero o a menoscabar su independencia o integridad;

2º Si indujere o decidiere a una potencia extranjera a hacer la guerra contra la República.

3º Si perteneciere a las fuerzas armadas. (Inciso incorporado por art. 5° del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)

ARTÍCULO 216. - Será reprimido con reclusión o prisión de uno a ocho años, el que tomare parte en una conspiración de dos o más personas, para cometer el delito de traición, en cualquiera de los casos comprendidos en los artículos precedentes, si la conspiración fuere descubierta antes de empezar su ejecución.

ARTÍCULO 217. - Quedará eximido de pena el que revelare la conspiración a la autoridad, antes de haberse comenzado el procedimiento.

ARTÍCULO 218. - Las penas establecidas en los artículos anteriores se aplicarán, también, cuando los hechos previstos en ellos fueren cometidos contra una potencia aliada de la República, en guerra contra un enemigo común.

Se aplicarán asimismo a los extranjeros residentes en territorio argentino, salvo lo establecido por los tratados o por el derecho de gentes, acerca de los funcionarios diplomáticos y de los nacionales de los países en conflicto. En este caso se aplicará la pena disminuida conforme a lo dispuesto por el artículo 44.

Capítulo II

Delitos que comprometen la paz y la dignidad de la Nación

ARTÍCULO 219. - Será reprimido con prisión de uno a seis años, el que por actos materiales hostiles no aprobados por el gobierno nacional, diere motivos al peligro de una declaración de guerra contra la Nación, expusiere a sus habitantes a experimentar vejaciones o represalias en sus personas o en sus bienes o alterare las relaciones amistosas del gobierno argentino con un gobierno extranjero. Si de dichos actos resultaren hostilidades o la guerra, la pena será de tres a quince años de reclusión o prisión.

Cuando los actos precedentes fuesen cometidos por un militar, los mínimos de las penas previstas en este artículo se elevarán a tres (3) y diez (10) años respectivamente. Asimismo, los máximos de las penas previstas en este artículo se elevarán respectivamente a diez (10) y veinte (20) años. (Párrafo incorporado por art. 6° del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)

ARTÍCULO 220. Se impondrá prisión de seis (6) meses a dos (2) años, al que violare los tratados concluidos con naciones extranjeras, las treguas y armisticios acordados entre la República y una potencia enemiga o entre sus fuerzas beligerantes o los salvoconductos debidamente expedidos.

Si el hecho fuese cometido por un militar el mínimo de la pena se elevará a un (1) año y el máximo de la pena se elevará a cinco (5) años.

(Artículo sustituido por art. 7° del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)

ARTÍCULO 221. - Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que violare las inmunidades del jefe de un Estado o del representante de una potencia extranjera.

ARTÍCULO 222. - Será reprimido con reclusión o prisión de uno (1) a seis (6) años, el que revelare secretos políticos, industriales, tecnológicos o militares concernientes a la seguridad, a los medios de defensa o a las relaciones exteriores de la Nación. (Párrafo sustituido por art. 8° del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)

En la misma pena incurrirá el que obtuviere la revelación del secreto. Será reprimido con prisión de uno a cuatro años el que públicamente ultrajare la bandera, el escudo o el himno de la Nación o los emblemas de una provincia argentina.

Si la revelación u obtención fuese cometida por un militar, en el ejercicio de sus funciones el mínimo de la pena se elevará a tres (3) años y el máximo de la pena se elevará a diez (10) años. (Párrafo incorporado por art. 9° del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)

ARTÍCULO 223. - Será reprimido con prisión de un mes a un año e inhabilitación especial por doble tiempo, el que por imprudencia o negligencia diere a conocer los secretos mencionados en el artículo precedente, de los que se hallare en posesión en virtud de su empleo u oficio.

ARTÍCULO 224. - Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que indebidamente levantare planos de fortificaciones, buques, establecimientos, vías u otras obras militares o se introdujere con tal fin, clandestina o engañosamente en dichos lugares, cuando su acceso estuviere prohibido al público.

ARTÍCULO 225. - Será reprimido con reclusión o prisión de tres a diez años, el que, encargado por el gobierno argentino de una negociación con un estado extranjero, la condujere de un modo perjudicial a la Nación, apartándose de sus instrucciones.

TÍTULO X. DELITOS CONTRA LOS PODERES PUBLICOS Y EL ORDEN CONSTITUCIONAL

Capítulo I

Atentados al orden constitucional y a la vida democrática

ARTÍCULO 226. - Serán reprimidos con prisión de cinco a quince años los que se alzaren en armas para cambiar la Constitución, deponer alguno de los poderes públicos del gobierno nacional, arrancarle alguna medida o concesión o impedir, aunque sea temporariamente, el libre ejercicio de sus facultades constitucionales o su formación o renovación en los términos y formas legales. Si el hecho descrito en el párrafo anterior fuese perpetrado con el fin de cambiar de modo permanente el sistema democrático de gobierno, suprimir la organización federal, eliminar la división de poderes, abrogar los derechos fundamentales de la persona humana o suprimir o menoscabar, aunque sea temporariamente, la independencia económica de la Nación, la pena será de ocho a veinticinco años de prisión. Cuando el hecho fuere perpetrado por personas que tuvieren estado, empleo o asimilación militar, el mínimo de las penas se incrementará en un tercio.

ARTÍCULO 226 bis. - El que amenazare pública e idóneamente con la comisión de alguna de las conductas previstas en el artículo 226, será reprimido con prisión de uno a cuatro años.

ARTÍCULO 227. - Serán reprimidos con las penas establecidas en el artículo 215 para los traidores a la patria, los miembros del Congreso que concedieren al Poder Ejecutivo Nacional y los miembros de las legislaturas provinciales que concedieren a los Gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, la suma del poder público o sumisiones o supremacías, por las que la vida, el honor o la fortuna de los

argentinos queden a merced de algún gobierno o de alguna persona (artículo 29 de la Constitución Nacional).

ARTÍCULO 227 bis. - Serán reprimidos con las penas establecidas en el artículo 215 para los traidores a la patria, con la disminución del artículo 46, los miembros de alguno de los tres poderes del Estado nacional o de las provincias que consintieran la consumación de los hechos descriptos en el artículo 226, continuando en sus funciones o asumiéndolas luego de modificada por la fuerza la Constitución o depuesto alguno de los poderes públicos, o haciendo cumplir las medidas dispuestas por quienes usurpen tales poderes. Se aplicará de uno a ocho años de prisión o reclusión e inhabilitación absoluta por el doble de la condena, a quienes, en los casos previstos en el párrafo anterior, aceptaren colaborar continuando en funciones o asumiéndolas, con las autoridades de facto, en algunos de los siguientes cargos: ministros, secretarios de Estado, subsecretarios, directores generales o nacionales o de jerarquía equivalente en el orden nacional, provincial o municipal, presidente, vicepresidente, vocales o miembros de directorios de organismos descentralizados o autárquicos o de bancos oficiales o de empresas del Estado; sociedades del Estado, sociedades de economía mixta, o de sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, o de entes públicos equivalentes a los enumerados en el orden nacional, provincial o municipal, embajadores, rectores o decanos de universidades nacionales o provinciales, miembros de las fuerzas armadas o de policía o de organismos de seguridad en grados de jefes o equivalentes, intendentes municipales, o miembros del ministerio público fiscal de cualquier jerarquía o fuero, personal jerárquico del Parlamento Nacional y de las legislaturas provinciales. Si las autoridades de facto crearen diferentes jerarquías administrativas o cambiaren las denominaciones de las funciones señaladas en el párrafo anterior, la pena se aplicará a quienes las desempeñen, atendiendo a la análoga naturaleza y contenido de los cargos con relación a los actuales.

ARTÍCULO 227 ter. - El máximo de la pena establecida para cualquier delito será aumentado en un medio, cuando la acción contribuya a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional. Esta disposición no será aplicable cuando las circunstancias mencionadas en ella se encuentren contempladas como elemento constitutivo o calificante del delito de que se trate.

ARTÍCULO 228. - Se impondrá prisión de seis meses a dos años al que ejecutare o mandare ejecutar decretos de los concilios, bulas, breves y rescriptos del Papa que, para su cumplimiento, necesiten del pase del gobierno, sin haberlo obtenido; y de uno a seis años de la misma pena, al que los ejecutare o mandare ejecutar, a pesar de haber sido denegado dicho pase.

Capítulo II

Sedición

ARTÍCULO 229. - Serán reprimidos con prisión de uno a seis años, los que, sin rebelarse contra el gobierno nacional, armaren una provincia contra otra, se alzaren en armas para cambiar la Constitución local, deponer alguno de los poderes públicos de una provincia o territorio federal, arrancarle alguna medida o concesión o impedir, aunque sea temporalmente, el libre ejercicio de sus facultades legales o su formación o renovación en los términos y formas establecidas en la ley.

ARTÍCULO 230. - Serán reprimidos con prisión de uno a cuatro años:

1. Los individuos de una fuerza armada o reunión de personas, que se atribuyeren los derechos del pueblo y petitionaren a nombre de éste (art. 22 de la Constitución Nacional);
2. Los que se alzaren públicamente para impedir la ejecución de las leyes nacionales o provinciales o de las resoluciones de los funcionarios públicos nacionales o provinciales, cuando el hecho no constituya delito más severamente penado por este código.

Capítulo III

Disposiciones comunes a los Capítulos precedentes

ARTÍCULO 231. - Luego que se manifieste la rebelión o sedición, la autoridad nacional más próxima intimará hasta dos veces a los sublevados que inmediatamente se disuelvan o retiren, dejando pasar entre una y otra intimación el tiempo necesario para ello. Si los sublevados no se retiraren inmediatamente después de la segunda intimación, la autoridad hará uso de la fuerza para disolverlos. No serán necesarias, respectivamente, la primera y segunda intimación, desde que los sublevados hicieren uso de las armas.

ARTÍCULO 232. - En caso de disolverse el tumulto sin haber causado otro mal que la perturbación momentánea del orden, sólo serán enjuiciados los promotores o directores, a quienes se reprimirá con la mitad de la pena señalada para el delito.

ARTÍCULO 233. - El que tomare parte como promotor o director, en una conspiración de dos o más personas para cometer los delitos de rebelión o sedición, será reprimido, si la conspiración fuere descubierta antes de ponerse en ejecución, con la cuarta parte de la pena correspondiente al delito que se trataba de perpetrar.

ARTÍCULO 234. - El que sedujere tropas o usurpare el mando de ellas, de un buque de guerra, de una plaza fuerte o de un puesto de guardia o retuviere ilegalmente un mando político o militar para cometer una rebelión o una sedición, será reprimido con la mitad de la pena correspondiente al delito que trataba de perpetrar. Si llegare a tener efecto la rebelión o la sedición, la pena será la establecida para los autores de la rebelión o de la sedición en los casos respectivos.

ARTÍCULO 235. - Los funcionarios públicos que hubieren promovido o ejecutado alguno de los delitos previstos en este Título, sufrirán además inhabilitación especial por un tiempo doble del de la condena.- Los funcionarios que no hubieren resistido una rebelión o sedición por todos los medios a su alcance, sufrirán inhabilitación especial de uno a seis años.- Auméntase al doble el máximo de la pena establecida para los delitos previstos en este Título, para los jefes y agentes de la fuerza pública que incurran en ellos usando u ostentando las armas y demás materiales ofensivos que se les hayan confiado en tal calidad.

ARTÍCULO 236. - Cuando al ejecutar los delitos previstos en este Título, el culpable cometiere algún otro, se observarán las reglas establecidas para el concurso de hechos punibles.

TÍTULO XI. DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA

Capítulo I

Atentado y resistencia contra la autoridad

ARTÍCULO 237. - Será reprimido con prisión de un mes a un año, el que empleare intimidación o fuerza contra un funcionario público o contra la persona que le prestare asistencia a requerimiento de aquél o en virtud de un deber legal, para exigirle la ejecución u omisión de un acto propio de sus funciones.

ARTÍCULO 238. - La prisión será de seis meses a dos años:

- 1 Si el hecho se cometiere a mano armada;
- 2 Si el hecho se cometiere por una reunión de más de tres personas;
- 3 Si el culpable fuere funcionario público;
- 4 Si el delincuente pusiere manos en la autoridad.

En el caso de ser funcionario público, el reo sufrirá además inhabilitación especial por doble tiempo del de la condena.

ARTÍCULO 238 bis - El militar que pusiere manos en el superior, sin lesionarlo o causándole lesiones leves, será penado con prisión de uno (1) a tres (3) años.

Si el hecho tuviere lugar frente al enemigo o a tropa formada con armas, o si se cometiere en número de seis (6) o más, el máximo de la pena será de seis (6) años.

(Artículo incorporado por art. 10 del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)

ARTÍCULO 238 ter - El militar que resistiere o desobedeciere una orden de servicio legalmente impartida por el superior, frente al enemigo o en situación de peligro inminente de naufragio, incendio u otro estrago, será penado con prisión de uno (1) a cinco (5) años. La misma pena se impondrá si resistiere a una patrulla que proceda en cumplimiento de una consigna en zona de conflicto armado u operaciones o de catástrofe. Si en razón de la resistencia o de la desobediencia se sufrieren pérdidas militares o se impidiese o dificultase la salvación de vidas en supuesto de catástrofe el mínimo de la pena se elevará a

cuatro (4) años y el máximo de la pena se elevará a doce (12) años. En cualquier caso se impondrán las penas aquí previstas siempre que no resultare un delito más severamente penado.

(Artículo incorporado por art. 11 del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)

ARTÍCULO 239. - Será reprimido con prisión de quince días a un año, el que resistiere o desobedeciere a un funcionario público en el ejercicio legítimo de sus funciones o a la persona que le prestare asistencia a requerimiento de aquél o en virtud de una obligación legal.

ARTÍCULO 240. - Para los efectos de los dos artículos precedentes, se reputará funcionario público al particular que tratare de aprehender o hubiere aprehendido a un delincuente en flagrante delito.

ARTÍCULO 240 bis - El que violare las normas instrucciones a la población emitidas por la autoridad militar competente en tiempo de conflicto armado para las zonas de combate, será penado con prisión de uno (1) a cuatro (4) años si no resultare un delito más severamente penado.

(Artículo incorporado por art. 12 del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)

ARTÍCULO 241. - Será reprimido con prisión de quince días a seis meses:

1 El que perturbare el orden en las sesiones de los cuerpos legislativos nacionales o provinciales, en las audiencias de los tribunales de justicia o dondequiera que una autoridad esté ejerciendo sus funciones;

2 El que sin estar comprendido en el artículo 237, impidiere o estorbare a un funcionario público cumplir un acto propio de sus funciones.

ARTÍCULO 241 bis - Se impondrá prisión de tres (3) a diez (10) años a los militares que:

1. Tumultuosamente peticionaren o se atribuyeren la representación de una fuerza armada.

2. Tomaren armas o hicieren uso de éstas, de naves o aeronaves o extrajeren fuerzas armadas de sus asientos naturales, contra las órdenes de sus superiores.

3. Hicieren uso del personal de la fuerza, de la nave o de la aeronave bajo su mando contra sus superiores u omitieren resistir o contener a éstas, estando en condiciones de hacerlo.

4. Será penado con prisión de uno (1) a cinco (5) años la conspiración para cometer los delitos de este artículo. No será penado por conspiración quien la denunciare en tiempo para evitar la comisión del hecho.

5. Si en razón de los hechos previstos en este artículo resultare la muerte de una o más personas, se sufrieren pérdidas militares o se impidiere o dificultare la salvación de vidas en supuesto de catástrofe, el máximo de la pena se elevará a veinticinco (25) años. En cualquier caso se impondrán las penas aquí previstas siempre que no resultare un delito más severamente penado. (Artículo incorporado por art. 12 del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)

ARTÍCULO 242. - Será reprimido con multa de pesos setecientos cincuenta a pesos diez mil e inhabilitación especial de uno a cinco años, el funcionario público que, en el arresto o formación de causa contra un miembro de los poderes públicos nacionales o provinciales, de una convención constituyente o de un colegio electoral, no guardare la forma prescripta en las constituciones o leyes respectivas.

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

ARTÍCULO 243. - Será reprimido con prisión de quince días a un mes, el que siendo legalmente citado como testigo, perito o intérprete, se abstuviere de comparecer o de prestar la declaración o exposición respectiva. En el caso del perito o intérprete, se impondrá, además, al reo, inhabilitación especial de un mes a un año.

Capítulo II

Falsa Denuncia

ARTÍCULO 244. -(Artículo derogado por art. 2° de la Ley N° 24.198 B.O. 3/6/1993).

ARTÍCULO 245. - Se impondrá prisión de dos meses a un año o multa de pesos setecientos cincuenta a pesos doce mil quinientos al que denunciare falsamente un delito ante la autoridad.

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

Capítulo III

Usurpación de autoridad, títulos u honores

ARTÍCULO 246. - Será reprimido con prisión de un mes a un año e inhabilitación especial por doble tiempo:

1 El que asumiere o ejerciere funciones públicas, sin título o nombramiento expedido por autoridad competente;

2 El que después de haber cesado por ministerio de la ley en el desempeño de un cargo público o después de haber recibido de la autoridad competente comunicación oficial de la resolución que ordenó la cesantía o suspensión de sus funciones, continuare ejerciéndolas;

3 El funcionario público que ejerciere funciones correspondientes a otro cargo.

El militar que ejerciere o retuviere un mando sin autorización será penado con prisión de uno (1) a cuatro (4) años y, en tiempo de conflicto armado de dos (2) a seis (6) años, siempre que no resultare un delito más severamente penado. (Párrafo incorporado por art. 14 del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)

ARTÍCULO 247. - Será reprimido con prisión de quince días a un año el que ejerciere actos propios de una profesión para la que se requiere una habilitación especial, sin poseer el título o la autorización correspondiente.

Será reprimido con multa de setecientos cincuenta a doce mil quinientos pesos, el que públicamente llevare insignias o distintivos de un cargo que no ejerciere o se arrogare grados académicos, títulos profesionales u honores que no le correspondieren. (Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

(Artículo sustituido por Ley N° 24.527 B.O.8/9/1995)

Capítulo IV

Abuso de autoridad y violación de los deberes de los funcionarios públicos

ARTÍCULO 248. - Será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilitación especial por doble tiempo, el funcionario público que dictare resoluciones u órdenes contrarias a las constituciones o leyes nacionales o provinciales o ejecutare las órdenes o resoluciones de esta clase existentes o no ejecutare las leyes cuyo cumplimiento le incumbiere.

ARTÍCULO 248 bis.- Será reprimido con inhabilitación absoluta de SEIS (6) meses a DOS (2) años el funcionario público que, debiendo fiscalizar el cumplimiento de las normas de comercialización de ganado, productos y subproductos de origen animal, omitiere inspeccionar conforme los reglamentos a su cargo, establecimientos tales como mercados de hacienda, ferias y remates de animales, mataderos, frigoríficos, saladeros, barracas, graserías, tambos u otros establecimientos o locales afines con la elaboración, manipulación, transformación o comercialización de productos de origen animal y vehículos de transporte de hacienda, productos o subproductos de ese origen.

(Artículo incorporado por art. 5° de la Ley N° 25.890 B.O. 21/5/2004)

ARTÍCULO 249. - Será reprimido con multa de pesos setecientos cincuenta a pesos doce mil quinientos e inhabilitación especial de un mes a un año, el funcionario público que ilegalmente omitiere, rehusare hacer o retardare algún acto de su oficio.

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

ARTÍCULO 249 bis - El militar que en sus funciones y prevalido de su autoridad, arbitrariamente perjudicare o maltratare de cualquier forma a un inferior, será penado con prisión de seis (6) meses a dos (2) años, si no resultare un delito más severamente penado.

(Artículo incorporado por art. 15 del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)

ARTÍCULO 250. - Será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilitación especial por doble tiempo, el jefe o agente de la fuerza pública, que rehusare, omitiere o retardare, sin causa justificada, la prestación de un auxilio legalmente requerido por la autoridad civil competente.

ARTÍCULO 250 bis - Será penado con prisión de cuatro (4) a diez (10) años, siempre que no resultare otro delito más severamente penado, el militar que en tiempo de conflicto armado:

1. Abandonare sus funciones de control, vigilancia, comunicaciones o la atención de los instrumentos que tuviese a su cargo para esos fines, las descuidase o se incapacitase para su cumplimiento.
2. Observare cualquier dato significativo para la defensa y no lo informase o tomase las medidas del caso.

(Artículo incorporado por art. 16 del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)

ARTÍCULO 251. - Será reprimido con prisión de un mes a cuatro años e inhabilitación especial por doble tiempo, el funcionario público que requiriere la asistencia de la fuerza pública contra la ejecución de disposiciones u órdenes legales de la autoridad o de sentencias o de mandatos judiciales.

ARTÍCULO 252. - Será reprimido con multa de pesos setecientos cincuenta (\$ 750) a pesos doce mil quinientos (\$ 12.500) e inhabilitación especial de un (1) mes a un (1) año, el funcionario público que, sin habersele admitido la renuncia de su destino, lo abandonare con daño del servicio público.

El miembro de una fuerza de seguridad nacional, provincial o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, o agencia estatal armada que por su naturaleza tenga a cargo el cuidado de personas, que a sabiendas abandonare injustificadamente actos de servicio o maliciosamente omitiere la prestación regular de la función o misión a la que reglamentariamente se encuentra obligado, será reprimido con pena de prisión

de uno (1) a tres (3) años e inhabilitación especial para ejercer cargos públicos por el doble tiempo de la condena.

Si, como consecuencia del abandono u omisión tipificado en el párrafo precedente, se produjeren daños a bienes de la fuerza, bienes de terceros, lesiones o muerte de sus camaradas o terceros, se aplicará una pena de prisión de dos (2) a ocho (8) años e inhabilitación absoluta para desempeñar cargos públicos.

El militar que abandonare su servicio, su destino o que desertare en tiempo de conflicto armado o zona de catástrofe, será penado con prisión de uno (1) a seis (6) años. Si como consecuencia de su conducta resultare la muerte de una o más personas, se sufrieren pérdidas militares o se impidiese, o dificultase la salvación de vidas en supuesto de catástrofe, el máximo de la pena se elevará a doce (12) años. En cualquier caso se impondrán las penas aquí previstas siempre que no resultare un delito con pena más grave.

(Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 27.079 B.O. 19/12/2014)

ARTÍCULO 253. - Será reprimido con multa de pesos setecientos cincuenta a pesos doce mil quinientos e inhabilitación especial de seis meses a dos años, el funcionario público que propusiere o nombrare para cargo público, a persona en quien no concurrieren los requisitos legales. En la misma pena incurrirá el que aceptare un cargo para el cual no tenga los requisitos legales.

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

ARTÍCULO 253 bis - El militar que sin orden ni necesidad emprendiere una operación militar, o en sus funciones usare armas sin las formalidades y requerimientos del caso, sometiere a la población civil a restricciones arbitrarias u ordenare o ejerciere cualquier tipo de violencia innecesaria contra cualquier persona, será penado con prisión de uno (1) a cuatro (4) años si no resultare un delito más severamente penado.

(Artículo incorporado por art. 18 del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)

ARTÍCULO 253 ter - Será penado con prisión de dos (2) a ocho (8) años el militar que por imprudencia o negligencia, impericia en el arte militar o inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo, en el curso de conflicto armado o de asistencia o salvación en situación de catástrofe, causare o no impidiere, la muerte de una o más personas o pérdidas militares, si no resultare un delito más severamente penado.

(Artículo incorporado por art. 19 del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)

Capítulo V

Violación de sellos y documentos

ARTÍCULO 254. - Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que violare los sellos puestos por la autoridad para asegurar la conservación o la identidad de una cosa. Si el culpable fuere funcionario público y hubiere cometido el hecho con abuso de su cargo, sufrirá además inhabilitación especial por doble tiempo. Si el hecho se hubiere cometido por imprudencia o negligencia del funcionario público, la pena será de multa de pesos setecientos cincuenta a pesos doce mil quinientos.

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

ARTÍCULO 255. - Será reprimido con prisión de un (1) mes a cuatro (4) años, el que sustrajere, alterare, ocultare, destruyere o inutilizare en todo o en parte objetos destinados a servir de prueba ante la autoridad competente, registros o documentos confiados a la custodia de un funcionario público o de otra persona en el interés del servicio público. Si el autor fuere el mismo depositario, sufrirá además inhabilitación especial por doble tiempo.

Si el hecho se cometiere por imprudencia o negligencia del depositario, éste será reprimido con multa de pesos setecientos cincuenta (\$ 750) a pesos doce mil quinientos (\$ 12.500).

(Artículo sustituido por art. 13 de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008)

Capítulo VI

Cohecho y tráfico de influencias

(Título del capítulo sustituido por art. 30 de la Ley N° 25.188 B.O. 1/11/1999. Vigencia: a los ocho días desde su publicación.)

ARTÍCULO 256. - Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua, el funcionario público que por sí o por persona interpuesta, recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirecta, para hacer, retardar o dejar de hacer algo relativo a sus funciones

(Artículo sustituido por art. 31 de la Ley N° 25.188 B.O. 1/11/1999. Vigencia: a los ocho días desde su publicación.)

ARTÍCULO 256 bis — Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua para ejercer la función pública, el que por sí o por persona interpuesta solicitare o recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirecta, para hacer valer indebidamente su influencia ante un funcionario público, a fin de que éste haga, retarde o deje de hacer algo relativo a sus funciones.

Si aquella conducta estuviera destinada a hacer valer indebidamente una influencia ante un magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público, a fin de obtener la emisión, dictado, demora u omisión de un dictamen, resolución o fallo en asuntos sometidos a su competencia, el máximo de la pena de prisión o reclusión se elevará a doce años.

(Artículo incorporado por art. 32 de la Ley N° 25.188 B.O. 1/11/1999. Vigencia: a los ocho días desde su publicación.)

ARTÍCULO 257. - Será reprimido con prisión o reclusión de cuatro a doce años e inhabilitación especial perpetua, el magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público que por sí o por persona interpuesta, recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirecta para emitir, dictar, retardar u omitir dictar una resolución, fallo o dictamen, en asuntos sometidos a su competencia

(Artículo sustituido por art. 33 de la Ley N° 25.188 B.O. 1/11/1999. Vigencia: a los ocho días desde su publicación.)

ARTÍCULO 258. - Será reprimido con prisión de uno a seis años, el que directa o indirectamente diere u ofreciere dádivas en procura de alguna de las conductas reprimidas por los artículos 256 y 256 bis, primer párrafo. Si la dádiva se hiciera u ofreciere con el fin de obtener alguna de las conductas tipificadas en los artículos 256 bis, segundo párrafo y 257, la pena será de reclusión o prisión de dos a seis años. Si el culpable fuere funcionario público, sufrirá además inhabilitación especial de dos a seis años en el primer caso y de tres a diez años en el segundo.

(Artículo sustituido por art. 34 de la Ley N° 25.188 B.O. 1/11/1999. Vigencia: a los ocho días desde su publicación.)

ARTÍCULO 258 bis — Será reprimido con prisión de un (1) a seis (6) años e inhabilitación especial perpetua para ejercer la función pública el que, directa o indirectamente, ofreciere, prometiere u otorgare, indebidamente, a un funcionario público de otro Estado o de una organización pública internacional, ya sea en su beneficio o de un tercero, sumas de dinero o cualquier otro objeto de valor pecuniario u otras compensaciones tales como dádivas, favores, promesas o ventajas, a cambio de que dicho funcionario realice u omita realizar un acto relacionado con el ejercicio de sus funciones públicas, o para que haga valer la influencia derivada de su cargo en un asunto vinculado a una transacción de naturaleza económica, financiera o comercial.

Se entenderá por funcionario público de otro Estado, o de cualquier entidad territorial reconocida por la Nación Argentina, a toda persona que haya sido designada o electa para cumplir una función pública, en cualquiera de sus niveles o divisiones territoriales de gobierno, o en toda clase de organismo, agencia o empresa pública en donde dicho Estado ejerza una influencia directa o indirecta.

(Artículo sustituido por art. 30 de la Ley N° 27.401 B.O. 1/12/2017. Vigencia: a los noventa (90) días de su publicación en el Boletín Oficial de la República Argentina)

ARTÍCULO 259. - Será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilitación absoluta de uno a seis años, el funcionario público que admitiere dádivas, que fueran entregadas en consideración a su oficio, mientras permanezca en el ejercicio del cargo. El que presentare u ofreciere la dádiva será reprimido con prisión de un mes a un año.

ARTÍCULO 259 bis - Respecto de los delitos previstos en este Capítulo, se impondrá conjuntamente una multa de dos (2) a cinco (5) veces del monto o valor del dinero, dádiva, beneficio indebido o ventaja pecuniaria ofrecida o entregada.

(Artículo incorporado por art. 31 de la Ley N° 27.401 B.O. 1/12/2017. Vigencia: a los noventa (90) días de su publicación en el Boletín Oficial de la República Argentina)

Capítulo VII

Malversación de caudales públicos

ARTÍCULO 260. - Será reprimido con inhabilitación especial de un mes a tres años, el funcionario público que diere a los caudales o efectos que administrare una aplicación diferente de aquella a que estuvieren destinados. Si de ello resultare daño o entorpecimiento del servicio a que estuvieren destinados, se impondrá además al culpable, multa del veinte al cincuenta por ciento de la cantidad distraída.

ARTÍCULO 261. - Será reprimido con reclusión o prisión de dos a diez años e inhabilitación absoluta perpetua, el funcionario público que sustrajere caudales o efectos cuya administración, percepción o custodia le haya sido confiada por razón de su cargo. Será reprimido con la misma pena el funcionario que empleare en provecho propio o de un tercero, trabajos o servicios pagados por una administración pública.

ARTÍCULO 262. - Será reprimido con multa del veinte al sesenta por ciento del valor substraído, el funcionario público que, por imprudencia o negligencia o por inobservancia de los reglamentos o deberes de su cargo, diere ocasión a que se efectuare por otra persona la substracción de caudales o efectos de que se trata en el artículo anterior.

ARTÍCULO 263. - Quedan sujetos a las disposiciones anteriores los que administraren o custodiaren bienes pertenecientes a establecimientos de instrucción pública o de beneficencia, así como los administradores y depositarios de caudales embargados, secuestrados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.

ARTÍCULO 264. - Será reprimido con inhabilitación especial por uno a seis meses, el funcionario público que, teniendo fondos expeditos, demorare injustificadamente un pago ordinario o decretado por autoridad competente. En la misma pena incurrirá el funcionario público que, requerido por la autoridad competente, rehusare entregar una cantidad o efecto depositado o puesto bajo su custodia o administración.

Capítulo VIII

Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas

ARTÍCULO 265. - Será reprimido con reclusión o prisión de uno (1) a seis (6) años e inhabilitación especial perpetua, el funcionario público que, directamente, por persona interpuesta o por acto simulado, se interesare en miras de un beneficio propio o de un tercero, en cualquier contrato u operación en que intervenga en razón de su cargo.

Se aplicará también multa de dos (2) a cinco (5) veces del valor del beneficio indebido pretendido u obtenido.

Esta disposición será aplicable a los árbitros, amigables componedores, peritos, contadores, tutores, curadores, albaceas, síndicos y liquidadores, con respecto a las funciones cumplidas en el carácter de tales.

(Artículo sustituido por art. 32 de la Ley N° 27.401 B.O. 1/12/2017. Vigencia: a los noventa (90) días de su publicación en el Boletín Oficial de la República Argentina)

Capítulo IX

Exacciones ilegales

ARTÍCULO 266. - Será reprimido con prisión de un (1) a cuatro (4) años e inhabilitación especial de uno (1) a (5) cinco años, el funcionario público que, abusando de su cargo, solicitare, exigiere o hiciere pagar o entregar indebidamente, por sí o por interpuesta persona, una contribución, un derecho o una dádiva o cobrase mayores derechos que los que corresponden.

Se aplicará también multa de dos (2) a cinco (5) veces del monto de la exacción.

(Artículo sustituido por art. 33 de la Ley N° 27.401 B.O. 1/12/2017. Vigencia: a los noventa (90) días de su publicación en el Boletín Oficial de la República Argentina)

ARTÍCULO 267. - Si se empleare intimidación o se invocare orden superior, comisión, mandamiento judicial u otra autorización legítima, podrá elevarse la prisión hasta cuatro años y la inhabilitación hasta seis años.

ARTÍCULO 268. - Será reprimido con prisión de dos (2) a seis (6) años e inhabilitación absoluta perpetua, el funcionario público que convirtiere en provecho propio o de tercero las exacciones expresadas en los artículos anteriores.

Se aplicará también multa de dos (2) a cinco (5) veces del monto de la exacción.

(Artículo sustituido por art. 34 de la Ley N° 27.401 B.O. 1/12/2017. Vigencia: a los noventa (90) días de su publicación en el Boletín Oficial de la República Argentina)

Capítulo IX bis

Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados

ARTÍCULO 268 (1). - Será reprimido con la pena del artículo 256, el funcionario público que con fines de lucro utilizare para sí o para un tercero informaciones o datos de carácter reservado de los que haya tomado conocimiento en razón de su cargo.

Se aplicará también multa de dos (2) a cinco (5) veces del lucro obtenido. (Párrafo incorporado por art. 35 de la Ley N° 27.401 B.O. 1/12/2017. Vigencia: a los noventa (90) días de su publicación en el Boletín Oficial de la República Argentina)

ARTÍCULO 268 (2) — Será reprimido con prisión de dos (2) a seis (6) años, multa de dos (2) a cinco (5) veces del valor del enriquecimiento, e inhabilitación absoluta perpetua, el que al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, ocurrido con posterioridad a la asunción de un cargo o empleo público y hasta dos (2) años después de haber cesado en su desempeño. (Párrafo sustituido por art. 36 de la Ley N° 27.401 B.O. 1/12/2017. Vigencia: a los noventa (90) días de su publicación en el Boletín Oficial de la República Argentina)

Se entenderá que hubo enriquecimiento no sólo cuando el patrimonio se hubiese incrementado con dinero, cosas o bienes, sino también cuando se hubiesen cancelado deudas o extinguido obligaciones que lo afectaban.

La persona interpuesta para disimular el enriquecimiento será reprimida con la misma pena que el autor del hecho.

(Artículo sustituido por art. 38 de la Ley N° 25.188 B.O. 1/11/1999. Vigencia: a los ocho días desde su publicación.)

ARTÍCULO 268 (3) — Será reprimido con prisión de quince días a dos años e inhabilitación especial perpetua el que, en razón de su cargo, estuviere obligado por ley a presentar una declaración jurada patrimonial y omitiere maliciosamente hacerlo.

El delito se configurará cuando mediando notificación fehaciente de la intimación respectiva, el sujeto obligado no hubiere dado cumplimiento a los deberes aludidos dentro de los plazos que fije la ley cuya aplicación corresponda.

En la misma pena incurrirá el que maliciosamente, falseare u omitiere insertar los datos que las referidas declaraciones juradas deban contener de conformidad con las leyes y reglamentos aplicables.

(Artículo incorporado por art. 39 de la Ley N° 25.188 B.O. 1/11/1999. Vigencia: a los ocho días desde su publicación.)

Capítulo X

Prevaricato

ARTÍCULO 269. - Sufrirá multa de pesos tres mil a pesos setenta y cinco mil e inhabilitación absoluta perpetua el juez que dictare resoluciones contrarias a la ley expresa invocada por las partes o por el mismo o citare, para fundarlas, hechos o resoluciones falsas.

Si la sentencia fuere condenatoria en causa criminal, la pena será de tres a quince años de reclusión o prisión e inhabilitación absoluta perpetua.

Lo dispuesto en el párrafo primero de este artículo, será aplicable, en su caso, a los árbitros y arbitradores amigables componedores.

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

ARTÍCULO 270. - Será reprimido con multa de pesos dos mil quinientos a pesos treinta mil e inhabilitación absoluta de uno a seis años, el juez que decretare prisión preventiva por delito en virtud del cual no proceda o que prolongare la prisión preventiva que, computada en la forma establecida en el artículo 24, hubiere agotado la pena máxima que podría corresponder al procesado por el delito imputado.

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

ARTÍCULO 271. - Será reprimido con multa de pesos dos mil quinientos a pesos treinta mil, e inhabilitación especial de uno a seis años, el abogado o mandatario judicial que defendiere o representare partes contrarias en el mismo juicio, simultánea o sucesivamente o que de cualquier otro modo, perjudicare deliberadamente la causa que le estuviere confiada.

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

ARTÍCULO 272. - La disposición del artículo anterior será aplicable a los fiscales, asesores y demás funcionarios encargados de emitir su dictamen ante las autoridades.

Capítulo XI

Denegación y retardo de justicia

ARTÍCULO 273. - Será reprimido con inhabilitación absoluta de uno a cuatro años, el juez que se negare a juzgar so pretexto de obscuridad, insuficiencia o silencio de la ley.

En la misma pena incurrirá el juez que retardare maliciosamente la administración de justicia después de requerido por las partes y de vencidos los términos legales.

ARTÍCULO 274. - El funcionario público que, faltando a la obligación de su cargo, dejare de promover la persecución y represión de los delincuentes, será reprimido con inhabilitación absoluta de seis meses a dos años, a menos que pruebe que su omisión provino de un inconveniente insuperable.

Capítulo XII

Falso testimonio

ARTÍCULO 275. - Será reprimido con prisión de un mes a cuatro años, el testigo, perito o intérprete que afirmare una falsedad o negare o callare la verdad, en todo o en parte, en su deposición, informe, traducción o interpretación, hecha ante la autoridad competente.

Si el falso testimonio se cometiere en una causa criminal, en perjuicio del inculpado, la pena será de uno a diez años de reclusión o prisión.

En todos los casos se impondrá al reo, además, inhabilitación absoluta por doble tiempo del de la condena.

ARTÍCULO 276. - La pena del testigo, perito o intérprete falso, cuya declaración fuere prestada mediante cohecho, se agravará con una multa igual al duplo de la cantidad ofrecida o recibida.

El sobornante sufrirá la pena del simple testigo falso.

ARTÍCULO 276 bis. - Será reprimido con prisión de cuatro (4) a diez (10) años y con la pérdida del beneficio concedido el que, acogiendo al beneficio del artículo 41 ter, proporcionare maliciosamente información falsa o datos inexactos.

(Artículo incorporado por art. 2º de la Ley N° 27.304 B.O. 2/11/2016)

Capítulo XIII

Encubrimiento

(Denominación del Capítulo sustituida por art. 1º de la Ley N° 26.683 B.O. 21/06/2011)

ARTÍCULO 277.-

1.- Será reprimido con prisión de seis (6) meses a tres (3) años el que, tras la comisión de un delito ejecutado por otro, en el que no hubiera participado:

a) Ayudare a alguien a eludir las investigaciones de la autoridad o a sustraerse a la acción de ésta.

b) Ocultare, alterare o hiciere desaparecer los rastros, pruebas o instrumentos del delito, o ayudare al autor o partícipe a ocultarlos, alterarlos o hacerlos desaparecer.

c) Adquiriere, recibiere u ocultare dinero, cosas o efectos provenientes de un delito.

d) No denunciare la perpetración de un delito o no individualizare al autor o partícipe de un delito ya conocido, cuando estuviere obligado a promover la persecución penal de un delito de esa índole.

e) Asegurare o ayudare al autor o partícipe a asegurar el producto o provecho del delito.

2.- En el caso del inciso 1, c), precedente, la pena mínima será de un (1) mes de prisión, si, de acuerdo con las circunstancias, el autor podía sospechar que provenían de un delito.

3.- La escala penal será aumentada al doble de su mínimo y máximo, cuando:

a) El hecho precedente fuera un delito especialmente grave, siendo tal aquel cuya pena mínima fuera superior a tres (3) años de prisión.

b) El autor actuare con ánimo de lucro.

c) El autor se dedicare con habitualidad a la comisión de hechos de encubrimiento.

d) El autor fuere funcionario público.

La agravación de la escala penal, prevista en este inciso sólo operará una vez, aun cuando concurrieren más de una de sus circunstancias calificantes. En este caso, el tribunal podrá tomar en cuenta la pluralidad de causales al individualizar la pena.

4.- Están exentos de responsabilidad criminal los que hubieren obrado en favor del cónyuge, de un pariente cuyo vínculo no excediere del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o de un amigo íntimo o persona a la que se debiese especial gratitud. La exención no rige respecto de los casos del inciso 1, e) y del inciso 3, b) y c). (Inciso sustituido por Art. 4º de la Ley N° 26.087, B.O. 24/04/2006.)

(Artículo sustituido por art. 2º de la Ley N° 25.815 B.O. 1/12/2003)

ARTÍCULO 277 bis.- Se aplicará prisión de TRES (3) a SEIS (6) años e inhabilitación especial de TRES (3) a DIEZ (10) años al funcionario público que, tras la comisión del delito de abigeato en el que no hubiera participado, violando los deberes a su cargo o abusando de sus funciones, intervenga o facilite el transporte, faena, comercialización o mantenimiento de ganado, sus despojos o los productos obtenidos, conociendo su origen ilícito.

(Artículo incorporado por art. 6° de la Ley N° 25.890 B.O. 21/572004)

ARTÍCULO 277 ter.- Se impondrá prisión de SEIS (6) meses a TRES (3) años al que reuniendo las condiciones personales descriptas en el artículo 167 quater inciso 4, por imprudencia o negligencia, intervenga en algunas de las acciones prevista en el artículo precedente, omitiendo adoptar las medidas necesarias para cerciorarse de la procedencia legítima del ganado.

(Artículo incorporado por art. 7° de la Ley N° 25.890 B.O. 21/572004)

ARTÍCULO 278.- (Artículo derogado por art. 2º de la Ley N° 26.683 B.O. 21/06/2011)

ARTÍCULO 279.-

1) Si la escala penal prevista para el delito precedente fuera menor que la establecida en las disposiciones de este capítulo, será aplicable al caso la escala penal del delito precedente.

2) Si el delito precedente no estuviera amenazado con pena privativa de libertad, se aplicará a su encubrimiento multa de un mil (1.000) pesos a veinte mil (20.000) pesos o la escala penal del delito precedente, si ésta fuera menor.

3) Cuando el autor de los hechos descriptos en los incisos 1 o 3 del artículo 277 fuera un funcionario público que hubiera cometido el hecho en ejercicio u ocasión de sus funciones, sufrirá además pena de inhabilitación especial de tres (3) a diez (10) años. La misma pena sufrirá el que hubiere actuado en ejercicio de una profesión u oficio que requieran habilitación especial.

4) Las disposiciones de este capítulo regirán aun cuando el delito precedente hubiera sido cometido fuera del ámbito de aplicación espacial de este Código, en tanto el hecho que lo tipificara también hubiera estado sancionado con pena en el lugar de su comisión.

(Artículo sustituido por art. 3º de la Ley N° 26.683 B.O. 21/06/2011)

Capítulo XIV

Evasión y quebrantamiento de pena.

(Rúbrica del capítulo sustituida por art. 3º de la Ley N° 23.487 B.O. 26/1/1987)

ARTÍCULO 280. - Será reprimido con prisión de un mes a un año, el que hallándose legalmente detenido se evadiere por medio de violencia en las personas o fuerza en las cosas.

ARTÍCULO 281. - Será reprimido con prisión de un mes a cuatro años, el que favoreciere la evasión de algún detenido o condenado, y si fuere funcionario público, sufrirá, además, inhabilitación absoluta por triple tiempo.

Si la evasión se produjere por negligencia de un funcionario público, éste será reprimido con multa de pesos argentinos mil a pesos argentinos quince mil.

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

ARTÍCULO 281 bis. El que quebrantare una inhabilitación judicialmente impuesta será reprimido con prisión de dos meses a dos años.

(Artículo incorporado por art.4° de la Ley N° 23.487 B.O. 26/1/1987)

TÍTULO XII. DELITOS CONTRA LA FE PUBLICA

Capítulo I

Falsificación de moneda, billetes de banco, títulos al portador y documentos de crédito

ARTÍCULO 282. - Serán reprimidos con reclusión o prisión de tres a quince años, el que falsificare moneda que tenga curso legal en la República y el que la introdujere, expendiere o pusiere en circulación.-

ARTÍCULO 283. - Será reprimido con reclusión o prisión de uno a cinco años, el que cercenare o alterare moneda de curso legal y el que introdujere, expendiere o pusiere en circulación moneda cercenada o alterada.

Si la alteración consistiere en cambiar el color de la moneda, la pena será de seis meses a tres años de prisión.

ARTÍCULO 284. - Si la moneda falsa, cercenada o alterada se hubiere recibido de buena fe y se expendiere o circulara con conocimiento de la falsedad, cercenamiento o alteración, la pena será de pesos argentinos mil a pesos argentinos quince mil.

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

ARTÍCULO 285. - Para los efectos de los artículos anteriores quedan equiparados a la moneda nacional, la moneda extranjera, los títulos de la deuda nacional, provincial o municipal y sus cupones, los bonos o libranzas de los tesoros nacional, provinciales y municipales, los billetes de banco, títulos, cédulas, acciones, valores negociables y tarjetas de compra, crédito o débito, legalmente emitidos por entidades nacionales o extranjeras autorizadas para ello, y los cheques de todo tipo, incluidos los de viajero, cualquiera que fuere la sede del banco girado.

(Artículo sustituido por art. 2° de la Ley N° 25.930 B.O. 21/9/2004)

ARTÍCULO 286. - (Artículo derogado por art. 3° de la Ley N° 25.930 B.O. 21/9/2004)

ARTÍCULO 287. - Serán reprimidos con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación absoluta por doble tiempo, el funcionario público y el director o administrador de un banco o de una compañía que fabricare o emitiere o autorizare la fabricación o emisión de moneda, con título o peso inferiores al de la ley, billetes de banco o cualesquiera títulos, cédulas o acciones al portador, en cantidad superior a la autorizada.

Capítulo II

Falsificación de sellos, timbres y marcas

ARTÍCULO 288. - Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años:

1º. El que falsificare sellos oficiales;

2º. El que falsificare papel sellado, sellos de correos o telégrafos o cualquiera otra clase de efectos timbrados cuya emisión esté reservada a la autoridad o tenga por objeto el cobro de impuestos.- En estos casos, así como en los de los artículos siguientes, se considerará falsificación la impresión fraudulenta del sello verdadero.

ARTÍCULO 289. - Será reprimido con prisión de seis meses a tres años:

1. El que falsificare marcas, contraseñas o firmas oficialmente usadas o legalmente requeridas para contrastar pesas o medidas, identificar cualquier objeto o certificar su calidad, cantidad o contenido, y el que las aplicare a objetos distintos de aquellos a que debían ser aplicados.

2. El que falsificare billetes de empresas públicas de transporte.

3. El que falsificare, alterare o suprimiere la numeración de un objeto registrada de acuerdo con la ley.

(Artículo sustituido por art. 1º de la Ley N° 24.721 B.O. 18/11/1996)

ARTÍCULO 290. - Será reprimido con prisión de quince días a un año, el que hiciere desaparecer de cualquiera de los sellos, timbres, marcas o contraseñas, a que se refieren los artículos anteriores, el signo que indique haber ya servido o sido inutilizado para el objeto de su expedición.-

El que a sabiendas usare, hiciere usar o pusiere en venta estos sellos, timbres, etc., inutilizados, será reprimido con multa de pesos setecientos cincuenta a pesos doce mil quinientos.

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1º de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

ARTÍCULO 291. - Cuando el culpable de alguno de los delitos comprendidos en los artículos anteriores, fuere funcionario público y cometiere el hecho abusando de su cargo, sufrirá, además, inhabilitación absoluta por doble tiempo del de la condena.-

Capítulo III

Falsificación de documentos en general

ARTÍCULO 292.- El que hiciere en todo o en parte un documento falso o adultere uno verdadero, de modo que pueda resultar perjuicio, será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años, si se tratase de un instrumento público y con prisión de seis meses a dos años, si se tratase de un instrumento privado.

Si el documento falsificado o adulterado fuere de los destinados a acreditar la identidad de las personas o la titularidad del dominio o habilitación para circular de vehículos automotores, la pena será de tres a ocho años.

Para los efectos del párrafo anterior están equiparados a los documentos destinados a acreditar la identidad de las personas, aquellos que a tal fin se dieren a los integrantes de las fuerzas armadas, de seguridad, policiales o penitenciarias, las cédulas de identidad expedidas por autoridad pública competente, las libretas cívicas o de enrolamiento, y los pasaportes, así como también los certificados de parto y de nacimiento.

(Artículo sustituido por art. 9° de la Ley N° 24.410 B.O. 2/1/1995)

ARTÍCULO 293.- Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años, el que insertare o hiciere insertar en un instrumento público declaraciones falsas, concernientes a un hecho que el documento deba probar, de modo que pueda resultar perjuicio.

Si se tratase de los documentos o certificados mencionados en el último párrafo del artículo anterior, la pena será de 3 a 8 años. (Párrafo sustituido por art. 10° de la Ley N° 24.410 B.O. 2/1/1995)

ARTÍCULO 293 bis.- Se impondrá prisión de UNO (1) a TRES (3) años al funcionario público que, por imprudencia o negligencia, intervenga en la expedición de guías de tránsito de ganado o en el visado o legalización de certificados de adquisición u otros documentos que acrediten la propiedad del semoviente, omitiendo adoptar las medidas necesarias para cerciorarse de su procedencia legítima.

(Artículo incorporado por art. 8° de la Ley N° 25.890 B.O. 21/5/2004)

ARTÍCULO 294. - El que suprimiere o destruyere, en todo o en parte, un documento de modo que pueda resultar perjuicio, incurrirá en las penas señaladas en los artículos anteriores, en los casos respectivos.

ARTÍCULO 295. - Sufrirá prisión de un mes a un año, el médico que diere por escrito un certificado falso, concerniente a la existencia o inexistencia, presente o pasada, de alguna enfermedad o lesión cuando de ello resulte perjuicio.

La pena será de uno a cuatro años, si el falso certificado debiera tener por consecuencia que una persona sana fuera detenida en un manicomio, lazareto u otro hospital.

ARTÍCULO 296. - El que hiciere uso de un documento o certificado falso o adulterado, será reprimido como si fuere autor de la falsedad.

ARTÍCULO 297.- Para los efectos de este Capítulo, quedan equiparados a los instrumentos públicos los testamentos ológrafos o cerrados, los certificados de parto o de nacimiento, las letras de cambio y los títulos de crédito transmisibles por endoso o al portador, no comprendidos en el artículo 285.

(Artículo sustituido por art. 11 de la Ley N° 24.410 B.O. 2/1/1995)

ARTÍCULO 298. - Cuando alguno de los delitos previstos en este Capítulo, fuere ejecutado por un funcionario público con abuso de sus funciones, el culpable sufrirá, además, inhabilitación absoluta por doble tiempo del de la condena.

ARTÍCULO 298 bis. - Quienes emitan o acepten facturas de crédito que no correspondan a compraventa, locación de cosas muebles, locación de servicios o locación de obra realmente contratadas, serán sancionados con la pena prevista en el artículo 293 de este Código. Igual pena les corresponderá a quienes injustificadamente rechacen o eludan la aceptación de factura de crédito, cuando el servicio ya hubiese sido prestado en forma debida, o reteniendo la mercadería que se le hubiere entregado.

(Artículo sustituido por art. 3° de la Ley N° 24.760 B.O.13/1/1997)

Capítulo IV

Disposiciones comunes a los Capítulos precedentes

ARTÍCULO 299. - Sufrirá prisión de un mes a un año, el que fabricare, introdujere en el país o conservare en su poder, materias o instrumentos conocidamente destinados a cometer alguna de las falsificaciones legisladas en este Título.-

Capítulo V

De los fraudes al comercio y a la industria

ARTÍCULO 300. - Serán reprimidos con prisión de seis (6) meses a dos (2) años:

1º. El que hiciere alzar o bajar el precio de las mercaderías por medio de noticias falsas, negociaciones fingidas o por reunión o coalición entre los principales tenedores de una mercancía o género, con el fin de no venderla o de no venderla sino a un precio determinado.

2º. El fundador, director, administrador, liquidador o síndico de una sociedad anónima o cooperativa o de otra persona colectiva, que a sabiendas publicare, certificare o autorizare un inventario, un balance, una cuenta de ganancias y pérdidas o los correspondientes informes, actas o memorias, falsos o incompletos o informare a la asamblea o reunión de socios, con falsedad, sobre hechos importantes para apreciar la situación económica de la empresa, cualquiera que hubiere sido el propósito perseguido al verificarlo.

(Artículo sustituido por art. 2º de la Ley N° 26.733 B.O. 28/12/2011)

ARTÍCULO 300 bis - Cuando los hechos delictivos previstos en el inciso 2) del artículo 300 hubieren sido realizados con el fin de ocultar la comisión de los delitos previstos en los artículos 258 y 258 bis, se impondrá pena de prisión de un (1) a cuatro (4) años y multa de dos (2) a cinco (5) veces el valor falseado en los documentos y actos a los que se refiere el inciso mencionado.

(Artículo incorporado por art. 37 de la Ley N° 27.401 B.O. 1/12/2017. Vigencia: a los noventa (90) días de su publicación en el Boletín Oficial de la República Argentina)

ARTÍCULO 301. - Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el director, gerente, administrador o liquidador de una sociedad anónima, o cooperativa o de otra persona colectiva que a sabiendas prestare su concurso o consentimiento a actos contrarios a la ley o a los estatutos, de los cuales pueda derivar algún perjuicio. Si el acto importare emisión de acciones o de cuotas de capital, el máximo de la pena se elevará a tres años de prisión, siempre que el hecho no importare un delito más gravemente penado.

ARTÍCULO 301 bis.- Será reprimido con prisión de tres (3) a seis (6) años el que explotare, administrare, operare o de cualquier manera organizare, por sí o a través de terceros, cualquier modalidad o sistema de captación de juegos de azar sin contar con la autorización pertinente emanada de la autoridad jurisdiccional competente.

(Artículo incorporado por art. 10 de la Ley N° 27.346 B.O. 27/12/2016. Vigencia: a partir de su publicación en el Boletín Oficial).

Capítulo VI

Del pago con cheques sin provisión de fondos

ARTÍCULO 302. - Será reprimido con prisión de seis meses a cuatro años e inhabilitación especial de uno a cinco años, siempre que no concurran las circunstancias del artículo 172:

1º. El que dé en pago o entregue por cualquier concepto a un tercero un cheque sin tener provisión de fondos o autorización expresa para girar en descubierto, y no lo abonare en moneda nacional dentro de

las veinticuatro horas de habersele comunicado la falta de pago mediante aviso bancario, comunicación del tenedor o cualquier otra forma documentada de interpelación;

2º. El que dé en pago o entregue, por cualquier concepto a un tercero un cheque, a sabiendas de que al tiempo de su presentación no podrá legalmente ser pagado;

3º. El que librare un cheque y diera contraorden para el pago, fuera de los casos en que la ley autoriza a hacerlo, o frustrare maliciosamente su pago;

4º. El que librare un cheque en formulario ajeno sin autorización.

TÍTULO XIII. DELITOS CONTRA EL ORDEN ECONOMICO Y FINANCIERO

(Título incorporado por art. 4º de la Ley Nº 26.683 B.O. 21/06/2011)

ARTÍCULO 303. - ...

1) Será reprimido con prisión de tres (3) a diez (10) años y multa de dos (2) a diez (10) veces del monto de la operación, el que convirtiere, transfiriere, administrare, vendiere, gravare, disimulare o de cualquier otro modo pusiere en circulación en el mercado, bienes provenientes de un ilícito penal, con la consecuencia posible de que el origen de los bienes originarios o los subrogantes adquieran la apariencia de un origen lícito, y siempre que su valor supere la suma de pesos trescientos mil (\$ 300.000), sea en un solo acto o por la reiteración de hechos diversos vinculados entre sí.

2) La pena prevista en el inciso 1 será aumentada en un tercio del máximo y en la mitad del mínimo, en los siguientes casos:

a) Cuando el autor realizare el hecho con habitualidad o como miembro de una asociación o banda formada para la comisión continuada de hechos de esta naturaleza;

b) Cuando el autor fuera funcionario público que hubiera cometido el hecho en ejercicio u ocasión de sus funciones. En este caso, sufrirá además pena de inhabilitación especial de tres (3) a diez (10) años. La misma pena sufrirá el que hubiere actuado en ejercicio de una profesión u oficio que requirieran habilitación especial.

3) El que recibiere dinero u otros bienes provenientes de un ilícito penal, con el fin de hacerlos aplicar en una operación de las previstas en el inciso 1, que les dé la apariencia posible de un origen lícito, será reprimido con la pena de prisión de seis (6) meses a tres (3) años.

4) Si el valor de los bienes no superare la suma indicada en el inciso 1, el autor será reprimido con la pena de prisión de seis (6) meses a tres (3) años.

5) Las disposiciones de este artículo regirán aún cuando el ilícito penal precedente hubiera sido cometido fuera del ámbito de aplicación espacial de este Código, en tanto el hecho que lo tipificara también hubiera estado sancionado con pena en el lugar de su comisión.

(Artículo incorporado por art. 5º de la Ley Nº 26.683 B.O. 21/06/2011)

ARTÍCULO 304. - Cuando los hechos delictivos previstos en el artículo precedente hubieren sido realizados en nombre, o con la intervención, o en beneficio de una persona de existencia ideal, se impondrán a la entidad las siguientes sanciones conjunta o alternativamente:

1. Multa de dos (2) a diez (10) veces el valor de los bienes objeto del delito.
2. Suspensión total o parcial de actividades, que en ningún caso podrá exceder de diez (10) años.
3. Suspensión para participar en concursos o licitaciones estatales de obras o servicios públicos o en cualquier otra actividad vinculada con el Estado, que en ningún caso podrá exceder de diez (10) años.
4. Cancelación de la personería cuando hubiese sido creada al solo efecto de la comisión del delito, o esos actos constituyan la principal actividad de la entidad.
5. Pérdida o suspensión de los beneficios estatales que tuviere.
6. Publicación de un extracto de la sentencia condenatoria a costa de la persona jurídica.

Para graduar estas sanciones, los jueces tendrán en cuenta el incumplimiento de reglas y procedimientos internos, la omisión de vigilancia sobre la actividad de los autores y partícipes, la extensión del daño causado, el monto de dinero involucrado en la comisión del delito, el tamaño, la naturaleza y la capacidad económica de la persona jurídica.

Cuando fuere indispensable mantener la continuidad operativa de la entidad, o de una obra, o de un servicio en particular, no serán aplicables las sanciones previstas por el inciso 2 y el inciso 4.

(Artículo incorporado por art. 5º de la Ley Nº 26.683 B.O. 21/06/2011)

ARTÍCULO 305. - El juez podrá adoptar desde el inicio de las actuaciones judiciales las medidas cautelares suficientes para asegurar la custodia, administración, conservación, ejecución y disposición del o de los bienes que sean instrumentos, producto, provecho o efectos relacionados con los delitos previstos en los artículos precedentes.

En operaciones de lavado de activos, serán decomisados de modo definitivo, sin necesidad de condena penal, cuando se hubiere podido comprobar la ilicitud de su origen, o del hecho material al que estuvieren vinculados, y el imputado no pudiere ser enjuiciado por motivo de fallecimiento, fuga, prescripción o

cualquier otro motivo de suspensión o extinción de la acción penal, o cuando el imputado hubiere reconocido la procedencia o uso ilícito de los bienes.

Los activos que fueren decomisados serán destinados a reparar el daño causado a la sociedad, a las víctimas en particular o al Estado. Sólo para cumplir con esas finalidades podrá darse a los bienes un destino específico.

Todo reclamo o litigio sobre el origen, naturaleza o propiedad de los bienes se realizará a través de una acción administrativa o civil de restitución. Cuando el bien hubiere sido subastado sólo se podrá reclamar su valor monetario.

(Artículo incorporado por art. 5º de la Ley Nº 26.683 B.O. 21/06/2011)

ARTÍCULO 306.-

1. Será reprimido con prisión de cinco (5) a quince (15) años y multa de dos (2) a diez (10) veces del monto de la operación, el que directa o indirectamente recolectare o proveyere bienes o dinero, con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados, en todo o en parte:

- a) Para financiar la comisión de un delito con la finalidad establecida en el artículo 41 quinquies;
- b) Por una organización que cometa o intente cometer delitos con la finalidad establecida en el artículo 41 quinquies;
- c) Por un individuo que cometa, intente cometer o participe de cualquier modo en la comisión de delitos con la finalidad establecida en el artículo 41 quinquies.

2. Las penas establecidas se aplicarán independientemente del acaecimiento del delito al que se destinara el financiamiento y, si éste se cometiere, aún si los bienes o el dinero no fueran utilizados para su comisión.

3. Si la escala penal prevista para el delito que se financia o pretende financiar fuera menor que la establecida en este artículo, se aplicará al caso la escala penal del delito que se trate.

4. Las disposiciones de este artículo regirán aún cuando el ilícito penal que se pretende financiar tuviere lugar fuera del ámbito de aplicación espacial de este Código, o cuando en el caso del inciso b) y c) la organización o el individuo se encontraren fuera del territorio nacional, en tanto el hecho también hubiera estado sancionado con pena en la jurisdicción competente para su juzgamiento.

(Artículo incorporado por art. 5º de la Ley Nº 26.734 B.O. 28/12/2011)

ARTÍCULO 307.- Será reprimido con prisión de uno (1) a cuatro (4) años, multa equivalente al monto de la operación, e inhabilitación especial de hasta cinco (5) años, el director, miembro de órgano de fiscalización, accionista, representante de accionista y todo el que por su trabajo, profesión o función dentro de una sociedad emisora, por sí o por persona interpuesta, suministrare o utilizare información

privilegiada a la que hubiera tenido acceso en ocasión de su actividad, para la negociación, cotización, compra, venta o liquidación de valores negociables.

(Artículo incorporado por art. 3° de la Ley N° 26.733 B.O. 28/12/2011) (Artículo 306 renumerado como artículo 307 por art. 1° del Decreto N° 169/2012 B.O. 06/02/2012)

ARTÍCULO 308.- El mínimo de la pena prevista en el artículo anterior se elevará a dos (2) años de prisión y el máximo a seis (6) años de prisión, cuando:

- a) Los autores del delito utilizaren o suministraren información privilegiada de manera habitual;
- b) El uso o suministro de información privilegiada diera lugar a la obtención de un beneficio o evitara un perjuicio económico, para sí o para terceros.

El máximo de la pena prevista se elevará a ocho (8) años de prisión cuando:

- c) El uso o suministro de información privilegiada causare un grave perjuicio en el mercado de valores;
- d) El delito fuere cometido por un director, miembro del órgano de fiscalización, funcionario o empleado de una entidad autorregulada o de sociedades calificadoras de riesgo, o ejerciera profesión de las que requieren habilitación o matrícula, o un funcionario público. En estos casos, se impondrá además pena de inhabilitación especial de hasta ocho (8) años.

(Artículo incorporado por art. 4° de la Ley N° 26.733 B.O. 28/12/2011) (Artículo 307 renumerado como artículo 308 por art. 2° del Decreto N° 169/2012 B.O. 06/02/2012)

ARTÍCULO 309.-

1. Será reprimido con prisión de uno (1) a cuatro (4) años, multa equivalente al monto de la operación e inhabilitación de hasta cinco (5) años, el que:

- a) Realizare transacciones u operaciones que hicieren subir, mantener o bajar el precio de valores negociables u otros instrumentos financieros, valiéndose de noticias falsas, negociaciones fingidas, reunión o coalición entre los principales tenedores de la especie, con el fin de producir la apariencia de mayor liquidez o de negociarla a un determinado precio;
- b) Ofreciere valores negociables o instrumentos financieros, disimulando u ocultando hechos o circunstancias verdaderas o afirmando o haciendo entrever hechos o circunstancias falsas.

2. Será reprimido con prisión de dos (2) a seis (6) años, cuando el representante, administrador o fiscalizador de una sociedad comercial de las que tienen obligación de establecer órganos de fiscalización privada, informare a los socios o accionistas ocultando o falseando hechos importantes para apreciar la

situación económica de la empresa o que en los balances, memorias u otros documentos de contabilidad, consignare datos falsos o incompletos.

(Artículo incorporado por art. 5° de la Ley N° 26.733 B.O. 28/12/2011) (Artículo 308 renumerado como artículo 309 por art. 3° del Decreto N° 169/2012 B.O. 06/02/2012)

ARTÍCULO 310.- Será reprimido con prisión de uno (1) a cuatro (4) años, multa de dos (2) a ocho (8) veces el valor de las operaciones realizadas e inhabilitación especial hasta seis (6) años, el que por cuenta propia o ajena, directa o indirectamente, realizare actividades de intermediación financiera, bajo cualquiera de sus modalidades, sin contar con autorización emitida por la autoridad de supervisión competente.

En igual pena incurrirá quien capture ahorros del público en el mercado de valores o prestare servicios de intermediación para la adquisición de valores negociables, cuando no contare con la correspondiente autorización emitida por la autoridad competente.

El monto mínimo de la pena se elevará a dos (2) años cuando se hubieran utilizado publicaciones periodísticas, transmisiones radiales o de televisión, internet, proyecciones cinematográficas, colocación de afiches, letreros o carteles, programas, circulares y comunicaciones impresas o cualquier otro procedimiento de difusión masiva.

(Artículo incorporado por art. 6° de la Ley N° 26.733 B.O. 28/12/2011) (Artículo 309 renumerado como artículo 310 por art. 4° del Decreto N° 169/2012 B.O. 06/02/2012)

ARTÍCULO 311.- Serán reprimidos con prisión de uno (1) a cuatro (4) años, multa de dos (2) a seis (6) veces el valor de las operaciones e inhabilitación de hasta seis (6) años, los empleados y funcionarios de instituciones financieras y de aquellas que operen en el mercado de valores que insertando datos falsos o mencionando hechos inexistentes, documentaren contablemente una operación crediticia activa o pasiva o de negociación de valores negociables, con la intención de obtener un beneficio o causar un perjuicio, para sí o para terceros.

En la misma pena incurrirá quién omitiere asentar o dejar debida constancia de alguna de las operaciones a las que alude el párrafo anterior.

(Artículo incorporado por art. 7° de la Ley N° 26.733 B.O. 28/12/2011) (Artículo 310 renumerado como artículo 311 por art. 5° del Decreto N° 169/2012 B.O. 06/02/2012)

ARTÍCULO 312.- Serán reprimidos con prisión de uno (1) a seis (6) años e inhabilitación de hasta seis (6) años, los empleados y funcionarios de instituciones financieras y de aquellas que operen en el mercado de valores que directa o indirectamente, y con independencia de los cargos e intereses fijados por la institución, reciban indebidamente dinero o algún otro beneficio económico, como condición para celebrar operaciones crediticias, financieras o bursátiles.

(Artículo incorporado por art. 8° de la Ley N° 26.733 B.O. 28/12/2011) (Artículo 311 renumerado como artículo 312 por art. 5° del Decreto N° 169/2012 B.O. 06/02/2012)

ARTÍCULO 313.- Cuando los hechos delictivos previstos en los artículos precedentes hubieren sido realizados en nombre, o con la intervención, o en beneficio de una persona de existencia ideal, se aplicarán las disposiciones previstas en el artículo 304 del Código Penal.

Cuando se trate de personas jurídicas que hagan oferta pública de valores negociables, las sanciones deberán ser aplicadas cuidando de no perjudicar a los accionistas o titulares de los títulos respectivos a quienes no quepa atribuir responsabilidad en el hecho delictivo. A ese fin deberá escucharse al órgano de fiscalización de la sociedad.

Cuando la persona jurídica se encuentre concursada las sanciones no podrán aplicarse en detrimento de los derechos y privilegios de los acreedores por causa o título anterior al hecho delictivo. A ese fin deberá escucharse al síndico del concurso.

(Artículo incorporado por art. 9° de la Ley N° 26.733 B.O. 28/12/2011) (Artículo 312 reenumerado como artículo 313 por art. 5° del Decreto N° 169/2012 B.O. 06/02/2012)

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS

ARTÍCULO 314. - El presente código regirá como ley de la Nación seis meses después de su promulgación. (Artículo 306 reenumerado como Artículo 314 por art. 10 de la Ley N° 26.733 B.O. 28/12/2011). (Artículo 303 reenumerado como Artículo 306 por art. 5° de la Ley N° 26.683 B.O. 21/06/2011)

ARTÍCULO 315. - El Poder Ejecutivo dispondrá la edición oficial del código conjuntamente con la exposición de motivos que lo acompaña. Los gastos que origine la publicación se imputarán a esta ley. (Artículo 306 reenumerado como Artículo 314 por art. 10 de la Ley N° 26.733 B.O. 28/12/2011). (Artículo 304 reenumerado como Artículo 307 por art. 5° de la Ley N° 26.683 B.O. 21/06/2011)

ARTÍCULO 316. - Quedan derogadas las leyes números 49, 1920, 3335, 3900, 3972, 4189, 7029, 9077 y 9143, lo mismo que las demás en cuanto se opusieran a este código. Las penas de presidio y penitenciaría que establecen las leyes especiales no derogadas por este código, quedan reemplazadas por la de reclusión y las de prisión y arresto por la de prisión. (Artículo 306 reenumerado como Artículo 314 por art. 10 de la Ley N° 26.733 B.O. 28/12/2011). (Artículo 305 reenumerado como Artículo 308 por art. 5° de la Ley N° 26.683 B.O. 21/06/2011)

Antecedentes Normativos

- Artículo 313, Nota Infoleg: debido a las modificaciones y reenumeraciones dispuestas por la Ley N° 26.733 B.O. 28/12/2011 y la Ley N° 26.734 B.O. 28/12/2011, se ha omitido la redacción del presente artículo;

- Artículo 309, Nota Infoleg: debido a las modificaciones y reenumeraciones dispuestas por la Ley N° 26.733 B.O. 28/12/2011 y la Ley N° 26.734 B.O. 28/12/2011, ha quedado duplicado el número del presente artículo;

- Artículo 308 reenumerado como Artículo 309 por art. 4° de la Ley N° 26.734 B.O. 28/12/2011;
- Artículo 307 reenumerado como Artículo 308 por art. 4° de la Ley N° 26.734 B.O. 28/12/2011;
- Artículo 306 reenumerado como Artículo 307 por art. 4° de la Ley N° 26.734 B.O. 28/12/2011;
- Artículo 63, segundo párrafo incorporado por art. 1° de la Ley N° 26.705 B.O. 5/10/2011;
- Artículo 77, quinto párrafo, incorporado por art. 1° del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008.
Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación;
- Artículo 252, segundo párrafo incorporado por art. 17 del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008.
Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación;
- Artículo 77, párrafo décimo tercero, incorporado por art. 1° de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008;
- Artículo 77, párrafo décimo segundo, incorporado por art. 1° de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008;
- Artículo 77, párrafo décimo primero, incorporado por art. 1° de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008;
- Artículo 128 sustituido por art. 2° de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008;
- Artículo 41 ter sustituido por art. 12 de la Ley N° 26.364, B.O. 30/4/2008;
- Artículo 145 ter incorporado por art. 11 de la Ley N° 26.364, B.O. 30/4/2008;
- Artículo 145 bis incorporado por art. 10 de la Ley N° 26.364, B.O. 30/4/2008;
- Artículo 193 bis incorporado por art. 2° de la Ley N° 26.362, B.O. 16/4/2008;
- Artículo 213 quáter incorporado por art. 3° de la Ley N° 26.268 B.O. 5/7/2007;
- Artículo 213 ter incorporado por art. 2° de la Ley N° 26.268 B.O. 5/7/2007;
- Artículo 278, inciso 5) incorporado por Art. 5º de la Ley Nº 26.087, B.O. 24/04/2006;
- Artículo 67, cuarto párrafo sustituido por art. 1° de la Ley N° 25.990 B.O. 11/1/2005;
- Artículo 67, quinto párrafo sustituido por art. 1° de la Ley N° 25.990 B.O. 11/1/2005;

- Artículo 14 sustituido por art. 2° de la Ley N° 25.892 B.O.26/5/2004;
- Artículo 77, párrafo décimo, incorporado por art. 1° de la Ley N° 25.890 B.O.21/5/2004;
- Artículo 279, inciso 3) sustituido por art. 3° de la Ley N° 25.815 B.O. 1/12/2003;
- Artículo 258 bis sustituido por art. 1° de la Ley N° 25.825 B.O. 11/12/2003;
- Artículo 41 ter, incorporado por art. 2° de la Ley N° 25.742 B.O. 20/6/2003;
- Artículo 24, último párrafo incorporado por art. 1° de la Ley N° 25. 742 B.O. 20/6/2003;
- Artículo 206, párrafos incorporados por art. 1° de la Ley N° 25.528 B.O. 9/1/2002;
- Artículo 78 bis, incorporado por art. 51 de la Ley N° 25.506 B.O. 14/12/2001;
- Artículo 157 bis, incorporado por art. 32 de la Ley N° 25.326 B.O. 2/11/2000;
- Artículo 279 sustituido por art. 4º de la Ley N° 25.246 B.O.10/5/2000. Vetada parcialmente por Decreto N° 370/2000 B.O.10/5/2000;
- Artículo 279, inciso 2), Frase "No será punible el encubrimiento de un delito de esa índole, cuando se cometiere por imprudencia, en el sentido del artículo 278, inciso 2;" vetada por Decreto N° 370/2000 B.O. 10/5/2000;
- Artículo 278 sustituido por art. 3° de la Ley N° 25.246 B.O. 10/5/2000.
- Artículo 278, Nota Infoleg: inciso 2) vetado por Decreto N°370/2000 B.O. 10/5/2000: "2) El que por temeridad o imprudencia grave cometiere alguno de los hechos descriptos en el inciso anterior, primera oración, será reprimido con multa del veinte por ciento (20%) al ciento cincuenta por ciento (150%) del valor de los bienes objeto del delito";
- Artículo 277, sustituido por art. 2° de la Ley N° 25.246 B.O. 10/5/2000;
- Libro II, Título XI, Capítulo XIII, Denominación, sustituida por art. 1° de la Ley N° 25.246 B.O. 10/5/2000;
- Artículo 67, sustituido por art. 29 de la Ley N° 25.188 B.O. 1/11/1999. Vigencia: a partir de los ocho días desde su publicación;
- Artículo 265 sustituido por art. 35 de la Ley N° 25.188 B.O. 1/11/1999. Vigencia: a los ocho días desde su publicación;
- Artículo 84 sustituido por art. 1° de la Ley N° 25.189 28/10/1999;

- Artículo 94 sustituido por art. 2° de la Ley N° 25.189 28/10/1999;
- Artículo 203 sustituido por art. 5° de la Ley N° 25.189 28/10/1999;
- Artículo 72 sustituido por art. 14 de la Ley N° 25.087 B.O. 14/5/1999;
- Artículo 119 sustituido por art. 2° de la Ley N° 25.087 B.O. 14/5/1999;
- Artículo 131 derogado por art. 12 de la Ley N° 25.087 B.O. 14/5/1999;
- Artículo 127 sustituido por art. 8° de la Ley N° 25.087 B.O. 14/5/1999;
- Artículo 126 sustituido por art. 7° de la Ley N° 25.087 B.O. 14/5/1999;
- Artículo 125 bis incorporado por art. 6° de la Ley N° 25.087 B.O. 14/5/1999;
- Artículo 132 sustituido por art. 15 de la Ley N° 25.087 B.O. 14/5/1999;
- Artículo 128, sustituido por art. 9° de la Ley N° 25.087 B.O. 14/5/1999;
- Artículo 127 ter, incorporado por art. 17 de la Ley N° 25.087 B.O. 14/5/1999;
- Artículo 127 bis, sustituido por art. 16 de la Ley N° 25.087 B.O. 14/5/1999;
- Artículo 23, sustituido por art. 26 de la Ley N° 25.188 B.O. 1/11/1999;
- Artículo 258 bis, incorporado por art. 36 de la Ley N° 25.188 B.O. 1/11/1999;
- Artículo 266 sustituido por art. 37 de la Ley N° 25.188 B.O. 1/11/1999. Vigencia: a los ocho días desde su publicación;
- Artículo 189 bis, sustituido por art. 2° de la Ley N° 25.086 B.O. 14/5/1999. Frase "o de uso civil condicionado" vetada por Decreto N° 496/1999;
- Artículo 189 ter, incorporado por art. 3° de la Ley N° 25.086 B.O. 14/5/1999;
- Artículo 73 sustituido por art. 1° de la Ley N° 24.453 B.O. 7/3/1995;
- Artículo 94, multa actualizada por la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993;
- Artículo 204 ter, Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993;

- Artículo 204 bis, Nota Infoleg, multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993;
- Artículo 203, Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993;
- Artículo 155, Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N°24.286 B.O. 29/12/1993;
- Artículo 255, Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993;
- Artículo 286, multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993;
- Artículo 252, Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993;
- Artículo 72, inc. 3) incorporado por art. 4° de la Ley N° 24.270 B.O. 26/11/1993;
- Artículo 298 bis, sustituido por art.9° de la Ley N° 24.064 B.O.17/1/1992;
- Artículo 301 bis derogado por art. 10 de la Ley N° 24.064 B.O. 17/1/1992;
- Artículo 204 sustituido por art. 1° de la Ley N° 23.737, B.O. 11/10/1989;
- Artículo 204 bis incorporado por Ley N° 23.737 B.O.11/10/1989;
- Artículo 204 ter incorporado por Ley N°23.737 B.O.11/10/1989;
- Artículo 204 quater incorporado por Ley N° 23.737 B.O.11/10/1989;
- Artículo 77, párrafo noveno, sustituido por art. 40 de la Ley N° 23.737 B.O.11/10/1989;
- Artículo 163, inciso 1, sustituido por Ley N° 23.588 B.O.24/8/1988;
- Actualización montos de las multas: Ley N° 23.479 B.O.26/1/1987, Ley N° 23.974 B.O.17/9/1991 y la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993;
- Artículo 72 sustituido por art. 1° de la Ley N° 23.487 B.O. 26/1/1987;
- Rúbrica del Capítulo III, Título III del Libro Segundo, sustituida por art. 2° de la Ley N°23.487 B.O. 26/1/1987;
- Artículo 277, sustituido por art. 1° de la Ley N° 23.468 26/1/1987;
- Artículo 204, monto actualizado por art. 1° de la Ley N° 23.479, 16/1/1987;
- Artículo 279, sustituido por art. 1° de la Ley N° 23.468 26/1/1987.

CODIGO PROCESAL PENAL DE LA PROVINCIA DE MENDOZA

LIBRO PRIMERO. DISPOSICIONES GENERALES

TÍTULO I. PRINCIPIOS Y GARANTÍAS PROCESALES

Artículo 1º - Principio de legalidad y duración de proceso.

Nadie podrá ser penado sin juicio previo conforme a las disposiciones de este código ni juzgado por otros jueces que los designados de acuerdo con la Constitución y competentes, ni considerado culpable mientras una sentencia firme no lo declare tal, ni encausado más de una vez por un mismo hecho.

(Concs. Art. 1º CPP Cba.; Art. 1º CPP Costa Rica; Art. 1º CPP Mza.)

***Art. 2º - Regla de Interpretación restrictiva y principio de la duda.**

Deberán interpretarse restrictivamente las disposiciones legales que coarten la libertad personal o limiten el ejercicio de un poder o derecho conferido a los sujetos del proceso. En esta materia, se prohíben la interpretación extensiva y la analogía mientras no favorezcan la libertad del imputado ni el ejercicio de una facultad conferida a quienes intervienen en el procedimiento. Siempre que se resuelva sobre la libertad del imputado, o se dicte sentencia, los magistrados deberán estar, en caso de duda, a lo más favorable para aquel. (Concs. Art. 3º CPP Cba.; Art. 2º CPP Costa Rica; Art. 3º CPP Mza.; Art. 4º CPP Mza.)

*La regla enunciada será de particular aplicación durante la transición, en que por razones de competencia, los tribunales aplicarán las disposiciones de las Leyes 6730 y 1908, con sus respectivas modificaciones, debiéndose entender además, que se aplicará la disposición procesal que sea más beneficiosa al imputado de cualquiera de las Leyes indicadas.

(ULTIMO PARRAFO AGREGADO POR LEY 7231, ART. 5)

Art. 3º - Juez natural

Nadie podrá ser juzgado por jueces designados especialmente para el caso.

La potestad de aplicar la ley penal corresponderá sólo a los tribunales, instituidos conforme a la Constitución y la Ley.

(Concs. Art. 1º CPP Cba.; Art. 3 CPP Costa Rica; Art. 1º CPP Mza)

Art. 4º - Ámbito Temporal.

Este código será aplicado desde que sea puesto en vigencia, aún en los procesos por delitos anteriores, salvo disposición en contrario.

(Concs. Art. 2º CPP Cba.)

Art. 5º - Solución del conflicto

Los tribunales deberán resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho, de conformidad con los principios contenidos en las leyes, en procura de contribuir a restaurar la armonía social entre sus protagonistas.

(Conc. Art. 7º CPP Costa Rica; Art. 10 CPP Mza -parcial-)

Art. 6º - Medidas cautelares

Las medidas cautelares sólo podrán ser establecidas por ley. Tendrán carácter excepcional y su aplicación, en relación con el imputado, debe ser proporcional a la pena o medida de seguridad que pudiera llegar a imponerse.

(Conc. Art. 10 CPP Costa Rica)

Art. 7º - Garantía para el imputado-Defensa Técnica.

Toda autoridad que intervenga en los actos iniciales de la investigación deberá velar porque el imputado conozca inmediatamente los derechos que para su defensa consagran las leyes, la Constitución de la Provincia de Mendoza y de la Nación Argentina.

Desde el primer momento de la persecución penal y hasta el fin de la ejecución de la sentencia, el imputado tendrá derecho a la asistencia y defensa técnica letrada.

Para tales efectos, podrá elegir a un defensor de su confianza, pero, de no hacerlo, se le asignará el Defensor de Pobres y Ausentes.

Se entenderá por primer acto del procedimiento cualquier actuación, judicial o policial, que señale a una persona como posible partícipe o autor de un hecho punible.

(Conc. Art. 12 -parcial- y Art. 13 CPP Costa Rica)

TÍTULO II. ACCIONES PROCESALES

CAPÍTULO 1. ACCIÓN PENAL

SECCIÓN PRIMERA. REGLAS GENERALES. EJERCICIO

***Art. 8º - Acción Penal**

La acción penal pública será ejercida por el Ministerio Público, el que deberá iniciarla de oficio siempre que no dependa de instancia privada. Su ejercicio no podrá suspenderse, interrumpirse ni hacerse cesar, salvo los supuestos previstos en este Código u otra ley.

Será en general indelegable, salvo en los funcionarios y casos previstos específicamente, para seleccionar y distribuir las causas, realizar actos procesales particulares, o tramitar una causa determinada, en la forma y condiciones previstas por la ley y las directivas generales del Procurador.

(Concs. parciales Art. 5º CPP Cba.; Art. 16 CPP C.Rica; Art. 6º CPP Mza. -parcial-)

(TEXTO SEGUN LEY 8896, ART. 1)

Art. 9º - Acción dependiente de instancia privada.

Cuando la acción penal dependa de instancia privada, sólo podrá iniciarse si el ofendido por el delito o, en orden excluyente, sus representantes legales, tutor o guardador, formularen denuncia ante autoridad competente para recibirla. Será considerado guardador quien tuviera a su cargo, por cualquier motivo, el cuidado del menor.

La instancia privada se extiende de derecho a todos los partícipes del delito.

(Concs. Art. 6º CPP - Cba.; Art. 7º CPP - Mza.)

Art. 10 - Querellante particular.

- El ofendido penalmente por un delito de acción pública,
- sus herederos forzosos,
- representantes legales o
- mandatarios,

podrán intervenir en el proceso como querellante particular en la forma especial que este Código establece, y sin perjuicio de ejercer conjuntamente la acción civil resarcitoria.

Si el querellante particular se constituyera, a la vez, en actor civil, podrán formular ambas instancias en un solo escrito, con observancia de los requisitos previstos para cada acto.

El mismo derecho tendrá cualquier persona
contra funcionarios públicos,

que en el ejercicio de su función o con ocasión de ella, hayan violado derechos humanos;
cuando se trate de delitos cometidos por funcionarios que han abusado de su cargo
así como contra quienes cometen delitos que lesionan intereses difusos.

En todos los casos el tribunal interviniente podrá ordenar la unificación de personería si la cantidad de sujetos querellantes dificultare la agilidad del proceso.

(Concs. Art. 7° CPP Cba.; Art. 75 segunda parte CPP C. Rica)

Art. 11 - Acción privada.

La acción privada se ejercerá por medio de querella, en la forma especial que este Código establece.

(Conc. Art. 8° CPP Cba.)

Art. 12 - Prejudicialidad civil y penal.

El Tribunal o el Fiscal de Instrucción deberán resolver, con arreglo a las disposiciones legales que las rijan, todas las cuestiones que se susciten en el proceso, salvo las referentes a la validez o nulidad del matrimonio, cuando de su resolución dependa la existencia del delito. En estos casos, el ejercicio de la acción penal se suspenderá, aún de oficio, hasta que en la jurisdicción civil recaiga sentencia firme, la que producirá el efecto de cosa juzgada. Si el ejercicio de la acción penal dependiera de juicio político, desafuero o enjuiciamiento previo, se observarán los límites y condiciones establecidos por la ley.

(Concs. Art. 1°, 9° y 10 CPPCba.; Art. 21 CPP C.Rica; Arts. 11 y 13 CPP - Mza.)

***Art. 13 - Apreciación**

Cuando se deduzca una excepción de prejudicialidad, el Tribunal o el Fiscal de Instrucción, podrán apreciar, no obstante lo dispuesto en el artículo anterior, si la cuestión invocada es seria, fundada y verosímil. En caso de que aparezca opuesta con el exclusivo propósito de dilatar el proceso, ordenará que éste continúe.

Cuando la resolución que ordene o deniegue la suspensión fuere dictada por el Fiscal de Instrucción, podrá ser objeto de oposición. El Juez de Garantías resolverá, sin sustanciación, en el término de tres días. La resolución no será apelable.

(Concs. Art. 11 CPP Cba.)

(SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")

Art. 14 - Efectos de la suspensión

Resuelta la suspensión del proceso de acuerdo con el Artículo 12, se ordenará la libertad del imputado, previa fijación de domicilio, pudiendo disponerse las restricciones previstas en el artículo 280 y practicarse los actos urgentes de investigación.

(Concs. Art. 12 CPP Cba.)

Art. 15 - Juicio Civil necesario.

El Juicio civil que fuere necesario podrá ser promovido y proseguido por el Fiscal en lo Civil, con citación de todos los interesados.

(Concs. Art. 13 CPP Cba.)

SECCIÓN SEGUNDA OBSTÁCULOS FUNDADOS EN PRIVILEGIOS CONSTITUCIONALES

Art. 16 - Procedimiento contra un legislador.

Cuando se formule requerimiento fiscal o querella contra un legislador, el Fiscal de Instrucción interviniente, practicará todos los actos de carácter probatorio, conservativo, y podrá tomarle declaración, a su pedido, sin requerir el desafuero. Si existiera mérito para proseguir la causa, solicitará el desafuero a la Cámara Legislativa que corresponda, acompañando una copia de las actuaciones y expresando las razones que lo justifiquen.

Si aquel hubiera sido detenido por sorprenderlo in fraganti en la ejecución de delito que permita situación de libertad (Art. 280), el Fiscal de Instrucción pondrá inmediatamente el hecho en conocimiento de la Cámara Legislativa correspondiente.-

(Concs. Art. 14 CPP Cba., Art. 199 y 200 CPP Mza. -parcial-)"

Art. 17 - Procedimiento contra otros funcionarios.

Cuando se formule requerimiento fiscal o querella contra un funcionario sujeto a juicio político o enjuiciamiento previo, el Fiscal de Instrucción competente podrá practicar todos los actos de carácter probatorio, conservativo, y podrá tomarle declaración, a su pedido, sin requerir el desafuero. El Fiscal de Instrucción remitirá copia de las actuaciones al Tribunal de Enjuiciamiento.

El funcionario sujeto a investigación podrá ser enjuiciado cuando fuere suspendido o destituido por la Cámara de Senadores o por el Tribunal de Enjuiciamiento. (Concs. Art. 15 CPP Cba.; Art. 201 CPP Mza. - parcial -).

Art. 18 - Varios imputados.

Cuando se proceda contra varios imputados y sólo alguno de ellos goce de privilegio constitucional, el proceso podrá formarse y seguir con respecto a los otros.

(Concs. Art. 15. CPP Cba.; 202 CPP Mza.-parcial-)

SECCIÓN TERCERA. EXCEPCIONES

Art. 19 - Enumeración.

El Ministerio Público y las partes podrán interponer las siguientes excepciones que deberán resolverse como de previo y especial pronunciamiento:

- 1) Falta de jurisdicción o de competencia.
- 2) Falta de acción, porque ésta no se pudo promover, no fue iniciada legalmente, o no pudiere proseguir.
- 3) Extinción de la pretensión penal.

Si concurrieran dos o más excepciones, deberán interponerse conjuntamente.

(Concs. Art. 17 CPP Cba.; Art. 42 CPP Costa Rica).

Art. 20 - Interposición y prueba.

Las excepciones se deducirán por escrito y, si fuere el caso, deberán ofrecerse las pruebas que justifiquen los hechos en que se basen, bajo pena de inadmisibilidad. Si las excepciones se basaren en hechos que deban ser probados, previamente se ordenará la recepción de la prueba por un término que no podrá exceder de quince días, y se citará a las partes a una audiencia para que oral y brevemente hagan su defensa. El acta se labrará en forma sucinta. El trámite de la excepción no podrá durar más de un mes, no computándose el tiempo de diligenciamiento de prueba fuera de la provincia, incidentes, recursos o actos que dependan de la actividad de las partes.

(Conc. Art. 18 CPP Cba.)

***Art. 21 - Trámite y resolución.**

De las excepciones planteadas se correrá vista al Ministerio Público, al querellante particular y a las partes interesadas. El Tribunal resolverá por auto.

Si se dedujera durante la investigación fiscal, efectuado el trámite a que se refiere el artículo anterior, el Fiscal elevará el incidente a resolución del Juez de Instrucción, con opinión fundada, en el término de tres días. Si no hubiera prueba que recibir, elevará inmediatamente las actuaciones.

(Conc. Art. 19 CPP Cba.; Art. 43 CPP C. Rica)

(SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")

Art. 22 - Tramitación separada.

El incidente se sustanciará y resolverá por separado, sin perjuicio de continuarse la investigación. La resolución será apelable.

(Conc. Art. 20 CPP Cba.)

Art. 23 - Falta de jurisdicción o de competencia.

Si se admitiere la falta de jurisdicción o de competencia, excepción que deberá ser resuelta antes que las demás, se procederá conforme a los artículos 52 y 56. (Conc. Art. 21 CPP Cba.)

Art. 24 - Excepciones perentorias.

Cuando se hiciere lugar a una excepción perentoria, se sobreseerá en el proceso y se ordenará la libertad del imputado que estuviere detenido.

(Conc. Art. 22 CPP Cba.)

Art. 25 - Excepciones dilatorias.

Cuando se hiciere lugar a una excepción dilatoria, se ordenará el archivo del proceso y la libertad del imputado, sin perjuicio de que se declaren las nulidades que correspondan. El proceso continuará tan luego se salve el obstáculo formal al ejercicio de la acción.

(Conc. Art. 23 CPP Cba.)

SECCIÓN CUARTA. CRITERIOS DE OPORTUNIDAD Y ACTUACIÓN ENCUBIERTA

Art. 26 - Principio de oportunidad.

El Ministerio Público deberá ejercer la acción penal en todos los casos en que sea procedente, con arreglo a las disposiciones de la ley.

No obstante, el representante del Ministerio Público podrá solicitar al Tribunal que se suspenda total o parcialmente, la persecución penal, que se limite a alguna o varias infracciones o a alguna de las personas que participaron en el hecho cuando:

- 1)** Se trate de un hecho insignificante, de mínima culpabilidad del autor o del partícipe o exigua contribución de este, salvo que afecte el interés público o lo haya cometido un funcionario público en el ejercicio del cargo o con ocasión de él.
- 2)** Se haya producido la solución del conflicto, lo que se acreditará sumariamente. En caso de delitos originados en conflictos familiares, intervendrán los mediadores, tanto para la solución del mismo, como para el control de ella;
- 3)** En los casos de suspensión del juicio a prueba;
- 4)** En el juicio abreviado;
- 5)** En los supuestos de los párrafos siguientes:

A toda persona que se encuentre imputada, o que estime pueda serlo, si durante la substanciación del proceso, o con anterioridad a su iniciación:

- a) Revelare la identidad de coautores, partícipes o encubridores de los hechos investigados o de otros conexos, proporcionando datos suficientes que permitan el enjuiciamiento de los sindicados o un significativo progreso de la investigación;
- b) Aportare información que permita secuestrar los instrumentos, o los efectos del delito, valores, bienes, dinero o cualquier otro activo de importancia, provenientes del mismo; se dispondrá:
 1. Su libertad, con los recaudos del artículo 280 de este Código, a cuyo efecto deberá considerarse la graduación penal del artículo 44 y pautas de los artículos 40 y 41 del Código Penal Argentino;
 2. En caso de disponerse su prisión preventiva, se lo internará en un establecimiento especial, o se aplicará el artículo 300;
 3. El Tribunal pedirá al Poder Ejecutivo la conmutación o su indulto, conforme a las pautas del apartado uno que antecede.

A los fines de la suspensión o prosecución de la persecución penal se valorará especialmente la información que permita desbaratar una organización delictiva, o evitar el daño, o la reparación del mismo.

Bajo tales supuestos el Tribunal podrá suspender provisionalmente el dictado de su prisión preventiva.

La solicitud de todo lo aquí dispuesto deberá formularse por escrito o verbalmente ante el Tribunal, el que resolverá lo correspondiente, según el trámite establecido para la conclusión del procedimiento preparatorio de la investigación.

(Concs. Art. 22 CPP Costa Rica; Ley Nº 23.737)

6) En los casos en los que corresponda la aplicación del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas privadas y de conformidad con el cumplimiento de las condiciones y requisitos fijados por dicho régimen". (Ley 9237)

Art. 27 - Efectos del Criterio de Oportunidad.

Si el Tribunal admite la solicitud para aplicar un criterio de oportunidad, se produce la suspensión de la persecución penal con respecto al autor o partícipe en cuyo beneficio se dispuso.

Si la decisión se funda en la insignificancia, sus efectos se extienden a todos los que reúnan las mismas condiciones.

El imputado puede oponerse a la suspensión y solicitar que continúe el trámite de la causa.

Si se produjere la reiteración de un ilícito, el Fiscal de Instrucción podrá solicitar al Tribunal que se deje sin efecto la suspensión dispuesta.

(Concs. Art. 23 CPP Costa Rica).

Art. 28 - Plazo para solicitar criterios de oportunidad.

Los criterios de oportunidad podrán solicitarse durante la sustanciación de la causa, y hasta la citación a juicio (artículo 364), con excepción del juicio abreviado final (artículo 418).

(Concs. Art. 24 CPP Costa Rica).

Art. 29 - Actuación encubierta. Investigación bajo reserva.

Actuación encubierta. El Fiscal de Instrucción podrá, por resolución fundada, de manera permanente o durante una investigación, por un delito con pena mayor de tres años, autorizar que una persona, o miembro de la policía, actuando de manera encubierta a los efectos de comprobar la comisión de algún delito o impedir su consumación, o lograr la individualización o detención de los autores, cómplices o encubridores, o para obtener o asegurar los medios de prueba necesarios, se introduzca como integrante de alguna organización delictiva, o actúe con personas que tengan entre sus fines la comisión de delito y participe de la realización de algunos de los hechos previstos en el Código Penal y leyes especiales de este carácter. La designación deberá consignar el nombre verdadero del agente y la falsa identidad con la que actuará en el caso, y será reservada fuera de las actuaciones y con la debida seguridad.

La información que el agente encubierto vaya logrando será puesta de inmediato en conocimiento del Fiscal de Instrucción.

La designación de un agente encubierto deberá mantenerse en estricto secreto. Cuando fuere absolutamente imprescindible aportar como prueba la información personal del agente encubierto, éste declarará como testigo, sin perjuicio de adoptarse, en su caso, las medidas de protección necesarias. El agente encubierto que como consecuencia necesaria del desarrollo de la actuación encomendada, se hubiese visto compelido a incurrir en un delito, siempre que éste no implique poner en peligro cierto la vida o la integridad física de una persona o la imposición de un grave sufrimiento físico o moral a otro; al momento de resolver sobre su situación procesal, el Fiscal de Instrucción deberá analizar si el agente encubierto ha actuado o no conforme al artículo 34 inc. 4) del Código Penal Argentino, en virtud de las instrucciones recibidas al momento de su designación; y decidirá en consecuencia.

Cuando el agente encubierto hubiese resultado imputado en un proceso, hará saber confidencialmente su carácter al magistrado interviniente, quien en forma reservada recabará la pertinente información a la

autoridad que corresponda. Si el caso correspondiere a previsiones del primer párrafo de este artículo, el Fiscal de Instrucción resolverá sin develar la verdadera identidad del imputado.

Ningún agente de las fuerzas de seguridad podrá ser obligado a actuar como agente encubierto. La negativa a hacerlo no será tenida como antecedente desfavorable para ningún efecto.

Cuando peligre la seguridad de la persona que haya actuado como agente encubierto por haberse develado su verdadera identidad, sin perjuicio de las medidas protectivas que para el mismo, y/o su familia, y/o bienes deberán disponerse, tendrá derecho a seguir percibiendo su remuneración bajo las formas que el Fiscal de Instrucción señale tendientes a la protección del agente. Si se tratare de un particular, percibirá una retribución similar a la de un agente público, conforme al criterio anteriormente expuesto. Investigación bajo reserva.

El Fiscal podrá autorizar la reserva de identidad de uno o más investigadores de la Fiscalía, cuando ello sea manifiestamente útil para el desarrollo de la investigación, por un período de tres meses, el que podrá extenderse hasta seis meses.

Concluido el plazo, el Fiscal elaborará una conclusión sobre la investigación, y si se advierte la probable comisión de delito, revelará la identidad de los investigadores de ser necesario y dará inicio a la investigación penal preparatoria conforme la norma del Art. 313 y concordantes. En caso contrario archivará las actuaciones.

El Fiscal será responsable directo de los investigadores.

(Concs. Ley Nº 23737; Art. 335 Anteproyecto CPP de la Provincia. Del Neuquén).

SECCIÓN QUINTA. SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO A PRUEBA

Art. 30 - Procedencia.

El imputado de un delito de acción pública, podrá solicitar la suspensión del procedimiento o juicio a prueba, cuando sea de aplicación el artículo 26 del Código Penal.

Al presentar la solicitud, el imputado deberá ofrecer hacerse cargo de la reparación del daño, en la medida de lo posible, si la víctima se hubiera constituido como actor civil. Ello no implica confesión ni reconocimiento de la responsabilidad civil correspondiente. El Magistrado decidirá sobre la razonabilidad del ofrecimiento en resolución fundada. La parte damnificada podrá aceptar o no la reparación ofrecida, y en este último caso, si la realización del procedimiento o juicio se suspendiere, tendrá habilitada la acción civil correspondiente.

Si las circunstancias del caso permitieran dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable y hubiese consentimiento del fiscal, el tribunal podrá suspender la realización del juicio, o la continuación del procedimiento. El imputado deberá abandonar en favor del Estado los bienes que presumiblemente resultarían decomisados en caso que recayera la condena. No procederá la suspensión a prueba cuando un funcionario público, en el ejercicio de sus funciones, hubiese sido el autor o participe en cualquier grado, respecto al delito investigado.

La suspensión podrá solicitarse en cualquier estado de la causa y hasta la citación a juicio (Art. 364). La suspensión no impedirá el ejercicio de la acción civil ante los Tribunales respectivos.

Si hubiera prueba importante a producir, o que sea necesario resguardar, el Ministerio Público tomará las medidas pertinentes en previsión de la revocación de la suspensión.

(Conc. Art. 25 CPP Costa Rica; Art. 3 Ley Nº 24316)

Art. 31 - Condiciones por cumplir durante el período de prueba.

El tribunal fijará el plazo de prueba conforme a las disposiciones del Código Penal Argentino, determinando las reglas a que deberá someterse el imputado. Sólo a proposición del mismo, el Tribunal podrá imponer otras reglas de conducta cuando estime que resultan razonables.

(Conc. Art. 26 CPP C. Rica)

Art. 32 - Notificación y vigilancia de las condiciones de prueba.

El Tribunal deberá explicarle personalmente al imputado las condiciones que deberá cumplir durante el período de prueba y las consecuencias de incumplirlas. Dispondrá también las medidas de vigilancia y cumplimiento de las condiciones. (Conc. Art. 27 CPP C. Rica)

CAPÍTULO 2. ACCIÓN CIVIL

Art. 33 - Ejercicio. Titulares. Limitaciones.

La acción civil destinada a obtener la restitución del objeto material del delito y la indemnización por el daño causado, sólo podrá ser ejercida por la víctima, sus herederos en los límites de su cuota hereditaria o por otros damnificados directos contra los partícipes del delito y, en su caso, contra el civilmente responsable.

Sólo podrá ejercerse la acción civil en el proceso penal si se tratare de un delito doloso y en los delitos culposos únicamente si se tratare de homicidio. Estas limitaciones no regirán en los casos de conexión de causas en las que se imputen delitos dolosos y culposos, ni en los casos de conexión de causas en las que se imputen otros delitos culposos además de los enumerados o mediare entre ellos un concurso ideal de delito.

(Concs. Art. 24 CPP Córdoba; Art. 37 CPP Costa Rica)

Art. 34 - Delegación. Defensor de Pobres y Ausentes

La acción civil deberá ser ejercida por un Defensor de Pobres y Ausentes, cuando:

- a) El titular de la acción carezca de recursos y le delegue su ejercicio.
- b) El titular de la acción sea incapaz de hacer valer sus derechos y no tenga quien lo represente, sin perjuicio de la intervención del Ministerio

Pupilar. En ningún caso podrá el mismo Defensor de Pobres y Ausentes ejercer simultáneamente la acción civil y el cargo de Defensor del imputado.

(Concs. Art. 25 CPP Cba.; Art. 39 CPP Costa Rica)

Art. 35 - Carácter accesorio.

En el procedimiento penal, la acción civil resarcitoria sólo podrá ser ejercida mientras esté pendiente la persecución penal.

Sobreseído el imputado o suspendido el procedimiento por alteración grave de sus facultades mentales - acreditada por informe médico forense-, o decretada la rebeldía del imputado, conforme a las previsiones de la ley, el ejercicio de la acción civil se suspenderá hasta que la persecución penal continúe y quedará a salvo el derecho de interponer la demanda ante los tribunales competentes. La sentencia absolutoria no impedirá al tribunal pronunciarse sobre la acción civil resarcitoria válidamente ejercida, cuando proceda.

(Concs. Art. 27 CPP Cba.; Art. 40 CPP Costa Rica -parcial-; Arts. 16 y 17 CPP Mza.).

Art. 36 - Ejercicio alternativo.

La acción civil podrá ejercerse en el proceso penal, conforme a las reglas establecidas por este Código o intentarse ante los tribunales civiles; pero no se podrá tramitar simultáneamente en ambas jurisdicciones.

(Concs. Art. 41 CPP Costa Rica)

TÍTULO III. TRIBUNAL

CAPÍTULO 1. JURISDICCIÓN

Art. 37 - Extensión y Carácter.

La Jurisdicción penal se ejercerá por los tribunales que la Constitución y la Ley instituyen, y se extenderá al conocimiento de los hechos delictuosos cometidos en el territorio de la Provincia, excepto los de jurisdicción federal o militar. La competencia de aquéllos será improrrogable.

(Concs. Art. 28 CPP Cba.; Art. 45 CPP Costa Rica; Art. 18 CPP Mza.)

Art. 38 - Jurisdicciones Especiales.

Si a una persona se le imputare un delito de jurisdicción provincial y otro de jurisdicción federal o militar, el orden de juzgamiento se regirá por la ley nacional. Del mismo modo se procederá en caso de delitos conexos.

(Concs. Art. 29 CPP -Cba.; Art. 19 CPP Mza)

Art. 39 - Jurisdicciones Comunes.

Si a una persona se le imputare un delito de jurisdicción provincial y otro correspondiente a la jurisdicción de otra provincia, primero será juzgado en Mendoza, si el delito imputado aquí fuere de mayor gravedad. Del mismo modo se procederá en caso de delitos conexos.

(Concs. Art. 30 CPP Cba.; Art. 20 CPP Mza)

Art. 40 - Trámite Simultáneo.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 38, el proceso de jurisdicción provincial podrá sustanciarse simultáneamente con el conexo, cuando ella no determine obstáculos para el ejercicio de las jurisdicciones o para la defensa del imputado. (Concs. Art. 31 CPP Cba.; Arts. 52 y 53 CPP Costa Rica)

Art. 41 - Unificación de Penas.

Cuando una persona hubiere sido condenada en diversas jurisdicciones y correspondiere unificar las penas (C.P. 58), el Tribunal solicitará o remitirá copia de la sentencia, según hubiere impuesto la pena mayor o la menor. El condenado cumplirá la pena en la Provincia cuando en ésta se disponga la unificación, salvo que la ley determine lo contrario.

(Concs. Art. 32 Cba.; Art. 54 CPP Costa Rica; Art. 21 CPP Mza)

CAPÍTULO 2. COMPETENCIA

SECCIÓN PRIMERA. COMPETENCIA MATERIAL

Art. 42 - Suprema Corte de Justicia.

La Suprema Corte de Justicia conocerá de los recursos de casación, inconstitucionalidad y revisión, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente.

(Concs. Art. 33 CPP - Cba.; Art. 22 CPP - Mza.)

Art. 43 - Revisión por el Tribunal de Sentencia.

El Tribunal que hubiera dictado sentencia en la causa, conocerá excepcionalmente del recurso de revisión, cuando corresponda aplicar retroactivamente una ley penal más benigna y la pena impuesta no exceda del máximo admitido en la nueva Ley.

***Art. 44 - Cámara del Crimen. Tribunal Penal Colegiado.**

La Cámara del Crimen o el Tribunal Penal Colegiado a través de sus Salas Unipersonales o en Colegio, de conformidad con lo previsto en los artículos 45, 46 y concordantes, juzgará en única instancia los delitos cuyo conocimiento no se atribuya a otro Tribunal.

(Concs. Art. 34 CPP - Cba.; Concs. parcial Art. 24 CPP - Mza.)

(TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 28)

***Art. 45 - Regla: Salas Unipersonales.**

A los fines del ejercicio de su competencia, cada juez de la Cámara del Crimen o del Tribunal Penal Colegiado asumirá la jurisdicción y procederá con las normas del juicio común, excepto lo previsto en el Art. 46, salvo para los actos preliminares del juicio común previstos en el Capítulo I, Título II, del Libro Tercero de este Código que siempre será en Salas unipersonales.

(Concs. Art. 34 bis CPP Cba.). (TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 29)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 7116, ART. 2)

***Art. 46 - Excepción: Jurisdicción en Colegio.**

No obstante lo previsto en el artículo 45, la Jurisdicción será ejercida en forma colegiada, por tres jueces de la Cámara del Crimen o del Tribunal Penal Colegiado, cuando al momento de interponer la apelación o en oportunidad de citarse las partes a juicios (último párrafo del artículo 364,) el Ministerio Público Fiscal lo solicitare por tratarse de causas complejas, o cuando la defensa del imputado se opusiere al ejercicio unipersonal de la Jurisdicción.

(Concs. Art. 34 Ter CPP Cba.)

(TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 30)(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 7116, ART. 3)

***Art. 47 - Competencia de Apelación.**

Los Jueces que integran las distintas Cámaras del Crimen o los Tribunales Penales Colegiados y los Tribunales Penales de Menores en Salas Unipersonales, asumiendo la Jurisdicción, conocerán de los recursos que se deduzcan contra las resoluciones apelables de los Jueces que integran los Juzgados de Garantías, Ejecución y de los Juzgados Penales Colegiados. Excepcionalmente, se procederá conforme al artículo 46 de la presente ley.

La asignación de los casos, por las Oficinas de Apelaciones Penales (OAP), en Salas Unipersonales o en Colegio, se hará aleatoriamente entre todos los Jueces competentes por sistema informático,

manteniendo la equitativa distribución de la carga de trabajo, y en coordinación con la agenda de audiencias de la OGAP.

La audiencia oral de apelación será fijada, según los artículos 294 y 472, exclusivamente en horario vespertino.

(Concs. Art. 35 CPP Cba.)

(TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 31)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8934, ART. 3)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 7116, ART. 4)

(SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")

***Art. 48 - Juez de Ejecución. Juzgado Penal Colegiado**

Los jueces penales de primera instancia tendrán la competencia penal del presente Código y la que la ley le asigne, según las siguientes funciones:

- 1) El Juez de Garantías intervendrá tan solo en los supuestos que este Código le atribuye jurisdicción.
- 2) El Juez de Flagrancia intervendrá en el procedimiento de flagrancia conforme los artículos 439 bis, ter y quater.
- 3) El Juez Correccional intervendrá en el procedimiento correccional y juzgará en los delitos de acción pública dolosos y culposos que estuvieran reprimidos con pena privativa de libertad no mayor de tres (3) años o con multa y/o inhabilitación.
- 4) El Juez de Ejecución Penal intervendrá en los supuestos del Libro V de este Código.
(Concs. Art. 36 CPP Cba.; Art. 25 CPP Mza. -parcial-).
(TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 32)
(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8680, ART. 8)
(HIS.: SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")

***Art. 49 - Jueces Penales Colegiados.**

Los Jueces Penales Colegiados tendrán competencia en todos los supuestos en que este Código les atribuye jurisdicción, en materia de Garantías, Correccional, Flagrancia y Ejecución.

(TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 33)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8929, ART. 5)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 7280, ART. 1) (Conc. Art. 37 CPP Cba.)

***Art. 49 bis - El Juez de Delitos de Tenencia** juzgará en única instancia los delitos previstos en los apartados (2) y primer párrafo del (3) del artículo 189 bis del Código Penal, cualesquiera fuera su pena.

Asimismo, juzgará de aquellos delitos cuya acción típica esté constituida por la tenencia o portación de objetos, cualesquiera fuera la pena conminada en la ley penal, y que la Suprema Corte de Justicia incluya en su competencia.

(TEXTO INCORPORADO SEGUN LEY 8263, ART. 1. LA LEY 8263 HA SIDO DEROGADA POR LEY 8515, ART. 1)

Art. 50 - Juez de Paz.

Si en el territorio de su competencia no hubiere Fiscal de Instrucción o Juez de Menores, el Juez de Paz practicará los actos urgentes de la investigación con arreglo al artículo 316. Podrá recibir declaración al imputado en la forma y con las garantías establecidas por la Ley, ordenar su detención en los casos previstos en los artículos 284 y 286, comunicándola inmediatamente al órgano competente; y recibir las declaraciones testificales, según las normas de la investigación penal preparatoria. Deberá remitir las actuaciones al órgano judicial competente dentro del término de cinco días a contar de su avocamiento, mas en caso de difícil investigación, aquél podrá prorrogar este término por otro tanto.

(Concs. Art. 39 CPP Cba.)

Art. 51 - Determinación.

Para determinar la competencia se tendrán en cuenta todas las penas establecidas por la ley para el delito consumado y las circunstancias agravantes de calificación, no así la acumulación de penas por concurso de hechos de la misma competencia; pero siempre que sea probable la aplicación del artículo 52 del Código Penal, será competente la Cámara en lo Criminal.

(Concs. Art. 40 CPP Cba.; Art. 30 CPP Mza)

Art. 52 - Incompetencia.

La incompetencia por razón de la materia deberá ser declarada aún de oficio en cualquier estado del proceso. El Tribunal que la declare remitirá las actuaciones al que considere competente y pondrá a su disposición los detenidos, si los hubiere.

Sin embargo, fijada la audiencia para el debate sin que se haya planteado la excepción, el Tribunal juzgará de los delitos de competencia inferior.

(Concs. Art. 41 CPP Cba.; Art. 48 CPP Costa Rica; Art. 31 CPP Mza.)

Art. 53 - Nulidad.

La inobservancia de las reglas para determinar la competencia por razón de la materia producirá la nulidad de los actos, excepto los que sean imposibles repetir.

Esta disposición no regirá cuando un Tribunal de competencia superior hubiera actuado en una causa atribuida a otro de competencia inferior.

(Concs. Art. 42 CPP Cba. ; Art. 48 CPP Costa Rica; Art. 32 CPP Mza.)

SECCIÓN SEGUNDA. COMPETENCIA TERRITORIAL

Art. 54 - Reglas Principales.

Será competente el Tribunal del lugar en que el hecho se hubiera cometido. En caso de tentativa, el del lugar donde se cumplió el último acto de ejecución; en caso de delito continuado o permanente, el de aquél donde comenzó a ejecutarse.

(Concs. Art. 43 CPP Cba.; Art. 47 inc. a) CPP Costa Rica; Art. 33 CPP Mza)

Art. 55 - Regla Subsidiaria.

Si fuere desconocido o dudoso el lugar donde se cometió el hecho, será competente el Tribunal del lugar donde se estuviere practicando la investigación o, en su defecto, el que designare el Tribunal jerárquicamente superior.

(Concs. Art. 44 CPP Cba., Art. 47 inc.a) CPP Costa Rica; Concs. Parcial Art. 34 CPP Mza.)

Art. 56 - Incompetencia.

En cualquier estado del proceso, el Tribunal que reconozca su incompetencia territorial remitirá las actuaciones al competente y pondrá a su disposición los detenidos que hubiere, sin perjuicio de realizar los actos urgentes de investigación.

(Concs. Art. 45 CPP Cba.; Art. 48 CPP Costa Rica; Art. 35 CPP Mza)

Art. 57 - Nulidad.

La inobservancia de las reglas sobre competencia territorial sólo producirá la nulidad de los actos de investigación cumplidos después que se haya declarado la incompetencia.

(Concs. Art. 46 CPP - Cba.; Art. 48 CPP - Costa Rica; Art.36 CPP - Mza)

SECCIÓN TERCERA. COMPETENCIA POR CONEXIÓN

Art. 58 - Casos de Conexión.

Las causas serán conexas:

- 1) Si los delitos imputados hubieran sido cometidos simultáneamente por varias personas reunidas o, aunque lo fueran en distintos lugares o tiempo, cuando hubiera mediado acuerdo entre ellas.
- 2) Si un delito hubiera sido cometido para perpetrar o facilitar la comisión de otro o para procurar al culpable o a otros el provecho o la impunidad.
- 3) Cuando a una persona se le imputaren varios delitos.

(Concs. Art. 47 CPP - Cba. ; Art. 50 inc. b) CPP - Costa Rica; Art. 37 CCP - Mza.)

***Art. 59 - Efecto de la conexión: Unidad de investigación y juzgamiento.**

Cuando se sustancien causas conexas por delitos de acción pública, deberá intervenir con unidad de investigación la misma Fiscalía y de juzgamiento el mismo Tribunal, y será competente:

- 1) El Tribunal competente para juzgar el delito más grave.
- 2) Si los delitos estuvieren reprimidos con la misma pena, el Tribunal competente para juzgar el delito que se cometió primero.
- 3) Si los hechos fueren simultáneos o no constare debidamente cuál se cometió primero, el que designare el Tribunal jerárquicamente superior. Se podrá disponer la acumulación de procesos mientras transite la misma etapa procesal, salvo cuando ello determine grave retardo para alguno. A pesar de la acumulación, las actuaciones se compilarán por separado. El Procurador podrá disponer por razones de especialidad o funcionalidad otros criterios de intervención, manteniendo siempre la unidad de investigación, salvo lo autorizado por el artículo siguiente.

(Concs. Art. 48 CPP - Cba.; Art. 51 CPP - Costa Rica; Concs. Parcial Art. 38 CPP - Mza.)

(TEXTO SEGUN LEY 8885, ART. 1)

***Art. 60 - Excepción a la unidad de investigador o juzgador.**

No serán aplicables las reglas de la unidad de investigación y juzgamiento de causas conexas, cuando se deba actuar siguiendo el procedimiento de flagrancia previsto por los Artículos 439 bis, 439 ter y 439 quater.

(Concs. Art. 49 CPP - Cba.; Concs. Parcial Art. 39 CPP Mza)

(TEXTO SEGUN LEY 8885, ART. 2)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8263, ART. 2. LA LEY 8263 HA SIDO DEROGADA POR LEY 8515, ART. 1) (HIS.: TEXTO SEGUN LEY 7692, ART. 1)

CAPÍTULO 3. RELACIONES JURISDICCIONALES

SECCIÓN PRIMERA. CUESTIONES DE JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

***Art. 61 - Tribunal Competente.**

Si dos (2) Tribunales Penales Colegiados se declarasen simultánea y contradictoriamente competentes o incompetentes para juzgar un hecho, el conflicto será resuelto por la Suprema Corte de Justicia.

Surgido el conflicto de competencia, el expediente deberá remitirse a la Suprema Corte de Justicia en el plazo de dos (2) días y resolverse en el plazo perentorio de cinco (5) días y en los casos con detenidos el plazo de resolución es fatal.

(Concs. Art. 50 CPP - Cba.; Art.40 CPP Mza)

(TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 34)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8885, ART. 3)

Art. 62 - Promoción.

El Ministerio Público y las partes podrán promover la cuestión de incompetencia, por inhibitoria ante el Juez que consideren competente o por declinatoria ante el que estimen incompetente.

El que opte por uno de estos medios no podrá abandonarlo y recurrir al otro, ni emplearlos simultánea o sucesivamente.

Al plantear la cuestión, el oponente deberá, manifestar, bajo pena de inadmisibilidad, no haber usado el otro medio, y si resultare lo contrario, será condenado en costas, aunque aquélla se resuelva a su favor o sea abandonada.

(Concs. Art. 51 CPP - Cba.; Art. 41 CPP Mza)

Art. 63 - Oportunidad.

La cuestión podrá ser promovida en cualquier momento hasta la fijación de la audiencia para el debate, sin perjuicio de lo dispuesto por los artículos 52, 56 y 386.

(Concs. Art. 52 CPP - Cba.; Concs. Parcial Art. 42 CPP Mza)

***Art. 64 - Inhibitoria.**

Cuando se promueva inhibitoria se observarán las siguientes normas:

1) El Tribunal ante quien se proponga la resolverá previa vista al Ministerio Público. Si la resolución que deniega el requerimiento de inhibición fuere dictada por el Juez de Instrucción, será apelable. Cuando decida librar exhorto inhibitorio, con él acompañará las piezas necesarias para fundar su competencia.

2) Cuando reciba exhorto de inhibición, el Tribunal requerido resolverá previa vista al Ministerio Público, y a las partes. Si la resolución que hace lugar a la inhibitoria fuere dictada por el Juez de Instrucción, será apelable. Los autos serán remitidos oportunamente al Juez que la propuso, poniendo a su disposición al imputado y los elementos de convicción que hubiere. Si negare la inhibición informará al Tribunal que la hubiere propuesto, remitiéndole copia del auto, y le pedirá que conteste si reconoce la competencia o, en caso contrario, que remita los antecedentes a la Suprema Corte de Justicia.

3) Recibido el oficio antes expresado, el Tribunal que propuso la inhibitoria resolverá sin más trámite si sostiene o no su competencia: en el primer caso remitirá los antecedentes a la Suprema Corte de Justicia y se lo comunicará al requerido para que haga lo mismo con el proceso; en el segundo, se lo comunicará al competente, remitiéndole todo lo actuado.

4) La Suprema Corte de Justicia decidirá previa vista al Ministerio Público y enviará inmediatamente la causa al competente.

(Concs. Art. 53 CPP - Cba.; Concs. Parcial Art. 43 CPP Mza)

(SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")

Art. 65 - Declinatoria.

La declinatoria se sustanciará en la forma establecida para las excepciones (20 y ss.).

(Concs. Art. 54 CPP - Cba.; Art. 44 CPP Mza)

Art. 66 - Efectos.

Las cuestiones de competencia no suspenderán la investigación que será continuada:

1) Por el Juez que primero conoció en la causa.

2) Si dos jueces hubieran proveído en la misma fecha, por el requerido de inhibición.

Las cuestiones propuestas antes de la fijación de la audiencia para el debate suspenderán el proceso hasta la decisión del incidente, sin perjuicio de que el Tribunal ordene una investigación suplementaria (369).

(Concs. Art. 55 CPP - Cba.; Art. 49 CPP - Costa Rica; Art. 45 CPP - Mza)

Art. 67 - Validez de los actos.

Al resolver el conflicto, el Tribunal determinará, si correspondiere (53 y 57), qué actos del declarado incompetente no conservan validez.

(Concs. Art. 56 CPP - Cba.; Art. 48 CPP - Costa Rica; Concs. Parcial Art. 46 CPP Mza)

Art. 68 - Cuestiones de Jurisdicción.

Las cuestiones de jurisdicción con jueces nacionales, militares o de otras provincias se resolverán conforme a lo dispuesto anteriormente para las de competencia, con arreglo a la Ley nacional o tratados interprovinciales que existieren.

(Concs. Art. 66 CPP - Cba.; Art. 46 CPP Costa Rica; Art. 54 CPP - Mza -parcial)

SECCIÓN SEGUNDA. EXTRADICIÓN

Art. 69 - Requerimiento a jueces del País.-

Los jueces o tribunales pedirán la extradición de los imputados o condenados que se encuentren en la Capital Federal o en otras provincias, acompañando al exhorto copia de la orden de detención, prisión preventiva o de la sentencia.

(Conc. Art. 48 CPP Mza.; Art. 58 CPP Cba.).

Art. 70 - Requerimiento a jueces extranjeros.-

Si el imputado o condenado se encontrare en territorio de un Estado extranjero, la extradición se tramitará por vía diplomática y con arreglo a los tratados existentes, o al principio de reciprocidad, o a las costumbres internacionales y mediante la Suprema Corte de Justicia.

(Conc. Art. 49 CPP Mza; arts. 59 y 160 CPP Cba.)

Art. 71 - Requerimientos de otros jueces.-

Los pedidos de extradición formulados por otros jueces serán diligenciados inmediatamente, previa vista por veinticuatro horas al Ministerio Público, siempre que reúnan los requisitos del artículo 69.

Si el imputado o condenado fuere detenido, verificada su identidad, deberá ser puesto sin demora a disposición del juez requirente.

(Conc. Art. 50 CPP Mza; Art. 58 CPP Cba.)

***CAPÍTULO 4. APARTAMIENTO Y RECUSACIÓN**

(DENOMINACION SEGÚN LEY 9040, ART. 35)

***Art. 72 - Motivos de Inhibición.**

1) Cuando hubiera actuado como miembro del Ministerio Público Fiscal, defensor, mandatario, denunciante o querellante, como perito o conociera el hecho investigado como testigo. Cuando deba juzgar y en el mismo proceso hubiera pronunciado o concurrido a pronunciar sentencia o hubiera intervenido resolviendo la situación legal del imputado.

2) Si fuere pariente, dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, de algún interesado.

3) Cuando él o alguno de sus parientes en los grados preindicados tengan interés en el proceso.

4) Si fuera o hubiera sido tutor o curador; o hubiera estado bajo tutela o curatela de alguno de los interesados.

5) Cuando él o sus parientes, dentro de los grados referidos, tengan juicio pendiente iniciado con anterioridad, o sociedad o comunidad con alguno de los interesados, salvo la sociedad anónima.

6) Si él, su esposa, padres o hijos, u otras personas que vivan a su cargo, fueren acreedores, deudores o fiadores de alguno de los interesados, salvo que se tratare de bancos oficiales o constituidos por sociedades anónimas.

7) Cuando antes de comenzar el proceso hubiera sido denunciante, querellante o acusador de alguna de las partes, o denunciado, querellado o acusado, o acusado ante el Jury de Enjuiciamiento o impugnado ante el Honorable Senado al momento del tratamiento de su pliego para el acuerdo por ellos, salvo que circunstancias posteriores demostraren armonía entre ambos.

8) Si hubiera dado consejos o manifestado extrajudicialmente su opinión sobre el proceso.

9) Cuando tenga amistad íntima o enemistad manifiesta con alguno de los interesados.

10) Si él, su esposa, padres o hijos, u otras personas que vivan a su cargo, hubieran recibido o recibieran beneficios de importancia de alguno de los interesados, o si después de iniciado el proceso, él hubiera recibido presentes o dádivas, aunque fueran de poco valor.

11) Cuando mediare violencia moral u otras circunstancias que, por su gravedad, afectaren su imparcialidad (Concs. Art. 60 CPP Cba.; Art. 55 CPP Costa Rica; Art. 51 CPP Mza.)

(TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 35)

(HIS.: SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR

"JUEZ DE GARANTIAS")

Art. 73 - Interesados.

A los fines del artículo anterior, se consideran interesados el Ministerio Público, el imputado, el querellante, el ofendido, el damnificado y el responsable civil, aunque estos últimos no se constituyan en parte, lo mismo que sus representantes, defensores y mandatarios.

(Concs. Art. 61 CPP Cba.; Art. 55 in fine CPP Costa Rica; Art. 53 CPP Mza)

Art. 74 - Oportunidad de la Inhibición.

El Juez deberá inhibirse en cuanto conozca alguno de los motivos que prevé el artículo 72, aunque hubiera intervenido antes en el proceso.

(Concs. Art. 62 CPP Cba.)

Art. 75 - Excepción.

No obstante el deber impuesto por el artículo 72, los interesados podrán solicitar al Juez que siga conociendo en la causa, excepto que el motivo de la inhibición esté previsto en alguno de los cuatro primeros incisos o cuando él o sus parientes, dentro de los grados referidos, tenga sociedad o comunidad con alguno de los interesados, salvo sociedad anónima.

Aquél resolverá sin recurso alguno.

(Concs. Art. 63 CPP Cba.; Concs. Parcial Art. 52 CPP Mza)

***Art. 76 - Tribunal Competente.**

Los jueces que tienen competencia en apelación (artículo 47), juzgarán de la inhibición o recusación de los jueces penales de primera instancia del artículo 48 y estos, de los jueces de paz que actúen en procesos en que aquellos sean competentes. Y los Tribunales Colegiados, previa integración conforme el artículo 46, la recusación de sus miembros.

La recusación no admitida de los jueces de los juzgados penales colegiados (artículo 49), será juzgada por los jueces con competencia en apelación conforme a los artículos 46 y 47, la de los Tribunales Penales Colegiados previa integración colegiada de tres jueces, la de sus miembros.

(Concs. Art. 64 CPP Cba.; Concs. Parcial Art. 57 - 2º Parte CPP Mza.)

(TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 36)

(HIS.: SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")

***Art. 77 - Trámite de la Inhibición.**

El Juez que se inhiba remitirá el expediente, por decreto fundado, al que deba reemplazarlo; éste tomará conocimiento de la causa inmediatamente y proseguirá su curso, sin perjuicio de que eleve los antecedentes en igual forma al Tribunal respectivo, si estimare que la inhibición no tiene fundamento. La incidencia será resuelta sin más trámite.

Cuando el Juez que forme parte de un Tribunal colegiado reconozca un motivo de inhibición, pedirá que se disponga su apartamiento.

Cuando los motivos de inhibición sean reconocidos por la totalidad de sus integrantes, la causa deberá ser remitida al Tribunal subrogante.

*Los jueces de los Juzgados penales colegiados y Tribunales penales colegiados que se inhiban será reemplazados inmediatamente por la OGAP por otros integrantes del juzgado o tribunal manteniendo siempre la equitativa carga de trabajo.

(Concs. Art. 65 CPP Cba.; Art. 56 CPP Costa Rica)

(TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 37)

***Art. 78 - Recusantes.**

El Ministerio Público Fiscal y las partes, podrán recusar al Juez sólo cuando exista uno de los motivos enumerados en el artículo 72.

(Concs. Art. 66 CPP Cba.; Art. 57 CPP Costa Rica; Concs. Parcial Art. 54 CPP Mza)

(TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 38)

Art. 79 - Tiempo y Forma de Recusar.

La recusación deberá ser interpuesta, bajo pena de inadmisibilidad, en un escrito que indique los motivos en que se basa y los elementos de prueba de los que haya de valerse, en las siguientes oportunidades: durante la investigación, antes de la clausura; en el juicio, durante el término de citación (364); cuando se trate de recursos, en el término de emplazamiento (468) o al deducir el de revisión.

Sin embargo, la recusación que se fundamente en una causal producida o conocida después de los plazos susodichos, podrá deducirse dentro de las 24 horas a contar de la producción o el conocimiento.

Además, en caso de ulterior integración de Tribunal, la recusación podrá interponerse dentro de las 24 horas de la resolución que la hubiera dispuesto.

(Concs. Art. 67 CPP Cba.; Art. 58 CPP Costa Rica; Concs. Parcial Art. 56 CPP Mza)

Art. 80 - Trámite de la Recusación.

Si el Juez admitiere la recusación, se procederá con arreglo al artículo 77. En caso contrario, remitirá el escrito de recusación y su informe al Tribunal competente (76), para que el incidente se tramite por pieza separada, o si el Juez integrase un Tribunal colegiado, pedirá el rechazo de aquélla.

Previa audiencia en que se recibirá la prueba e informarán las partes, el Tribunal competente resolverá el incidente dentro de las 48 horas, sin recurso alguno.

(Concs. Art. 68 CPP Cba.; Art. 59 CPP Costa Rica; Concs. Parcial Art. 57 CPP Mza)

***Art. 81 - Recusación no Admitida.**

Si el Juez de Instrucción fuere recusado y no admitiere la existencia del motivo que se invoca, continuará la investigación aún durante el trámite del incidente; pero si se hiciere lugar a la recusación, los actos serán declarados nulos siempre que el recusante lo pidiere en el término de 24 horas a contar desde que el expediente llegó al Juzgado que deba actuar.

(Concs. Art. 69 CPP Cba.; Art. 58 CPP Mza. -Parcial-)

(SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")

Art. 82 - Recusación de Secretarios

Los Secretarios deberán inhibirse y podrán ser recusados por los motivos que expresa el artículo 72, y el Tribunal ante el cual actúen averiguará verbalmente el hecho y resolverá motivadamente lo que corresponda, sin recurso alguno.

(Concs. 70 CPP Cba.; Art. 60 CPP Costa Rica)

***TÍTULO IV. MINISTERIO PÚBLICO FISCAL**

(NOMBRE DEL TÍTULO MODIFICADO POR LEY 8008, ART. 59, INC. 16)

CAPÍTULO 1. FUNCIÓN

***Art. 83 - Función.**

El Ministerio Público Fiscal tendrá las funciones que determine este Código y las leyes respectivas.

(TEXTO SEGUN LEY 8008, ART. 59, INC. 17)

(Concs. Art. 71 CPP Cba.; Art. 62 CPP Mza)

***Art. 84 - Procurador General.**

El Procurador General es la autoridad superior del Ministerio Público Fiscal y responsable principal de la persecución penal. Dirigirá la Policía Judicial y demás órganos auxiliares de dicho Ministerio. Actuará también en los recursos extraordinarios ante la Suprema Corte de Justicia en la forma prevista por este Código.

(TEXTO SEGUN LEY 8008, ART. 59, INC. 18)

(Concs Art. 72 CPP Cba.; Art. 64 CPP C. Rica - Parcial)

***Art. 85 - Fiscal de Cámara.**

Además de las funciones acordadas por la ley, el Fiscal de Cámara actuará durante el juicio ante el Tribunal respectivo. Podrá llamar al Fiscal de Instrucción que haya intervenido en la investigación penal

preparatoria, en los siguientes casos: 1. Cuando se trate de un asunto complejo, para que le suministre información o coadyuve con él, incluso durante el debate. 2. Si estuviere en desacuerdo fundamental con el requerimiento fiscal o le fuere imposible actuar, para que mantenga oralmente la acusación.

(TEXTO SEGUN LEY 8929, ART. 6)

(Concs. Art. 73 CPP Cba.; Art. 64 CPP C. Rica; Art. 63 CPP Mza)

***Art. 86 - Fiscal de apelación.**

Además de las funciones acordadas por la Ley y las directivas del Procurador, el Fiscal de Instrucción actuará en los recursos de apelación en la forma prevista por este Código.

(TEXTO SEGUN LEY 8934, ART. 4)

(Concs. Art. 74 CPP Cba.)

***Art. 87 - Fiscal de Instrucción.**

El Fiscal de Instrucción promoverá y ejercerá la acción penal en la forma establecida por la ley, dará órdenes a la Policía Judicial, dirigirá las investigaciones, practicará y hará practicar los actos inherentes a ella y actuará ante los jueces penales de primer instancia (artículo 48 o 49), jueces con competencia en apelación, Cámaras del Crimen o Tribunales Penales Colegiados, cuando corresponda, en la investigación penal preparatoria, en el procedimiento Correccional, en el procedimiento de Flagrancia y en la etapa de debate.

(TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 39)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8929, ART. 7)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8008, ART. 59, INC. 19)

(HIS.: SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")

(Concs. Art. 75 CPP Cba.; Art. 64 CPP Mza - Parcial)

CAPÍTULO 2. FISCAL DE INSTRUCCIÓN

Art. 88 – Ámbito de Actuación.

En la investigación fiscal, el ámbito material y territorial de actuación del Fiscal de Instrucción y lo relativo a conexión de causas, se regirá por lo dispuesto en los artículos 51 al 60, en cuanto sean aplicables. En el caso del artículo 59 inciso 3, el Procurador General designará al Fiscal que deba intervenir.

No será de aplicación lo dispuesto en este artículo cuando la investigación la deban realizar Fiscales de Instrucción con asiento en distintas sedes, salvo que pudiera afectar los fines de aquella (314 y 315).

(Concs. Art. 76 CPP Cba.)

***Art. 89 - Conflictos de Actuación.**

Los conflictos de actuación planteados por los Fiscales de Instrucción o por las partes, serán resueltos por los Fiscales Adjuntos de la Procuración General o, según sea la jurisdicción, por el Fiscal de la Cámara del Crimen que correspondiere, sin más trámite. La cuestión podrá ser promovida en cualquier momento de la investigación preparatoria, hasta su clausura.

(TEXTO SEGUN LEY 8911, ART. 46)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8008, ART. 59, INC. 20)

(HIS.: SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")(Concs. Art. 77 CPP Cba.)

CAPÍTULO 3. INHIBICIONES Y RECUSACIÓN

***Art. 90 - Casos, Trámite.**

Los miembros del Ministerio Público Fiscal deberán inhibirse y podrán ser recusados por los mismos motivos establecidos en el artículo 72, con excepción de sus incisos 7) y 8).

Cuando se inhiban remitirán inmediatamente el expediente por decreto fundado al que deba reemplazarlo. Éste tomará conocimiento de la causa inmediatamente y proseguirá su curso; si, en cambio estima que la inhibición no tiene fundamento, elevará los antecedentes al Fiscal Adjunto o, según sea la jurisdicción, al Fiscal del Tribunal Colegiado que correspondiere, quien resolverá la incidencia sin más trámite.

Cuando sean los Fiscales de Tribunales Colegiados - Fiscales Jefes de Unidades Fiscales- quienes se inhiban, remitirán inmediatamente las actuaciones por decreto fundado, al que deba reemplazarlo. Éste tomará conocimiento de la causa inmediatamente y proseguirá su curso; si en cambio estima que la inhibición no tiene fundamento, elevará los antecedentes al Procurador General, quien resolverá sin más trámite.

Los interesados sólo podrán recusar a los miembros del Ministerio Público Fiscal cuando exista alguno de los motivos enumerados en el artículo 72 incisos 1) al 6) y 9) al 11).

El recusado deberá remitir inmediatamente las actuaciones al Fiscal Adjunto, o según sea la jurisdicción al Fiscal de Tribunal Colegiado - Fiscal Jefe de Unidad Fiscal- que correspondiere, quien resolverá sin más trámite. Si se recusase a los Fiscales del Tribunal Colegiado - Fiscales Jefes de Unidades Fiscales-, resolverá el Fiscal Adjunto Penal sin más trámite.

(TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 40)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8911, ART. 47)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8008, ART. 59, INC. 21)

(HIS.: SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")

(Conc. Art. 78 CPP Cba.; Art. 66 CPP C. Rica; Art. 67 CP.P. Mza)

Art. 91 - Recusación de los Secretarios del Fiscal de Instrucción.

Los Secretarios del Fiscal de Instrucción deberán inhibirse y podrán ser recusados por los motivos del artículo 72.

El Fiscal ante el cual actúen averiguará verbalmente el hecho y resolverá motivadamente sin recurso alguno.

(Concs. Art. 66 CPP C. Rica)

TÍTULO V. PARTES Y DEFENSORES

CAPÍTULO 1. IMPUTADO

SECCIÓN PRIMERA. PRINCIPIOS GENERALES

Art. 92 - Calidad e Instancias.

Toda persona podrá hacer valer los derechos que la ley acuerda al imputado, desde el primer momento de la persecución penal dirigida en su contra. Cuando estuviere preso, el imputado podrá formular sus instancias ante el funcionario encargado de la custodia, quien las comunicará inmediatamente al Tribunal o Fiscal según corresponda.

(Conc. Art. 81 CPP Cba.; Art. 68 CPP Mza; Art. 81 y 82 CPP C. Rica)

***Art. 93 - Identificación.**

La identificación del imputado se practicará por sus datos personales, impresiones digitales, identificadores biométricos dactilares, cámaras de identificación facial, huellas genéticas digitalizadas, señas particulares y fotografías.

(TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 41)

(Conc. Art. 69 CPP Mza; Art. 81 CPP Cba.; Art. 83 CPP C.Rica)

Artículo 93 bis - Identificación de las Personas Jurídicas.

La identificación de la Persona Jurídica imputada de los delitos previstos en la Ley Nacional N° 27.401 se practicará en base a las disposiciones contenidas en los artículos 151° y concordantes del Código Civil y Comercial de la Nación, pudiendo aplicarse también las leyes respectivas que sean necesarias a los efectos de la identificación de las mismas." (Ley 9237)

Artículo 94° - Identidad física o jurídica.

Cuando sea cierta la identidad física o jurídica de la persona imputada, las dudas sobre los datos suministrados u obtenidos no alterarán el curso del proceso, sin perjuicio de que se rectifiquen en cualquier estado del mismo o durante la ejecución. (Ley 9237)

Art. 95 - Presunta Inimputabilidad.

Si el imputado fuere sometido a la medida prevista por el artículo 299, sus derechos de parte serán ejercidos por el curador o, si no lo hubiere, por el Defensor de Pobres y Ausentes, sin perjuicio de la intervención correspondiente a los defensores ya nombrados.

Si el imputado fuere menor de 18 años, sus derechos de parte podrán ser ejercidos también por sus padres o el tutor.

(Concs. Art. 83 CPP Cba.; Art. 71 CPP Mza)

***Art. 96 - Incapacidad Sobreviniente.**

Si durante el proceso sobreviniere la enfermedad mental del imputado, excluyendo su capacidad de entender o de querer, el Tribunal ordenará por auto la suspensión del trámite hasta que desaparezca la incapacidad. Esto impedirá la declaración del imputado y la realización del juicio, pero no que se averigüe el hecho o que continúe el procedimiento con respecto a coimputados.

También se dispondrá la internación del incapaz en un establecimiento adecuado, cuyo director informará trimestralmente sobre el estado mental del enfermo, pero podrá ordenarse su libertad, dejándolo al

cuidado de sus padres, tutor o guardador, cuando no exista peligro de que se dañe a sí mismo o a los demás.

En este caso el enfermo será examinado semestralmente por el perito que el Tribunal designe. El Fiscal requerirá al Juez de Instrucción la declaración de suspensión del trámite y la internación del incapaz.

(Concs. Art. 84 CPP Cba.; Art. 72 CPP Mza.; 85 CPP Costa Rica).

(SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")

Art. 97 - Pericia Psiquiátrica.

El imputado será sometido a pericia psiquiátrica siempre que fuere

- menor de 18 años,
- mayor de 70,
- sordo - mudo;
- cuando el delito que se le atribuya sea de carácter sexual o
- estuviere reprimido con pena no menor de diez años de prisión o,
- si fuere probable la aplicación de la medida de seguridad prevista por el art. 52 del CP

(Concs. Art. 85 CPP Cba.; Art. 87 CPP C. Rica; Art. 73 CPP Mza)

SECCIÓN SEGUNDA. REBELDÍA

Art. 98 - Casos en que Procede

Será declarado rebelde el imputado que sin grave y legítimo impedimento no compareciera a la citación judicial; no cumpliera la obligación impuesta por el artículo 298; se fugare del establecimiento o lugar en que estuviere detenido, o se ausentare del lugar designado para su residencia, sin licencia del Tribunal o del Fiscal de Instrucción. (Concs. Art. 86 CPP Cba.; Art. 89 CPP C. Rica; Art. 166 CPP Mza - Parcial)

Art. 99 - Declaración.

En los casos en que proceda, el Tribunal o el Fiscal de Instrucción, según

corresponda, declarará la rebeldía del imputado, por resolución motivada, y expedirá la orden de detención si antes no se hubiere dictado.

"Tratándose de personas jurídicas privadas, el Tribunal o el Fiscal de Instrucción, según corresponda, deberá informar dicha resolución a la Dirección de Personas Jurídicas, Dirección de Registros Públicos, Dirección de Asociativismo y Cooperativas y otras dependencias, de manera que adopten las medidas que les correspondan, conforme el tipo de entidad de que se trate y de acuerdo a normativa vigente, como así también a la Administración Federal de Ingresos Públicos y al Registro Nacional de Reincidencia, a sus efectos". (2° párrafo incorporado por Ley 9237)

(Concs. Art. 87 CPP Cba.; Art. 167 CPP Mza)

Art. 100 - Efectos sobre el Proceso.

La declaración de rebeldía no suspenderá el curso de la investigación. Si fuere declarada durante el juicio, éste se suspenderá con respecto al rebelde y continuará para los demás imputados presentes. Declarada

la rebeldía, se reservarán las actuaciones y los efectos, instrumentos o piezas de convicción que fueren indispensables conservar. Cuando el rebelde comparezca, la causa continuará según su estado.

(Concs. Art. 88 CPP Cba.; Art. 90 CPP C. Rica; Art. 168 CPP Mza)

Art. 101 - Efectos sobre la Prisión Preventiva y las Costas.

La declaración de rebeldía implicará la revocatoria de la medida del artículo 295 y obligará al imputado al pago de las costas causadas por la contumacia.

(Conc. Art. 89 CPP Cba.; Art. 169 CPP Mza)

Art. 102 - Justificación.

Si el imputado se presentare con posterioridad a la declaración de su rebeldía y justificare que no concurrió debido a un grave y legítimo impedimento, aquélla será revocada y no producirá los efectos previstos en el artículo anterior.

(Conc. Art. 90 CPP Cba.; Art. 170 CPP Mza; Art. 90 CPP C. Rica - parcial)

CAPÍTULO 2. QUERELLANTE PARTICULAR

Art. 103 - Instancia y Requisitos.

Las personas mencionadas en el artículo 10 podrán instar su participación en el proceso - salvo en el incoado contra menores - como querellante particular. Los incapaces deberán actuar debidamente representados, autorizados o asistidos del modo prescrito por la Ley.

La instancia deberá formularse personalmente o por representante con poder general o especial, que podrá ser otorgado "apud acta", en un escrito que contenga, bajo pena de inadmisibilidad:

- 1) Nombre, apellido y domicilio del querellante particular.
- 2) Una relación sucinta del hecho en que se funda.
- 3) Nombre y apellido del o de los imputados, si los supiere.
- 4) La petición de ser tenido como parte y la firma.

(Conc. Art. 91 CPP Cba.; Art. 72, 75 y 76 CPP C. Rica - parcial)

5) Tratándose de personas jurídicas privadas, la denominación o razón social, domicilio y sede social del querellante particular, como así también, en caso de corresponder, los datos que la identifiquen mediante su inscripción en un registro público". (Inciso 5 incorporado por Ley 9237)

***Art. 104 - Oportunidad. Trámite.**

La instancia de querellante particular podrá formularse a partir de iniciada la investigación y hasta su clausura. Podrá ejercer todos los derechos que le acuerda la presente Ley desde la existencia de un hecho que justifique cualquier actuación de investigación con el objeto determinado en el Artículo 315, aunque no hubiere imputado en la causa.

Tras la imputación formal se le notificará al imputado, quien podrá oponerse en el término de tres (3) días.

El pedido será resuelto por el Juez de Garantías en audiencia oral.

(Conc. Art. 92 CPP Cba.; Art.77 CPP Costa Rica).

(TEXTO SEGUN LEY 8896, ART. 2)

***Art. 105 - Rechazo.**

Si el Fiscal rechazara el pedido de participación del querellante particular o la oposición del imputado, éstos podrán ocurrir ante el Juez de Instrucción, quien resolverá en igual término. La resolución no será apelable.

(Conc. Art. 93 CPP Cba.; Art. 77 CPP Costa Rica -parcial-).

(SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")

Art. 106 - Facultades y Deberes.

El querellante particular podrá actuar en el proceso para acreditar el hecho delictuoso y la responsabilidad penal del imputado en la forma que dispone este Código.

La intervención de una persona como querellante particular no la exime del deber de declarar como testigo.

En caso de sobreseimiento o absolución podrá ser condenado por las costas que su intervención hubiere causado.

En los casos que se resuelvan conforme al Art. 26, podrá intervenir, sin facultad de recurrir.

(Conc. Art. 94 CPP Cba.; Art. 80 CPP C. Rica)

Art. 107 - Renuncia.

El querellante particular podrá renunciar a su intervención en cualquier estado del proceso, quedando obligado por las costas que su intervención hubiera causado.

Se considerará que ha renunciado a su intervención cuando, regularmente citado, no compareciera a la primera audiencia del debate o no presentare conclusiones.

(Conc. Art. 95 CPP Cba.; Art. 78 y 79 CP.P. C. Rica)

CAPÍTULO 3. DERECHOS DE LA VÍCTIMA

***Art. 108 Víctima del Delito.**

La víctima del delito o sus herederos forzosos, tendrán derecho a ser informados acerca de las facultades que pueden ejercer en el proceso. Sin perjuicio de todo ello tendrán también derecho a:

- a) Recibir un trato digno y respetuoso por parte de las autoridades competentes.
- b) Ser informada por la oficina correspondiente acerca de las facultades que puede ejercer en el proceso penal, especialmente la de constituirse en actor civil.
- c) Ser informada sobre el estado de la causa y la Situación del imputado.
- d) Cuando fuere menor o incapaz, el órgano judicial podrá autorizar que durante los datos procesales en los cuales intervenga sea acompañada por persona de su confianza, siempre que ello no coloque en peligro el interés de obtener la verdad real de lo ocurrido.
- e) La protección de la integridad física y moral, inclusive de su familia.
- f) En los procesos vinculados con violencia familiar, el magistrado interviniente, previa vista al Ministerio Público podrá disponer a petición de la víctima, o de un representante legal o del Ministerio Pupilar como medida cautelar, y mediante resolución fundada, la exclusión o en su caso la prohibición del ingreso del imputado al hogar de la víctima.

Así también se procederá cuando el delito haya sido cometido en perjuicio de quien conviviera bajo el mismo techo y existan motivos para presumir la reiteración de hechos de la misma naturaleza. La medida se dispondrá con posterioridad a la imputación, teniendo en cuenta las características y gravedad del hecho denunciado, como también las circunstancias personales y particulares del presunto autor de aquél. Una vez cesadas las razones que obligaron a la adopción de la medida, a juicio del magistrado, y en su caso a pedido del interesado o del Ministerio Púpilar, se dispondrá su inmediato levantamiento. Los derechos reconocidos en este artículo deberán ser anunciados por el órgano policial o judicial, al momento de practicar la primera diligencia procesal con la víctima o sus causahabientes, bajo pena de nulidad del acto. Los derechos referidos en el presente artículo son reconocidos también a las asociaciones, fundaciones y otros entes, en los delitos que afecten intereses colectivos o difusos, siempre que el objeto de la agrupación se vincule directamente con esos intereses.

En el caso de que la víctima fuere extranjero, la autoridad judicial y policial interviniente deberá dar aviso en forma inmediata por correo electrónico, fax o teléfono o cualquier medio fehaciente disponible al consulado que corresponda a su nacionalidad, con todos los datos personales del mismo.

(Conc. Art. 89 bis CPP Mza.; Art. 96 CPP Cba. -parcial-; Art. 71 CPP Costa Rica)

(TEXTO SEGÚN LEY 7994, ART. 1)

***Art. 108 bis –**

En caso de violencia contra la mujer, el Juez Penal competente, de manera fundada y previa imputación del acusado, podrá ordenar el oficio, a pedido de la víctima o del Ministerio Público, la utilización de mecanismos y/o sistemas de localización georeferencial.

La medida tendrá carácter restrictivo, por un plazo determinado y sólo podrá disponerse en caso de peligro fundado a la integridad física de la mujer, a fin de asegurar una orden judicial de prohibición de acercamiento.

Deberán cumplirse los siguientes requisitos:

- a) Incumplimiento anterior de una medida de prohibición de acercamiento.
- b) Existencia de denuncia penal por violencia contra la mujer.
- c) Consentimiento informado de la mujer.
- d) Plazo determinado prorrogable, sin perjuicio de la revisión judicial periódica de la medida dictada.

Las causales de cese de la orden judicial de utilización de los mecanismos y/o sistemas de localización georeferencial serán las siguientes:

- 1) Vencimiento del plazo judicial.
- 2) Levantamiento de la prohibición de acercamiento.
- 3) Solicitud de la mujer.
- 4) Sobreseimiento o absolución del denunciado. (TEXTO INCORPORADO POR LEY 8931, ART. 3)

CAPÍTULO 4. ACTOR CIVIL

Art. 109 - Constitución de Parte.

Para ejercer la acción resarcitoria, su titular deberá constituirse en actor civil. Las personas que no tengan capacidad para estar en juicio, no podrán actuar si no son representadas, autorizadas o asistidas del modo prescrito por la ley civil.

(Concs. Art. 97 CPP Cba.; art 74 CPP Mza; Art. 111 CPP C. Rica)

Art. 110 - Instancia.

La instancia de constitución deberá formularse, personalmente o por un representante con poder general o especial, que podrá ser otorgado "apud-acta", en un escrito que contenga, bajo pena de inadmisibilidad:

- 1) El nombre, apellido y domicilio del accionante.
- 2) La determinación del proceso a que se refiere.
- 3) Los motivos en que la acción se basa, con indicación del carácter que se invoca, y el daño que pretende haber sufrido.
- 4) La petición de ser admitido como parte, y la firma.

(Concs. Art. 98 CPP Cba.; Art. 75 CPP Mza.; Art. 111 "in fine" y 112 CPP Costa Rica).

5) Tratándose de personas jurídicas privadas, la denominación o razón social, domicilio y sede social del accionante, como así también, en caso de corresponder, los datos que la identifiquen mediante su inscripción en un registro público". (Inc. 5° incorporado por Ley 9237)

Art. 111 - Demandado.

La constitución procederá aun cuando no estuviere individualizado el imputado.

Si en el proceso hubiere varios imputados y civilmente demandados, la pretensión resarcitoria podrá dirigirse contra uno o más de ellos. Cuando el actor no mencionare a ningún imputado, se entenderá que se dirige contra todos.

(Conc. Art. 113 CPP C. Rica; Art. 76 CPP Mza; Art. 99 CPP Cba.)

Art. 112 - Oportunidad.

El pedido de constitución deberá presentarse antes de la clausura de la investigación penal preparatoria. La solicitud será considerada por el Tribunal de Juicio, en el decreto de citación a juicio, quien ordenará las notificaciones pertinentes.

El Fiscal de Instrucción podrá pedir embargo de bienes.

(Conc. Art. 100 CPP Cba.; Art. 77 C.P.P. Mza - parcial; Art. 114 CPP C. Rica - parcial)

Art. 113 - Notificación.

El decreto que acuerde la constitución deberá notificarse al imputado, al demandado civil y a sus defensores, y surtirá efectos a partir de la última notificación.

En el caso previsto por la primera parte del artículo 111, la notificación se hará en cuanto se individualice al imputado.

(Concs. Art. 101 CPP Cba.; Art. 79 CPP Mza; Art. 115 CPP C. Rica - parcial)

Art. 114 - Oposición.

Los demandados podrán oponerse a la intervención del actor civil, bajo pena de caducidad, dentro del término de cinco días a contar de su respectiva notificación; pero cuando al demandado civil se lo citare o intervinere con posterioridad, podrá hacerlo, dentro de dicho término a contar de su citación o intervención.

(Conc. Art. 102 CPP Cba.; Art. 80 CPP Mza; Art. 115 CPP C. Rica - parcial)

Art. 115 - Trámite.

La oposición seguirá el trámite de las excepciones y será resuelta por el Tribunal, sin intervención del Ministerio Público. Si se rechazare la Intervención del actor civil, podrá ser condenado por las costas que su participación hubiere causado.

(Concs. Art. 103 CPP Cba.; Art. 81 CPP Mza; Art. 115 CPP C. Rica - parcial)

Art. 116 - Caducidad e Irreproductibilidad.

Cuando no se dedujere oposición en la oportunidad que establece el artículo 114, la constitución del actor civil será definitiva, sin perjuicio de la facultad conferida por el artículo 117.

La aceptación o el rechazo del actor civil no podrá ser reproducidos en el debate.

(Concs. Art. 104 CPP Cba.; Art. 83 CPP Mza)

Art. 117 - Rechazo y Exclusión de Oficio.

Durante los actos preliminares del juicio, el Tribunal podrá rechazar y excluir de oficio, por decreto fundado, al actor civil cuya intervención fuere manifiestamente ilegal, salvo que su participación hubiere sido concedida al resolverse un incidente de oposición.

(Concs. Art. 105 CPP Cba.; Art. 84 CPP Mza)

Art. 118 - Efectos de la Resolución.

El rechazo o exclusión del actor civil no impedirá el ejercicio de la acción ante la jurisdicción civil.

(Concs. Art. 106 CPP Cba.; Art. 85 CPP Mza; Art. 115 CPP C. Rica - parcial)

Art. 119 - Facultades y Deberes.

El actor civil podrá actuar en el proceso para acreditar el hecho delictuoso, la existencia y extensión del daño pretendido, y la responsabilidad civil del demandado.

Será de aplicación el artículo 106 segundo párrafo.

(Concs. Art. 107 CPP Cba.; Art. 78 CPP Mza; Art. 116 CPP C. Rica)

Art. 120 - Desistimiento.

El actor civil podrá desistir de su demanda en cualquier estado del proceso, quedando obligado por las costas que su intervención hubiera ocasionado.

Se considerará desistida la acción cuando el actor civil, regularmente citado, no comparezca a la primera audiencia del debate, no concrete la demanda o no presente conclusiones en la oportunidad prevista en el artículo 405, o se aleje de la audiencia sin haberlas formulado.

(Conc. Art. 108 CPP Cba.; Art. 86 CPP Mza; Art. 117 CPP C. Rica)

CAPÍTULO 5. DEMANDADO CIVIL

Art. 121 - Intervención por Citación.

Quien ejerza la acción resarcitoria podrá pedir la citación de la persona que según las leyes civiles deba responder por el daño que el imputado hubiera causado con el delito, para que intervenga en el proceso como demandada.

La instancia deberá formularse en la forma y oportunidad prescrita por los artículos 110 y 112, con indicación del nombre y domicilio del demandado y de su vínculo jurídico con el imputado.

(Concs. Art. 109 CPP Cba.; Art. 90 CPP Mza; Art. 119 CPP C. Rica).

Art. 122 - Decreto de Citación.

El decreto que ordene la citación contendrá: el nombre y apellido del accionante y del citado, y la indicación del proceso a que se refiere. La resolución deberá notificarse al imputado y a su defensor.

(Conc. Art. 110 CPP Cba.; Art. 92 CPP Mza)

Art. 123 - Nulidad.

Será nula esta citación cuando adolezca de omisiones o errores esenciales que perjudiquen la defensa del demandado civil, restringiéndole la audiencia o la prueba.

La nulidad no influirá en la marcha del proceso ni impedirá el ejercicio ulterior de la acción ante la jurisdicción civil.

(Conc. Art. 111 CPP Cba.; Art. 93 CPP Mza)

Art. 124 - Rebeldía.

Será declarada la rebeldía del demandado civil, a petición del interesado, cuando no comparezca en el plazo de citación a juicio (364). Ella no suspenderá el trámite, que continuará como si aquél estuviera presente. Sólo se nombrará defensor del rebelde al Defensor de Pobres y Ausentes si hubiere sido citado por edictos.

(Conc. Art. 112 CPP Cba.) .

Art. 125 - Intervención Espontánea.

Cuando en el proceso se ejerza la acción civil, la persona que pueda ser civilmente demandada tendrá derecho a intervenir en el proceso.

Esta participación deberá solicitarse, bajo pena de inadmisibilidad, en la forma y oportunidad que prescriben los artículos 110 y 112, en cuanto sea aplicable. El decreto que la acuerde será notificado a las partes y a sus defensores.

(Conc. Art. 113 CPP Cba.; Art. 94 CPP Mza - parcial)

Art. 126 - Oposición.

A la intervención espontánea o por citación del demandado civil podrá oponerse, según el caso, el citado, el imputado o el que ejerza la acción civil, si no hubiera pedido la citación.

Este incidente se deducirá y tramitará en la forma, oportunidad y plazos establecidos en los artículos 114 y siguientes.

(Conc. Art. 114 CPP Cba.; Art. 96 CPP Mza; Art. 122 CPP C. Rica)

Art. 127 - Exclusión.

La exclusión o el desistimiento del actor civil harán caducar la intervención del civilmente responsable.

(Conc.Art. 95 CPP Mza; Art. 123 CPP C. Rica)

CAPÍTULO 6. CITACIÓN EN GARANTÍA DEL ASEGURADOR

Art. 128 - Derecho.

El actor civil, el imputado y demandado civil asegurados, podrán pedir la citación en garantía del asegurador de los dos últimos.

(Concs. Art. 115 CPP Cba.)

Art. 129 - Carácter.

La intervención del asegurador se regirá por las normas que regulan la del demandado civil, en cuanto sean aplicables.

(Concs. Art.116 CPP Cba.)

Art. 130 - Oportunidad.

El actor civil, el imputado y el demandado civil deberán pedir la citación en la oportunidad prevista en el artículo 112.

(Concs. Art. 117 CPP Cba.)

CAPÍTULO 7. DEFENSORES Y MANDATARIOS

***Art. 131 - Derecho del Imputado.**

El imputado tendrá derecho a hacerse defender por abogado de su confianza o por el defensor de pobres y ausentes, lo que se le hará saber por la autoridad policial o judicial que intervenga en la primera oportunidad.

Podrá también defenderse personalmente, siempre que no perjudique la eficacia de la defensa y obste la normal substanciación del proceso.

Si el imputado estuviere privado de su libertad, cualquier persona que tenga con él relación de parentesco o amistad, podrá presentarse ante la autoridad policial o judicial que corresponda, proponiéndole un defensor. En tal caso, se hará comparecer al imputado de inmediato ante el órgano judicial competente, a los fines de la ratificación de la propuesta.

En el caso que el imputado privado de su libertad fuere extranjero y siempre que el interesado lo solicite, la autoridad judicial y policial interviniente deberá dar aviso en forma inmediata por correo electrónico, fax o teléfono o cualquier medio fehaciente al consulado que corresponda a su nacionalidad, con todos los datos personales del mismo.

Si el imputado no estuviera individualizado o fuere imposible lograr su comparendo, se designará al defensor de pobres y ausentes como su defensor al solo efecto de los artículos 320 y 321. El imputado que se encuentre detenido tendrá derecho a entrevistarse privadamente con su defensor, salvo en los supuestos de incomunicación legal. Es obligación de la autoridad judicial o policial interviniente proporcionar las condiciones materiales para ello. Se dejará constancia de tal circunstancia. El desconocimiento de tal derecho acarreará la nulidad del acto.

(Concs. Art. 118 CPP Cba.; Art. 99 CPP Mza.; Art. 100 CPP C. Rica)

(TEXTO SEGÚN LEY 7994, ART. 2)

***Art. 132 - Número de Defensores.**

El imputado podrá designar el número de abogados que considere necesario, pero no podrán actuar simultáneamente más de dos (2) en un mismo acto procesal. La notificación hecha a uno de ellos valdrá para todos, y la sustitución del uno por el otro no alterará trámite ni plazos

(Concs. CPP Cba. 119; Art. 100 CPP Mza.; Art. 106 CPP C. Rica)

(TEXTO SEGUN LEY 8896, ART. 3)

Art. 133 - Obligatoriedad.

El ejercicio del cargo de defensor del imputado será obligatorio para el abogado de la matrícula que lo acepte, salvo excusación atendible. La aceptación será obligatoria, sólo cuando se lo nombrare en sustitución del Defensor de Pobres y Ausentes.

(Concs. Art. 120 CPP Cba.; Art. 101 CPP Mza.; Art. 101 CPP C.RICA)

Art. 134 - Defensa de Oficio.

Cuando el imputado no elija oportunamente defensor, el Fiscal de Instrucción o el Tribunal nombrará en tal carácter al Defensor de Pobres y Ausentes, salvo que lo autorice a defenderse personalmente.

(Concs. Art. 121 CPP Cba.; Art. 103 CPP Mza.; Art. 104 CPP C. Rica)

Art. 135 - Nombramiento Posterior

La designación del defensor de oficio no perjudica el derecho del imputado a elegir ulteriormente otro de su confianza; pero la sustitución no se considerará operada hasta que el designado acepte el cargo y fije domicilio.

(Concs. Art. 122 CPP Cba.; Art. 102 CPP C. Rica)

Art. 136 - Defensor Común.

La defensa de varios imputados podrá ser confiada a un defensor común siempre que no exista entre aquéllos intereses contrapuestos. Si esto fuera advertido, se proveerá aún de oficio a las sustituciones necesarias.

(Concs. Art. 123 CPP Cba.; Art. 104 CPP Mza.; Art. 107 CPP C.Rica)

Art. 137 - Mandatario del Imputado.

En las causas por delitos reprimidos sólo con multa o inhabilitación, el imputado podrá hacerse representar para todo efecto por un defensor con poder especial, que podrá ser otorgado "apud acta", por ante un Secretario Judicial autorizante. No obstante, se podrá requerir la comparecencia personal.

(Concs. Art. 124 CPP Cba.; Art. 105 CPP Mza.; Art. 103 CPP C.Rica)

***Art. 138 - Otros Defensores y Mandatarios.**

El querellante, el querellante particular y las partes civiles sólo podrán actuar con patrocinio letrado, o hacerse representar por abogados de la matrícula: el primero, con poder especial, notarial o apud acta. Nunca podrá superar el número de dos (2) letrados la representación de cada parte en cada acto procesal, sin perjuicio de la proposición de un número mayor de profesionales.

(Concs. Art. 125 CPP Cba.) (TEXTO SEGUN LEY 8896, ART. 4)

Art. 139 - Abandono.

Si el defensor del imputado abandonare la defensa y dejare a su cliente sin abogado, se proveerá a su inmediata sustitución por el Defensor de Pobres y Ausentes, y no podrá ser nombrado de nuevo en el proceso.

Cuando el abandono ocurriere poco antes o durante el debate, el nuevo defensor podrá solicitar una prórroga máxima de tres días para la audiencia. El debate no podrá suspenderse otra vez por la misma causa. La intervención de otro defensor particular no excluirá la del oficial.

El abandono de los defensores o apoderados de las partes civiles no suspenderá el proceso.

(Concs. Art. 126 CPP Cba.; Art. 107 -108 CPP Mza.; Art. 105 CPP C. Rica)

***Art. 140 - Sanciones.**

El incumplimiento injustificado de sus obligaciones por parte de defensores o mandatarios será comunicado al Colegio de Abogados correspondiente. Si se tratare de funcionarios judiciales, la comunicación se cursará a la Suprema Corte de Justicia y al Secretario General de la Defensa.

El abandono constituye falta grave y obliga al que incurra en él a pagar las costas de la sustitución sin perjuicio de otras sanciones que pudieran corresponderle.

(TEXTO PRIMER PARRAFO SEGUN LEY 8008, ART. 59, INC. 22)

(Concs. Art. 127 CPP Cba.-Parcial; Art. 109 CPP Mza.; Art. 105 -108 CPP C. Rica)

TÍTULO VI. ACTOS PROCESALES

CAPÍTULO 1. DISPOSICIONES GENERALES

Art. 141 - Idioma.

Todos los actos procesales deberán cumplirse en idioma nacional, bajo pena de nulidad.

(Concs. Art. 128 CPP Cba.; Art. 110 CPP Mza.; Art. 130 CPP C.Rica)

Art. 142 - Fecha.

Para fechar un acto deberán consignarse el lugar, día, mes y año en que se cumpliera. La hora será indicada sólo cuando la Ley lo exija.

Si la fecha fuere requerida bajo pena de nulidad, esta sólo podrá ser declarada cuando aquella, en virtud de los elementos del acto o de otros conexos, no pueda establecerse con certeza.

(Concs. Art. 129 CPP Cba.: Art. 113 CPP Mza.)

Art. 143 - Día y Hora de Cumplimiento.

Los actos procesales deberán cumplirse en días y horas hábiles, salvo los de la investigación penal preparatoria. En caso de necesidad, el tribunal podrá habilitar los días y horas que estime conveniente.

(Concs. Art. 130 CPP Cba.; 133 CPP C.Rica Parcial)

Art. 144 - Juramento.

Cuando se requiera la prestación de juramento, el Juez, el Presidente del Tribunal, el Fiscal de Instrucción o el Ayudante Fiscal, lo recibirá - bajo pena de nulidad - por las creencias del que jure, después de instruirlo

de las penas que la ley impone a la falsedad. El declarante prometerá decir verdad de todo cuanto supiere y le fuere preguntado, mediante la fórmula: "lo juro".

Si el deponente se negare a prestar juramento en virtud de creencias religiosas o ideológicas, se le exigirá promesa de decir verdad.

(Concs. Art. 131 Cba.; Art. 112 -115 CPP Mza.; Art. 134 CPP C.Rica)

Art. 145 - Oralidad.

Las personas que fueren interrogadas deberán responder de viva voz y sin consultar notas o documentos, con excepción de los peritos y de quienes sean autorizados para ello en razón de sus condiciones o de la naturaleza de los hechos.

El declarante será invitado a manifestar cuanto conozca sobre el asunto de que se trate y, si fuere menester, se lo interrogará.

Las preguntas que se formulen no serán indicativas, capciosas ni sugestivas.

Cuando se proceda por escrito, se consignarán las preguntas y respuestas, usándose las expresiones del declarante.

(Concs. Art. 132 CPP Cba.; Art. 111 CPP Mza.; Art. 135 CPP C. Rica)

Art. 146 - Declaraciones Especiales.

Para recibir juramento y examinar a un sordo, se le presentarán por escrito la fórmula y las preguntas; si se tratare de un mudo, responderá por escrito; si fuere un sordomudo, las preguntas y respuestas serán escritas.

Cuando dichas personas no supieren leer o escribir, se nombrará intérprete a un maestro de sordomudos o, en su defecto, a alguien que sepa comunicarse con el interrogado.

(Concs. Art. 133 CPP Cba.; Art. 112 CPP Mza.; arts. 130 -131 CPP C.Rica)

CAPÍTULO 2. ACTAS

***Art. 147 - Regla General. Excepción.**

Siempre que se realice una audiencia oral o un acto procesal que sea registrado por video grabación con la presencia del Juez o del Fiscal o del Ayudante Fiscal o del Juez de Paz, dicho registro será prueba suficiente de su realización y certeza de lo ocurrido en ella.

Excepcionalmente cuando un funcionario público o Juez deba dar fe de actos que realice o se cumplan en su presencia, labrará un acta en la forma prescripta por las disposiciones de este Capítulo. A tal efecto, el Juez o Tribunal será asistido por el secretario; el Agente Fiscal lo será por un secretario o un Ayudante Fiscal; el Ayudante Fiscal, por un auxiliar de la policía judicial o administrativa; el Juez de Paz y los oficiales o auxiliares de policía judicial o administrativa, por un testigo que, en lo posible, sea extraño a la repartición policial.

(Concs. Art. 134 CPP Cba.; 138 -139 CPP Mza.; Art. 136 CPP C.Rica)

(TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 42)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 7282, ART. 2)

Art. 148 - Contenido y Formalidades.

Las actas deberán contener: la fecha y el objeto; el nombre y apellido de las personas que actúen; en su caso, el motivo de la inasistencia de quienes estaban obligados a intervenir; la indicación de las diligencias realizadas y de su resultado; las declaraciones recibidas; si éstas fueron hechas espontáneamente o a requerimiento, y si las dictaron los declarantes; las observaciones que las partes requieran y, previa lectura, la firma de todos los intervinientes que deban hacerlo, o cuando alguno no pudiere o no quisiere firmar, la mención de ello.

Si tuviere que firmar un ciego o un analfabeto, se les informará que el acta puede ser leída y suscrita por una persona de confianza, lo que se hará constar.

(Concs. Art. 135 CPP Cba.; Art. 140 CPP Mza.; 136 CPP C.Rica-Parcial)

Art. 149 - Testigo de Actuación.

No podrán ser testigos de actuación los menores de 16 años, los dementes, y los que se encuentren en estado de ebriedad; o aquellos que al momento de la actuación presentaren signos evidentes de alteración de sus facultades.

(Conc. Art.136 CPP Cba.; 116 CPP Mza.)

Art. 150 - Nulidad.

Salvo previsiones expresas el acta será nula si falta la fecha; la firma del funcionario actuante, la del Secretario o testigo de actuación; o la información prevista en la última parte del artículo 148, y la hora si fuera de significativa relevancia.

(Concs. Art. 137 CPP Cba.)

CAPÍTULO 3. ACTOS Y RESOLUCIONES JURISDICCIONALES

Art. 151 - Poder Coercitivo.

En el ejercicio de sus funciones, el Tribunal podrá disponer la intervención de la fuerza pública y todas las medidas necesarias para el seguro y regular cumplimiento de los actos que ordene.

(Concs. Art. 138 CPP Cba.; Art. 139 CPP C. Rica)

Art. 152 - Actos Fuera del Asiento.

El Tribunal podrá constituirse fuera de su asiento, en cualquier lugar de la Provincia, cuando estime indispensable conocer directamente elementos probatorios decisivos. En tal caso, si corresponde, avisará al Tribunal de la respectiva competencia territorial.

(Concs. Art. 139 CPP Cba., Art.132 CPP C.Rica)

Art. 153 - Asistencia del Secretario.

El Tribunal será asistido en el cumplimiento de sus actos por el Secretario.

(Concs. Art. 140 CPP Cba.)

Art. 154 - Resoluciones.

Las decisiones del Tribunal serán dadas por sentencia, auto o decreto. Dictará sentencia para poner término al proceso; auto para resolver un incidente o artículo del mismo, o cuando este Código lo exija; decreto, en los demás casos o cuando esta forma sea especialmente prescrita.

(Concs. Art. 141 CPP Cba.; Art. 119 CPP Mendoza; Art. 141 CPP C Rica)

***Art. 155 - Fundamentación.**

El Tribunal deberá fundamentar, bajo pena de nulidad, las sentencias y los autos, según las exigencias que imponga en cada caso la ley. Los decretos deberán serlo, bajo la misma sanción, cuando la ley lo disponga. En las resoluciones adoptadas durante las audiencias orales los fundamentos constarán en el registro de audio, incorporándose a las actuaciones y, en su caso, al protocolo, salvo disposición expresa en contrario, debiendo firmarse según lo dispone el artículo siguiente.

(Concs. Art. 142 CPP Cba.; Art. 120 CPP Mendoza, Art. 142 CPP C Rica)

(TEXTO SEGUN LEY 8896, ART. 5)

***Art. 156 - Firma.**

Las sentencias, autos y decretos deberán ser suscriptos o firmados digital o electrónicamente, salvo que no se hubiera implementado el sistema digital o electrónico en el tribunal correspondiente.

Las sentencias por Juicio Común por el Juez que actuare, con la salvedad prevista por el inc. 5) del artículo 411. Las sentencias de Sobreseimiento, Juicio Abreviado y los Autos, por el Juez o la mayoría que resuelve.

Los Decretos fundados, por el Juez. Los Decretos de mero trámite lo serán por el Secretario; implementado el Fuero Penal Colegiado por el funcionario habilitado y designado por el Administrador de la OGAP o por la Oficina de Apelaciones, respectivamente. La falta de firma producirá la nulidad del acto.

(Concs. Art. 143 CPP Cba.; Art. 121 CPP Mza; Art. 144 CPP C Rica)

(TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 43)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8896, ART. 6)

Art. 157 - Término.

Los Tribunales dictarán los decretos el día en que los expedientes sean puestos a despacho; los autos, dentro de los cinco días, salvo que se disponga otra cosa; las sentencias, en las oportunidades especialmente previstas.

(Concs. Art. 144 CPP Cba.; Art. 123 parcial CPP Mza; Art. 145 parcial CPP C Rica)

Art. 158 - Rectificación y Aclaración.

Dentro del término de tres días de dictadas las resoluciones, el Tribunal podrá rectificar, de oficio o a instancia del Fiscal o las partes, previa noticia a éstas cualquier error u omisión material de aquéllas, siempre que esto no importe una modificación esencial.

La instancia de aclaración suspenderá el término para interponer los recursos que procedan.

(Concs. Art. 145 CPP Cba.; Art. 122 CPP Mza; Art. 146 - parcial CPP C Rica)

Art. 159 - Queja por Retardada Justicia.

Vencido el término en que deba dictarse una resolución, el interesado podrá pedir pronto despacho, y si dentro de tres (3) días no la obtuviere, podrá denunciar el retardo a la Cámara, o el Tribunal Colegiado o a la Sala Administrativa de la Suprema Corte de Justicia, según si la omisión fuere de un Juez o de un Tribunal. El superior pedirá informes al denunciado, y sin más trámite declarará inmediatamente si está o

no justificada la queja, ordenando, en su caso, el dictado de la resolución en el término que fije, bajo apercibimiento de las responsabilidades institucionales y legales a que hubiere lugar.

(Concs. Art. 146 CPP Cba.; Art. 124 CPP Mza.) (TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 44)

Art. 160 - Retardos en la Suprema Corte de Justicia

Si la demora a que se refiere el artículo anterior fuere imputable al Presidente o a un miembro de la Suprema Corte de Justicia, la queja podrá formularse ante Tribunal en Pleno. Si el causante de la demora fuere el Tribunal, el interesado podrá ejercitar los derechos que le acuerda la Constitución.

(Concs. Art. 147 CPP Cba.; Art. 125 CPP Mza;)

(TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 45)

Art. 161 - Resolución Firme.

Las resoluciones judiciales quedarán firmes y ejecutoriadas sin necesidad de declaración alguna, en cuanto no sean oportunamente recurridas.

(Concs. Art. 148 CPP Cba.; Art. 126 CPP Mza; Art. 148 - parcial - CPP C. Rica)

***Art. 162 - Copia Auténtica.**

Cuando por cualquier causa se destruya, pierda o sustraiga el original de las sentencias u otros actos procesales necesarios, la copia auténtica tendrá el valor de aquél, la cual será expedida por la OGAP y la OAP, respectivamente. Podrá solicitarse a la OGAP o a la OAP copia de los audios de las audiencias orales, a cargo del solicitante.

(Concs. Art. 149 CPP Cba.; Art. 127 CPP Mza; Art. 149 CPP C Rica)

(TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 46)

Art. 163 - Restitución y Renovación.

Si no hubiere copia de los actos, el Tribunal ordenará que se rehagan, para lo cual recibirá las pruebas que evidencien su preexistencia y contenido.

Cuando esto no fuere posible, dispondrá la renovación, prescribiendo el modo de hacerla.

(Concs. Art. 150 CPP Cba.; Art. 128 CPP Mza; Art. 150 CPP C Rica)

***Art. 164 - Copias, Informes y Certificados.**

El Tribunal podrá ordenar la expedición de copias o certificados que fueren pedidos por una autoridad pública o por particulares que acrediten legítimo interés en obtenerlos, si el estado del proceso no lo impide ni se estorba su normal sustanciación, correspondiendo al Secretario, la OGAP o la Oficina de Apelaciones la realización del trámite.

(Concs. Art. 151 CPP Cba.; Art. 129 CPP Mza; Art. 151 CPP C Rica)

(TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 47)

Art. 165 - Nuevo Delito.

Si durante el proceso tuviere conocimiento de otro delito perseguible de oficio, el Tribunal remitirá los antecedentes al Ministerio Público.

(Concs. Art. 152 CPP Cba.; Art. 130 CPP Mza; Art. 152 CPP C Rica)

CAPÍTULO 4. ACTOS Y RESOLUCIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO

***Art. 166 - Normas Aplicables.**

Serán de aplicación a los actos del Fiscal de Instrucción los artículos 151, 152, 157, 158 y 161.

El Fiscal de Instrucción será asistido en el cumplimiento de sus actos por el Secretario o por el Ayudante Fiscal.(Concs. Art. 153 CPP Cba.)

(TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 48)

***Art. 167 - Forma de Actuación.**

Los representantes del Ministerio Público formularán motivada y específicamente sus requerimientos y conclusiones, bajo pena de nulidad; nunca podrán remitirse a las decisiones del Juez; procederán oralmente en los debates y en los recursos, cuando corresponda, y por escrito en los demás casos.

Las resoluciones del Fiscal de Instrucción serán dadas por decreto, el cual será fundado cuando esta forma sea especialmente prescrita, bajo sanción de nulidad.

La falta de firma, producirá la nulidad de los requerimientos y resoluciones.

*Sin perjuicio de lo expresado, los decretos de mero trámite podrán ser suscriptos únicamente por el secretario de la fiscalía. Los actos procesales que comprende el presente Artículo podrán ser firmados en forma digital o electrónica.

(Concs. Art. 154 CPP Cba.; Art.65 - parcial CPP Mza.)

(TEXTO SEGUN LEY 8896, ART. 7)

***Art. 168 - Queja por Retardada Justicia.**

Vencido el término para formular un requerimiento o dictar un decreto, si la omisión fuese de un Fiscal de Instrucción, el interesado podrá proceder conforme lo dispuesto en el artículo 159 denunciando el retardo al Fiscal de Tribunal Colegiado - Fiscal Jefe de Unidad Fiscal.

Si la omisión fuere de un Fiscal de Tribunal Colegiado - Fiscal Jefe de Unidad Fiscal-, la denuncia se hará ante el Fiscal Adjunto Penal.

(Concs. Art. 155 CPP Cba.)(TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 49) (HIS.: TEXTO PRIMER PARRAFO SEGUN LEY 8008, ART. 59, INC. 23)

Art. 169 - Nuevo Delito.

Si durante la investigación fiscal se tuviere conocimiento de un nuevo delito perseguible de oficio y no correspondiere la acumulación de las causas, el Fiscal de Instrucción remitirá los antecedentes al Fiscal que correspondan.

(Concs. Art. 156 CPP Cba.)

CAPÍTULO 5. COMUNICACIONES

Art. 170 - Reglas Generales.

Cuando un acto procesal se deba ejecutar por intermedio de otra autoridad, se podrá encomendar su cumplimiento por medio de suplicatoria, exhorto, mandamiento u oficio, según se dirija, respectivamente, a un tribunal de jerarquía superior, igual o inferior, o autoridades que no pertenezcan al Poder Judicial. (Concs. Art. 157 CPP Cba.; Art. 131 CPP Mza.; Art. 153 CPP C Rica).

Art. 171 - Comunicación Directa.

Los órganos judiciales podrán dirigirse directamente a cualquier autoridad de la Provincia, la que prestará su cooperación y expedirá los informes que le soliciten, sin demora alguna. (Concs. Art. 158 CPP Cba.; Art. 132 CPP Mza; Art. 153 - parcial CPP C Rica)

Art. 172 - Comunicaciones de Otras Jurisdicciones.

Las comunicaciones de otras provincias serán diligenciadas sin retardo, de acuerdo con la legislación vigente que haya adherido la Provincia, o en su defecto por las normas que establezca la Suprema Corte de Justicia. El órgano requerido podrá comisionar el despacho del oficio a uno inferior o podrá remitirlo a quien debió dirigirse. En este caso informará inmediatamente al requirente. (Concs. Art. 159 CPP Cba.; Art. 133 CPP Mza; Art. 173 CPP C Rica)

Art. 173 - Exhortos a Tribunales Extranjeros.

Los exhortos a Tribunales extranjeros serán diligenciados, mediante la Suprema Corte de Justicia, por vía diplomática, en la forma prescrita por los tratados o costumbres internacionales. (Concs. Art. 160 CPP Cba.; Art. 133 CPP Mza; Art. 154 CPP Costa Rica)

Art. 174 - Exhortos del Extranjero.

Los exhortos de Tribunales extranjeros serán diligenciados en los casos y formas establecidas por los tratados o costumbres internacionales y por las leyes del país, cuando lo disponga la Suprema Corte de Justicia.- (Concs. Art. 161 CPP Cba.; Art. 134 CPP Mza.)

Art. 175 - Denegación y retardo.

Si el diligenciamiento de un oficio fuere denegado o demorado, el requirente podrá dirigirse a la Suprema Corte de Justicia o al Procurador General, según corresponda, quienes ordenarán o gestionarán la tramitación si procediera, según sea de la Provincia el órgano requerido. La Suprema Corte de Justicia resolverá previa vista fiscal. (Concs. Art. 162 CPP Cba.)

CAPÍTULO 6. NOTIFICACIONES, CITACIONES Y VISTAS

Art. 176 - Regla General.

Las resoluciones y requerimientos, cuando corresponda, se harán conocer en el término de 24 horas de dictadas, salvo que se dispusiera un plazo menor, y no obligarán sino a las personas debidamente notificadas. (Concs. Art. 163 CPP Cba.; Art. 142 CPP Mza; Art. 155 CPP C. Rica -)

***Art. 177 - Notificaciones en general.**

Las partes del proceso deberán ser notificadas en forma electrónica, telefónica, o por medios equivalentes. Cuando corresponda se utilizarán casillas de correos oficiales y/o sistema informático de almacenamiento de documento.

Cuando sea necesario notificar en forma personal o en el domicilio, se ordenará esta forma mediante decreto fundado.

Si el imputado estuviere privado de libertad será notificado mediante funcionario judicial o administrativo, especialmente designado al efecto, en los lugares de detención. También podrá utilizarse videoconferencia o tecnología similar.

Las personas que no tuvieren domicilio constituido en el proceso, serán notificadas en su domicilio, residencia o lugar donde se hallaren.

(Concs. Art. 144 CPP Mza.; Art. 157 CPP C Rica)

(TEXTO SEGUN LEY 8896, ART. 8)

Cuando se trate de una persona jurídica que no se hubiere presentado al proceso, las notificaciones se le cursarán al domicilio legal consignado en el instrumento de su creación, el cual tendrá carácter de domicilio constituido. Sin perjuicio de ello se le podrán cursar notificaciones a cualquier otro domicilio que se conozca o notificarlas en cualquiera de las formas previstas por el presente ordenamiento. (Último párrafo incorporado por Ley 9237)

***Art. 178 - Domicilio Legal.**

Los litigantes y quienes los representen y patrocinen, tienen el deber de denunciar el domicilio de los primeros y constituir domicilio legal dentro de cincuenta (50) cuerdas del asiento del tribunal, cada uno de ellos, todo en su primera presentación. Si así no lo hicieren se los notificará y practicarán las diligencias que deban cumplirse en esos domicilios en los estrados del tribunal sin trámite o declaración previa alguna. Estos domicilios subsistirán, a todos los efectos legales, aún cuando no existan o desapareciere el edificio donde se constituyera, mientras no sean expresamente cambiados. Los jueces podrán atenuar el rigor de esta regla, cuando se tratase de expedientes paralizados por tiempo mayor de dos (2) años.

(TEXTO SEGUN LEY 8775, ART. 1)

(Concs. Art. 166 CPP Cba.; Art. 155 CPP Mza.; Art. 157 CPP Costa Rica)".

Art. 179 - Notificaciones a Defensores o Mandatarios.

Si las partes tuvieran defensor o mandatario, las notificaciones deberán ser hechas solamente a éstos, salvo que la ley o la naturaleza del acto exijan que también aquéllas sean notificadas.

(Concs. Art. 167 CPP Cba.; Art. 146 CPP Mza.; Art. 158 CPP C.Rica)

Art. 180 - Modo del Acto.

La notificación se hará entregando al interesado que lo exigiere una copia autorizada de la resolución donde conste el proceso en que se dictó.

Si se tratare de resoluciones fundamentadas o requerimientos del Fiscal, la copia se limitará al encabezamiento y parte resolutive o pedido.

(Concs. Art. 168 CPP Cba.; Art. 147 CPP Mza.)

***Art. 181 - Notificación en la Oficina.**

Está prohibido el traslado del expediente, o en su caso del legajo, a las partes, para notificaciones y vistas, sin perjuicio de la extracción de copias o medio equivalente.

(Concs. Art. 169 CPP Cba.; Art. 150 CPP Mza.)

(TEXTO SEGUN LEY 8896, ART. 9)

Art. 182 - Notificación en el Domicilio.

Cuando la notificación se haga en el domicilio, el funcionario encargado de practicarla llevará dos copias autorizadas de la resolución, donde se hayan indicado el órgano judicial y el proceso en que se dictó; entregará una al interesado y al pie de la otra, que se agregará al expediente, dejará constancia de ello con indicación del lugar, día y hora de la diligencia, y firmará junto con el notificado.

Cuando quien deba notificarse no se encontrare en su domicilio, la copia será entregada a una persona mayor de 18 años que resida allí, prefiriéndose a los parientes del interesado y, a falta de ellos, a sus empleados o dependientes.

Si no se encontrare a nadie, la copia será entregada a un vecino mayor de dicha edad que sepa leer y escribir, con preferencia el más cercano. En estos casos el notificador hará constar a qué persona hizo entrega de la copia y por qué motivo y ambos suscribirán la diligencia.

Cuando el notificado o el tercero se negaren a recibir la copia, a dar su nombre o a firmar, ella será fijada en la puerta de la casa o habitación donde se practique el acto, en presencia de un testigo que firmará la diligencia. Si la persona requerida no supiere o no pudiere firmar, lo hará un testigo a su ruego.

(Conc. Art. 170 CPP Cba.; Art. 148 CPP Mza.; 159 y 161 CPP Costa Rica -parcial-)

"Tratándose de una persona jurídica, la notificación deberá hacerse en el domicilio legal o especial según corresponda, y se hará constar la diligencia en la persona con quien se entienda la notificación; en éste último supuesto, debajo de la firma, se anotará la constancia de un documento de identidad de quien firma. De no poder realizarse de la forma prevista, serán de aplicación las demás previsiones del presente artículo". (Segundo párrafo incorporado por Ley 9237)

Art. 183 - Notificación por Edictos.

Cuando se ignore el lugar donde se encuentra la persona que deba ser notificada, la resolución se hará saber por edictos que se publicarán durante cinco días en un diario de circulación, sin perjuicio de las medidas convenientes para averiguar la residencia.

(Conc. Art. 171 CPP Cba.; Art. 149 CPP Mza.)

Art. 184 - Disconformidad entre Original y Copia.

En caso de disconformidad entre el original y la copia, hará fe respecto de cada interesado la copia por él recibida.

(Concs. Art. 172 CPP Cba.; Art. 151 CPP Mza.)

Art. 185 - Formas especiales de Notificación

Cuando el interesado lo aceptare expresamente por cualquier medio fehaciente previamente comunicado al Tribunal Interviniente y en cualquier momento del proceso, podrá notificársele por medio de pieza postal que certifique su remisión, facsímil o cualesquier otros medios electrónicos. El plazo correrá a partir del momento de la recepción en el caso de piezas postales y desde la emisión o envío en el resto de los medios de comunicación señalados.

Bajo las mismas circunstancias de aceptación, también podrá notificarse a los sujetos del proceso, por otros medios, electrónicos, satelitales o cualesquiera otros que autoricen la Suprema Corte de Justicia, siempre que no causen indefensión.

(Conc. Art. 160 CPP Costa Rica)

Art. 186 - Nulidad de la Notificación.

La notificación será nula:

- 1) Si hubiera existido error sobre la identidad de la persona notificada.
- 2) Si la resolución hubiera sido notificada en forma incompleta.
- 3) Si en la diligencia no constare la fecha o, cuando corresponda, la entrega de la copia.
- 4) Si faltare alguna de las constancias del artículo 182 de las firmas prescritas.

(Concs. Art. 173 CPP Cba.; Art. 152 CPP Mza.; Art. 164 CPP C Rica)

Art. 187 - Citación.

Cuando sea necesaria la presencia de una persona para algún acto procesal, el Tribunal ordenará su citación.

Esta será practicada de acuerdo con las formas prescritas para la notificación, salvo lo dispuesto por el artículo siguiente.

(Concs. Art. 174 CPP Cba.; Art. 153 CPP Mza.; Art. 165 CPP C Rica)

Art. 188 - Citación Especial.

Los imputados que estuvieren en libertad, testigos, peritos, intérpretes y depositarios, podrán ser citados por la Policía Judicial o por cualquier otro medio fehaciente. En todos los casos se les hará saber el objeto de la citación y el proceso en que ésta se dispuso, y se les advertirá que si no obedecieren la orden - sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda - serán conducidos por la fuerza pública e incurrirán en las costas que causaren salvo que tuvieren un impedimento legítimo comunicado sin tardanza alguna al Tribunal. El apercibimiento se hará efectivo inmediatamente.

(Concs. Art. 175 CPP Cba.; Art. 154 CPP Mza;)

***Art. 189 - Vistas.**

Las vistas se ordenarán cuando la ley lo disponga y serán notificadas de acuerdo con el Artículo 177. Se acompañará copia digital del planteo formulado.

(Concs. Art. 176 CPP Cba.; Art. 156 CPP Mza.)

(TEXTO SEGUN LEY 8896, ART. 10)

Art. 190 - Notificación.

Cuando no se encontrare a la persona a quien se deba correr vista, la resolución será notificada conforme al artículo 182. El término correrá desde el día hábil siguiente.

(Concs. Art. 177 CPP Cba.; Art. 157 CPP Mza.)

Art. 191 - Término de las Vistas.

Toda vista que no tenga término fijado se considerará otorgada por tres días.

(Concs. Art. 178 CPP Cba.; Art. 158 CPP Mza.)

Art. 192 - Falta de Devolución de las Actuaciones.

Vencido el término por el cual se corrió vista sin que las actuaciones hubieran sido devueltas por el Fiscal o Defensor de Pobres y Ausentes, se dispondrá su incautación inmediata por el Secretario, sin perjuicio de remitirse los antecedentes a la Suprema Corte de Justicia o al Procurador General, según corresponda.

(Concs. Art. 179 CPP Cba.; Art. 159 CPP Mza.)

CAPÍTULO 7. TÉRMINOS

Art. 193 - Regla General.

Los actos procesales se practicarán en los términos establecidos. Estos correrán para cada interesado desde su notificación o, si fueren comunes, desde la última que se practicare, y se contarán en la forma prevista por el Código Civil.

Si el término fijado venciere después de las horas de oficina, el acto que deba cumplirse en ella podrá ser realizado válidamente dentro de las dos primeras horas de oficina del día hábil siguiente.

(Concs. Art. 180 CPP Cba.; Art. 161 CPP Mza.; Art. 164 CPPN)

Art. 194 - Términos.

Para los términos se computarán únicamente los días hábiles, con excepción de los casos que expresamente disponga el presente Código u otra Ley.

(Concs. Art. 162 CPP Mza; Art. 181 CPP Cba.)

Art. 195 - Términos Perentorios y Fatales.

Los términos perentorios son improrrogables salvo las excepciones previstas en la Ley.

Si el imputado estuviere privado de su libertad serán fatales los términos del artículo 349. (Concs. Art. 182 CPP Cba.)

*Art. 196 - Vencimiento. Efectos.

El vencimiento de un término fatal sin que se haya cumplido el acto para el que está determinado, importará automáticamente el cese de la intervención en la causa, del Juez, Tribunal o representante del Ministerio Público Fiscal, al que dicho plazo le hubiera sido acordado. La Suprema Corte de Justicia o el Procurador General, según el caso, dispondrán el modo en que se producirá el reemplazo de aquellos. Cuando el vencimiento del término fatal se atribuya a un miembro de la Suprema Justicia o al Procurador General, en el primer caso será sustituido por otro miembro de la Corte o por un Conjuez y en el caso del Procurador General por los Fiscales Adjuntos, o un Fiscal Jefe de Unidad Fiscal.

Las disposiciones de este artículo sólo son aplicables a los Jueces, Tribunales o representantes del Ministerio Público Fiscal titulares y no a quienes ejercieran competencia interinamente por subrogación en caso de vacancia o licencia.

El Procurador General y los Fiscales deberán controlar, bajo su responsabilidad personal, el cumplimiento de los términos fatales, a cuyo efecto el Procurador General podrá establecer los órganos de inspección que estime pertinentes."

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 50)

(Concs. Art. 183 CPP Cba.)

CAPÍTULO 8. NULIDAD

Art. 197 - Regla General.

Los actos procesales serán nulos sólo cuando no se hubieran observado las disposiciones expresamente prescritas bajo pena de nulidad.

(Concs. Art. 184 CPP Cba.; Art. 171 CPP Mza.)

Art. 198º.- Conminación Genérica.

Se entenderá siempre prescrita bajo pena de nulidad la observancia de disposiciones concernientes:

- 1) Al nombramiento, capacidad y constitución del Tribunal.
- 2) A la intervención de Ministerio Público en el proceso, y a su participación en los actos en que ella sea obligatoria.
- 3) A la intervención, asistencia y representación del imputado, en los casos y formas que la ley establece.
- 4) A la intervención, asistencia y representación de las partes civiles, en los casos y formas que la ley establece.
- 5) A la intervención, asistencia y representación del querellante particular, en los casos de los artículos 346 y 355.

(Concs. Art.185 CPP Cba.; Art. 172 CPP Mza. -parcial-; Art.178 C.Rica)

Art. 199 - Declaración.

El Tribunal que compruebe una causa de nulidad tratará, si fuere posible, de eliminarla inmediatamente. Si no lo hiciere podrá declarar la nulidad a petición de parte.

Solamente deberán ser declaradas de oficio, en cualquier estado y grado del proceso, las nulidades previstas en los incisos 1 al 3 del artículo anterior que impliquen violación de normas constitucionales, o cuando así se establezca expresamente.

(Concs. Art. 186 CPP Cba.; Art. 173 CPP Mza. -parcial-).

Art. 200 - Instancia.

Salvo los casos en que proceda la declaración de oficio, sólo podrán instar la nulidad el Ministerio Público y las partes que no hayan concurrido a causarla y que tengan interés en la observancia de las disposiciones legales respectivas.

(Concs. Art. 187 CPP Cba.; Art. 173 CPP Mza.)

Art. 201 - Oportunidad y Forma.

Las nulidades sólo podrán ser instadas, bajo pena de caducidad, en las siguientes oportunidades:

- 1) Las producidas en la investigación penal preparatoria, durante ésta o en el término de citación a juicio.
- 2) Las acaecidas en los actos preliminares del juicio, inmediatamente después de la lectura con la cual queda abierto el debate.
- 3) Las producidas en el debate, antes o inmediatamente después de cumplirse el acto.
- 4) Las acaecidas durante la tramitación de un recurso ante el Tribunal de Alzada, inmediatamente después de abierta la audiencia prescrita por los artículos 472 o 483, o en el alegato escrito.

La instancia de nulidad será motivada, bajo pena de inadmisibilidad. Durante la investigación fiscal, el incidente se tramitará en la forma establecida por el artículo 350. En los demás casos seguirá el trámite previsto para el recurso de reposición (463), salvo que fuere deducida en el alegato, según la última parte del inciso 4, del presente.

(Concs. Art. 188 CPP Cba.; Art. 173 CPP Mza. -parcial-)

Art. 202 - Modo de subsanarla.

Toda nulidad podrá ser subsanada del modo establecido en este Código, salvo las que deban ser declaradas de oficio.

Las nulidades quedarán subsanadas:

- 1) Cuando el Ministerio Público o las partes no las opongan oportunamente (201).
- 2) Cuando los que tengan derecho a oponerlas hayan aceptado, expresa o tácitamente, los efectos del acto.
- 3) Si no obstante su irregularidad, el acto hubiera conseguido su fin con respecto a todos los interesados.

(Concs. Art. 189 CPP Cba.; Art. 176 CPP Mza; Art. 177 C. Rica -parcial-)

Art. 203 - Efectos.

La nulidad de un acto, cuando fuere declarada, hará nulos todos los actos consecutivos que de él dependan.

Al declararla, el Tribunal interviniente establecerá, además a qué actos anteriores o contemporáneos alcanza la nulidad, por conexión con el acto anulado.

Quando fuere necesario y posible, se ordenará la renovación o rectificación de los actos anulados.

(Concs. Art. 190 CPP Cba.; Art. 177 CPP Mza.; Art. 179 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 204 - Sanciones.

Quando un Tribunal de Alzada declare la nulidad de actos cumplidos por uno inferior o un Fiscal, podrá disponer su apartamiento de la causa e imponerle las medidas disciplinarias que le acuerde la ley, o solicitarlas a la Suprema Corte de Justicia.

(Concs. Art. 191 CPP Cba.)

CAPÍTULO 9. MEDIOS DE PRUEBA

SECCIÓN PRIMERA. REGLAS GENERALES

Art. 205 - Libertad Probatoria.

Todos los hechos y circunstancias relacionados con el objeto del proceso pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba, salvo las excepciones previstas por las leyes.

(Concs. Art. 192 CPP Cba.; Art. 182 CPP C. Rica)

Art. 206 - Valoración.

Las pruebas obtenidas durante el proceso serán valoradas con arreglo a la sana crítica.

(Concs. Art. 193 CPP Cba.; Art. 184 CPP Costa Rica -parcial-)

Art. 207 - Exclusiones Probatorias.

Carecen de toda eficacia probatoria los actos que vulneran garantías constitucionales. La ineficacia se extiende a todas aquellas pruebas que, con arreglo a las circunstancias del caso, no hubieren podido ser obtenidas sin su violación y fueran consecuencia necesaria de ella.

(Concs. Art. 194 CPP Cba.; Art. 181 CPP C. Rica)

SECCIÓN SEGUNDA. INSPECCIÓN Y RECONSTRUCCIÓN

Art. 208 - Inspección Judicial.

Se comprobará mediante la inspección de personas, lugares y cosas, los rastros y otros efectos materiales que el hecho hubiera dejado; se los describirá detalladamente y, cuando fuere posible, se recogerán o conservarán los elementos probatorios útiles.

(Concs. Art. 195 CPP Cba.; Art. 220 CPP Mza.; Art. 185 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 209 - Ausencia de Rastros.

Si el hecho no dejó rastros o no produjo efectos materiales, o si éstos desaparecieron o fueron alterados, se describirá el estado existente y, en lo posible, se verificará el anterior. En caso de desaparición o alteración, se averiguará y hará constar el modo, tiempo y causa de ellas.

(Concs. Art. 196 CPP Cba.; Art. 220 CPP Mza.-parcial-; Art. 186 CPP C.Rica.)

Art. 210 - Facultades Coercitivas.

Para realizar la inspección, se podrá ordenar que durante la diligencia no se ausenten las personas halladas en el lugar, o que comparezca inmediatamente cualquier otra. Los que desobedezcan incurrirán en la responsabilidad de los testigos, sin perjuicio de ser compelidos por la fuerza pública.

(Concs. Art. 197 CPP Cba.; Art. 223 CPP Mza.; Art. 187 CPP C. Rica)

***Art. 211 - Inspección Corporal y Mental.**

Se podrá proceder a la inspección corporal y mental del imputado cuidando que en lo posible se respete su pudor.

Las extracciones de sangre, saliva, piel, cabello u otras muestras biológicas deberán efectuarse según las reglas del saber médico, a los efectos de obtener la huella genética digitalizada, salvo que pudiere temerse daño a la salud de la persona sobre la que debe efectuarse la medida, según la experiencia común y la opinión del experto a cargo de la intervención.

La misma será practicada del modo menos lesivo para la persona y sin afectar su pudor, teniendo especialmente en consideración su género y otras circunstancias particulares. El uso de facultades coercitivas sobre el afectado por la medida en ningún caso podrá exceder el estrictamente necesario para su realización.

Podrá disponerse igual medida respecto de otra persona, con la misma limitación, en los casos de grave y fundada sospecha o de absoluta necesidad.

Si fuere preciso, la inspección podrá practicarse con el auxilio de peritos. Al acto podrá asistir el defensor o una persona de confianza del examinado, quien será advertido previamente de tal derecho. Si el Fiscal lo estima conveniente, y siempre que sea posible alcanzar igual certeza con el resultado de la medida, podrá ordenar la recolección de la muestra biológica para la obtención de la huella genética digitalizada por medios distintos a la inspección corporal, como el secuestro de objetos que contengan células ya desprendidas del cuerpo, para lo cual podrán ordenarse medidas como el registro o allanamiento domiciliario o la requisa personal.

Asimismo, cuando en un delito de acción pública se deba obtener la huella genética digitalizada de la presunta víctima del delito, la medida ordenada se practicará teniendo en cuenta tal condición, a fin de resguardar sus derechos específicos. A tal efecto, si la víctima se opusiera a la realización de las medidas indicadas en el segundo párrafo, el Fiscal procederá del modo indicado en el párrafo precedente.

En ningún caso regirá la facultad de abstención del Artículo 233.

(TEXTO SEGUN LEY 8916, ART. 16)

(Concs. Art. 198 CPP Cba.; Art. 222 CPP Mza.; Art. 188 CPP C. Rica -parcial-)

Art. 212 - Identificación de Cadáveres.

Si la investigación penal preparatoria se realizare por causa de muerte violenta o sospechosa de criminalidad y el extinto fuere desconocido, antes de procederse al entierro del cadáver o después de su exhumación, hecha la descripción correspondiente se lo identificará por medio de testigos y se tomarán sus impresiones digitales.

Cuando por los medios indicados no se obtenga la identificación y el estado del cadáver lo permita, éste será expuesto al público antes de practicarse la autopsia, a fin de que quien tenga datos que puedan contribuir al reconocimiento los comunique.

(Concs. Art. 199 CPP Cba.; Art. 224 CPP Mza. -parcial-; Art. 191 CPP C.Rica)

Art. 213 - Reconstrucción del Hecho.

Podrá ordenarse la reconstrucción del hecho, de acuerdo con las declaraciones recibidas u otros elementos de convicción, para comprobar si se efectuó o pudo efectuarse de un modo determinado.

Nunca se obligará al imputado a intervenir en el acto, el que deberá practicarse con la mayor reserva posible para evitar la presencia de extraños que no deban actuar.

(Concs. Art. 200 CPP Cba.; Art. 225 CPP Mza.; Art. 192 CPP C.Rica)

Art. 214 - Operaciones Técnicas.

Para mayor eficacia de las inspecciones y reconstrucciones, se podrán ordenar todas las operaciones técnicas y científicas convenientes.

(Concs. Art. 201 CPP Cba.; Art. 226 CPP Mza.; Art. 188 in fine CPP C. Rica)

Art. 215 - Juramento.

Los testigos, peritos e intérpretes que intervengan en actos de inspección o reconstrucción, deberán prestar juramento conforme a los artículos 144, 240 y 246.

(Concs. Art. 202 CPP Cba.; Art. 227 CPP Mza.)

SECCIÓN TERCERA. REGISTRO Y REQUISA

Art. 216 - Registro.

Si hubiere motivos suficientes para presumir que en determinado lugar existen cosas pertinentes al delito, o que allí puede efectuarse la detención del imputado o de alguna persona evadida o sospechada de criminalidad, el Tribunal o Fiscal de Instrucción si no fuere necesario allanar el domicilio, ordenarán por decreto fundado, bajo pena de nulidad, el registro de ese lugar.

Podrán también disponer de la fuerza pública y proceder personalmente o delegar la diligencia en funcionarios de la Policía Judicial. En este caso, la orden, bajo pena de nulidad, será escrita, expresando el lugar, día y hora en que la medida deberá efectuarse y el nombre del comisionado, quien actuará conforme al Capítulo 2 del presente Título.

Excepcionalmente, y siempre que hubiera motivos suficientes y razonablemente fundados para presumir el ocultamiento de armas, municiones, explosivos o cosas presuntamente relacionadas con la comisión del delito en un determinado lugar, complejo residencial o habitacional, barrio o zona determinada, el magistrado competente podrá disponer de la fuerza pública para proceder al registro, debiendo ordenar in situ, si correspondiere, el allanamiento de lugares determinados mediante decreto firmado. La diligencia deberá contar, bajo pena de nulidad, con la presencia del funcionario del Ministerio Público competente.

(Concs. Art. 203 CPP Cba.; Art. 228 CPP Mza. -parcial-; Art. 185 CPP Costa Rica-parcial-; cfr. Art. 1 Ley Nº 6796).

*Art. 217 - Allanamiento de la morada.

Cuando el registro debe efectuarse en un lugar habitado o en sus dependencias cerradas, la orden será dictada por decreto fundado de juez competente, a solicitud del fiscal interviniente o del funcionario en quien éste delegue la misma.

El juez deberá expedirse dentro del plazo de una (1) hora de recibida la solicitud. Este plazo podrá prorrogarse fundadamente por hasta dos (2) horas más, bajo apercibimiento de poner en conocimiento a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia, a fin de imponer las medidas disciplinarias correspondientes.

La diligencia solo podrá comenzar desde que sale hasta que se pone el sol, salvo que el interesado o su representante presten su consentimiento. Sin embargo, en los casos sumamente graves y urgentes o cuando se considere que peligre el orden público, el allanamiento podrá efectuarse a cualquier hora. Deberá ser siempre fundada la denegatoria de allanamiento domiciliario. Igual recaudo se requiere para la autoridad solicitante. En caso de urgencia, cuando medie delegación de la diligencia, el preventivo

solicitando la orden al Juez de Garantías y la comunicación de la orden por éste, a quien se le encomiende el allanamiento podrá realizarse por fax o medios electrónicos. El destinatario de la orden comunicará inmediatamente su recepción al juez emisor y corroborará que los datos de la orden, sean correctos. Podrá usarse la firma digital.

La Corte Suprema de Justicia de la Provincia, reglamentará los recaudos que deban adoptarse para asegurar la certidumbre y autenticidad del procedimiento. En supuestos urgentes, tratándose de delitos graves, el Fiscal de Instrucción podrá petitionar la orden de allanamiento telefónicamente al Juez de Garantías. La mencionada comunicación no podrá ser delegada por el fiscal de instrucción a ningún funcionario judicial.

El Juez de Garantías, dictará el decreto autorizando el allanamiento, a través de los medios de comunicación establecidos en el párrafo anterior. El Fiscal de Instrucción deberá acompañar el preventivo dentro de las 48 horas de realizada la medida. En caso de ser necesario por la complejidad del asunto, el Juez de Garantías podrá librar la orden consignando únicamente su parte dispositiva, difiriéndose los fundamentos de la misma. Ésta se efectuará, bajo pena de nulidad, en el plazo máximo de 24 horas a contar del momento de libramiento de la orden, debiendo notificarse por escrito los fundamentos al que habite o posea el lugar donde deba efectuarse la medida. Cuando por existir evidente riesgo para la seguridad de los testigos del procedimiento, fuese necesario que la autoridad preventora ingrese al lugar primeramente, se dejará constancia explicativa de ello en el acta, bajo pena de nulidad. Si en estricto cumplimiento de la orden de allanamiento, se encontraren objetos que evidencien la comisión de un delito distinto al que motivó la orden, se procederá a su secuestro y se le comunicará al juez o fiscal interviniente.

(TEXTO SEGUN LEY 7781, ART. 1)

(Concs. Art. 204 CPP Cba.; Art. 229 CPP Mza. -parcial-; Art. 193 CPP Costa Rica -parcial; cfr. Ley Nº 6637)

*Art. 218 - Registro de otros locales.

La restricción horaria establecida en el artículo anterior, no regirá para las oficinas administrativas, los establecimientos de reunión o de recreo, el local de las asociaciones o cualquier otro lugar cerrado que no esté destinado a habitación particular, pudiendo ser decretada la orden de registro por el Juez de Garantías o el Fiscal de Instrucción. En estos casos deberá darse aviso a las personas a cuyo cargo estuvieren los locales, salvo que ello fuere perjudicial a la investigación. Para la entrada y registro en las Cámaras Legislativas, será necesaria la autorización del Presidente respectivo.

(TEXTO SEGUN LEY 7781, ART. 2)

(Concs. Art. 205 CPP Cba.; Art. 230 CPP Mza.; Art. 194 CPP C.Rica)

*Art. 219 - Allanamiento Sin Orden.

No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, la policía judicial podrá proceder al allanamiento de morada sin previa orden judicial:

- 1) Si por incendio, inundación u otra causa semejante, se hallare amenazada la vida de los habitantes o la propiedad.
- 2) Cuando se denunciare que personas extrañas han sido vistas mientras se introducían en un local, con indicios manifiestos de ir a cometer un delito.
- 3) En caso de que se introduzca en un local algún imputado de delito grave a quien se persiga para su aprehensión.

4) Si voces provenientes de una casa anuncian que allí se está cometiendo un delito, o de ella pidieran socorro.

5) Se tenga sospechas fundadas de que en una casa o local se encuentra la víctima de una privación ilegal de la libertad. El representante del Ministerio Público Fiscal deberá autorizar la diligencia y será necesaria su presencia en el lugar.

(TEXTO SEGUN LEY 7781, ART. 3)

(Concs. art . 206 CPP Cba.; Art. 231 CPP Mza.; Art. 197 CPP C.Rica)

Art. 220 - Formalidades para el Allanamiento.

La orden de allanamiento será notificada al que habite o posea el lugar donde debe efectuarse.

Cuando éste estuviera ausente, se notificará a su encargado o, a falta de éste, a cualquier persona mayor de edad que se hallare en el lugar, prefiriendo a los familiares del primero.

Al notificado se lo invitará a presenciar el registro.

Cuando no se encontrare a nadie, ello se hará constar en el acta.

Practicado el registro, se consignará en el acta su resultado, con expresión de las circunstancias útiles para la investigación.

El acta será firmada por los concurrentes. Si alguien no lo hiciere, se expondrá la razón.

(Concs. Art. 207 CPP Cba.; Art. 232 CPP Mza.; Art. 196 CPP C. Rica)

Art. 221 - Orden de Requisa Personal.

Se ordenará la requisa personal por decreto fundado, bajo pena de nulidad, siempre que haya motivos suficientes para presumir que una persona oculta en su cuerpo cosas relacionadas con un delito. Antes de proceder a la medida, podrá invitársela a exhibir el objeto de que se trate, sin perjuicio de lo dispuesto por el Art. 15 de la ley 6722.

(Concs. Art. 208 CPP Cba.; Art. 234 CPP Mza.; Art. 188 CPP Costa Rica -parcial-).

Art. 222 - Procedimiento de Requisa.

Las requisas se practicarán separadamente, respetando en lo posible el pudor de las personas. Si se hicieren sobre una mujer, serán efectuadas por otra, salvo que esto importe demora perjudicial a la investigación.

La operación se hará constar en acta que firmará el requisado; si no la suscribiere se indicará la causa.

(Concs. Art. 209 CPP Cba.; Art. 234 CPP Mza.-pacial-; Art. 189 CPP C.Rica)

SECCIÓN CUARTA. SECUESTRO

Art. 223 - Orden de Secuestro.

El Tribunal o el Fiscal de Instrucción, si no fuere necesario allanar domicilio, podrán disponer que sean conservadas o recogidas las cosas relacionadas con el delito, las sujetas a confiscación o aquéllas que puedan servir como prueba; para ello, cuando fuere necesario, se ordenará su secuestro.

En casos urgentes, esta medida podrá ser delegada en un funcionario de la Policía Judicial en la forma prescrita para los registros.

(Concs. Art. 210 CPP Cba.; Art. 235 CPP Mza. -parcial-; Art. 198 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 224 - Orden de Presentación. Limitaciones.

En vez de disponer el secuestro se podrá ordenar, cuando fuere oportuno, la presentación de los objetos o documentos a que se refiere el artículo anterior; pero esta orden no podrá dirigirse a las personas que deban abstenerse de declarar como testigos, por razón de parentesco, secreto profesional o de Estado.

(Concs. Art. 211 CPP Cba.; Art. 189 CPP C.Rica -2º parte-)

Art. 225 - Documentos Excluidos.

No podrán secuestrarse, bajo pena de nulidad, las cartas, documentos, grabaciones o elementos soportes de medios electrónicos que se envíen o entreguen a los defensores para el desempeño de su cargo.

(Concs. Art. 212 CPP Cba.; Art. 241 CPP Mza.; Art. 201 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 226 - Custodia o depósito.

Los efectos secuestrados serán inventariados y puestos bajo segura custodia, La disposición del órgano judicial interviniente, o se ordenará su depósito.

Cuando se tratare de automotores u otros bienes de significativo valor, no se entregarán en depósito sino a sus propietarios, salvo que desde su secuestro hayan transcurrido seis meses sin que hubiere mediado reclamo por parte de aquellos.

Los automotores podrán ser solicitados en depósito al órgano judicial interviniente, por el Poder Ejecutivo -a través del funcionario que designe- para ser afectados exclusivamente al cumplimiento de la función de seguridad que compete a la Policía de la Provincia, o por el Procurador General para ser destinados a la tarea de la Policía Judicial.

Se podrá disponer la obtención de copias o reproducciones de las cosas secuestradas cuando éstas puedan desaparecer, alterarse, sean de difícil custodia o convenga así a la investigación penal preparatoria.

Las cosas secuestradas serán aseguradas con el sello del Tribunal o Fiscalía de Instrucción que intervenga y con la Firma del Juez o del Fiscal, según corresponda, y del Secretario, debiéndose firmar los documentos en cada una de sus hojas.

Si fuera necesario remover los sellos, se verificará previamente su identidad e integridad. Concluido el acto, aquéllos serán repuestos, y todo se hará constar.

(Concs. Art. 213 CPP Cba.; Art. 237 CPP Mza. -parcial-)

Art. 227 - Intercepción de Correspondencia.

Siempre que lo considere útil para la averiguación de la verdad, el Tribunal podrá ordenar por decreto fundado, bajo pena de nulidad, la interceptación o el secuestro de la correspondencia postal, telegráfica, electrónica o de todo efecto remitido por el imputado o destinado al mismo, aunque sea bajo nombre supuesto.

(Conc. Art. 214 CPP Cba.; Art. 238 CPP Mza. -parcial-)

Art. 228 - Apertura y Examen de Correspondencia. Secuestro.

Recibida la correspondencia o los efectos interceptados, el Tribunal procederá a su apertura, haciéndolo constar en acta.

Examinará los objetos y leerá por sí el contenido de la correspondencia. Si tuvieren relación con el proceso ordenará el secuestro; en caso contrario, mantendrá en reserva su contenido y dispondrá la entrega al destinatario, a sus representantes o parientes próximos, bajo constancia.

(Concs. Art. 215 CPP Cba.; Art. 239 CPP Mza. -parcial-)

Art. 229 - Intervención de Comunicaciones.

El Tribunal podrá ordenar por decreto fundado, bajo pena de nulidad, la intervención de las comunicaciones del imputado, cualquiera sea el medio técnico utilizado, para impedir las o conocerlas.

(Concs. Art. 216 CPP Cba.; Art. 240 CPP Mza.)

*Art. 229 bis

- Cuando se presuma la existencia de una Asociación Ilícita, en cualquier instancia y bajo cualquier régimen procesal, Leyes 1.908 y 6.730, el Juez de Garantías, previa evaluación del o los elementos indiciarios que justifiquen el pedido de intervención de las comunicaciones de los sospechosos, decretará fundada e inmediatamente la medida, disponiendo el tiempo de los mismos.

(TEXTO INCORPORADO SEGUN LEY 7697, ART. 1)

*Art. 229 ter –

La intervención de las comunicaciones a las que se alude en los artículos precedentes, podrán extenderse hasta un plazo máximo de sesenta días, pudiendo ser prorrogado por igual término, si las circunstancias del caso lo requieren. No podrá concederse autorización para realizarla de manera indeterminada. Quedan prohibidas dentro de los procesos penales las intervenciones de las comunicaciones llevadas a cabo entre los imputados y sus abogados defensores. Vencidos los plazos establecidos el Juez dará vista al Ministerio Público para que determine la iniciación de la causa o su archivo. Si se ordenara el archivo, el Juez y Tribunal interviniente exclusiva y excluyentemente, será el ejecutor de la destrucción o borrado de los soportes de las grabaciones." (TEXTO INCORPORADO SEGUN LEY 7697, ART. 2)

*Art. 229 quater –

De la orden que dispone la intervención de la comunicación, el Juez de Garantía, remitirá copia en sobre cerrado a la Excm. Suprema Corte de Justicia de la Provincia, la que llevará de manera reservada el control formal de las intervenciones realizadas en cada proceso.

(TEXTO INCORPORADO SEGUN LEY 7697, ART. 3)

Art. 230 - Devolución.

Los objetos secuestrados que no estén sometidos a confiscación, restitución o embargo, serán devueltos, tan pronto como no sean necesarios, a la persona de cuyo poder se sacaron.

Esta devolución podrá ordenarse provisionalmente, en calidad de depósito,

e imponerse al poseedor la obligación de exhibirlos. Los efectos sustraídos serán devueltos, en las mismas condiciones y según corresponda, al damnificado o al poseedor de buena fe de cuyo poder hubieran sido secuestrados.

(Concs. Art. 217 CPP Cba.; Art. 242 CPP Mza. -parcial- ; Art. 200 CPP C.Rica -parcial-)

SECCIÓN QUINTA. TESTIGOS

Art. 231 - Deber de Indagar.

Se interrogará a toda persona que conozca los hechos investigados, cuando su declaración pueda ser útil para descubrir la verdad.

(Concs. Art. 218 CPP Cba.; Art. 243 CPP Mza.; Art. 204 CPP C. Rica)

Art. 232 - Obligación de Testificar.

Toda persona tendrá la obligación de concurrir al llamamiento judicial y declarar la verdad de cuanto supiere y le fuere preguntado, salvo las excepciones establecidas por la ley.

Sin perjuicio de ello, y a solicitud del testigo, el magistrado interviniente deberá disponer la custodia de su persona y/o familiares y/o bienes del mismo, cuando existiere temor fundado de daño en ellos.

Igualmente y a solicitud del interesado el magistrado interviniente deberá resguardar la identidad y demás datos del testigo. Tal situación regirá hasta tanto no lo requiera la defensa a los efectos del ejercicio de las garantías constitucionales pertinentes.

(Concs. Art. 219 CPP Cba. -parcial-; Art. 244 CPP Mza.-parcial-; Art. 204 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 233 - Facultad de Abstención.

Podrán abstenerse de testificar en contra del imputado su cónyuge, ascendiente, descendiente o hermano, sus parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, su tutor o pupilo, o persona con quien convive en aparente matrimonio.

(Concs. Art. 220 CPP Cba.; Art. 246 CPP Mza. -parcial-; Art. 205 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 234 - Deber de Abstención.

Deberán de abstenerse de declarar sobre los hechos secretos que hubieran llegado a su conocimiento en razón del propio estado, oficio o profesión, bajo pena de nulidad: los Ministros de un culto admitido; los abogados, procuradores y escribanos; los médicos, farmacéuticos, parteras y demás auxiliares del arte de curar; los militares y funcionarios públicos sobre secretos de Estado.

Sin embargo, estas personas no podrán negar el testimonio cuando sean liberadas por el interesado del deber de guardar secreto, con excepción de las mencionadas en primer término.

Si el testigo invocare erróneamente ese deber con respecto a un hecho que no puede estar comprendido en él, se procederá sin más a interrogarlo.

(Concs. Art. 221 CPP Cba.; Art. 247 CPP Mza. -parcial-; Art. 206 CPP C. Rica -parcial-)

Art. 235 - Comparecencia.

Para el examen de testigos, se librará orden de citación con arreglo al artículo 188, excepto los casos previstos por los artículos 241 y 242.

En los casos de urgencia sin embargo, podrán ser citados verbalmente.

El testigo podrá también presentarse espontáneamente, lo que se hará constar.

(Concs. Art. 222 CPP Cba.; Art. 248 CPP Mza. -parcial-; Art. 207 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 236 - Residentes Fuera de la Ciudad.

Cuando el testigo no resida en la ciudad donde el órgano judicial interviniente actúa ni en sus proximidades, o sean difíciles los medios de transporte, se someterá la declaración, por oficio a la autoridad de su residencia, salvo que se considere necesario hacerlo comparecer, en razón de la gravedad

del hecho investigado y la importancia del testimonio; en este caso se fijará prudencialmente la indemnización que corresponda.

De igual manera se procederá cuando el testigo resida en otra jurisdicción.

(Concs. Art. 223 CPP Cba.; Art. 249 CPP Mza. -parcial-; Art. 207 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 237 - Ignorancia del idioma y discapacidades.

Si el testigo no supiere darse a entender por ignorar el castellano o ser sordomudo, o si fuere ciego, se procederá de la siguiente manera; para la ignorancia del idioma regirán los artículos 260 y concordantes de este Código. Para hacer jurar y examinar a un sordo le presentarán por escrito la fórmula del juramento, las preguntas y las observaciones, para que jure y responda oralmente; si se tratare de un mudo se harán oralmente las preguntas y responderá por escrito; si de un sordomudo, las preguntas y respuestas serán escritas. Si dichas personas no supieran darse a entender por escrito, se nombrará intérprete. Si se tratase de un ciego que deba suscribir algún documento, podrá pedir que antes de ello, le dé lectura una persona de su confianza, lo cual se hará saber bajo pena de nulidad.

(Concs. Art. 112 CPP y 141 CCP. Mza.-parcial-)

Art. 238 - Compulsión.

Si el testigo no se presentare a la primera citación, se procederá conforme al artículo 188, sin perjuicio de su enjuiciamiento cuando corresponda.

Si después de comparecer se negare a declarar, se dispondrá su arresto hasta por dos días, al término de los cuales, cuando persista en la negativa, se iniciará contra él causa criminal.

(Concs. Art. 225 CPP Cba.; Art. 250 CPP Mza. -parcial-; Art. 208 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 239 - Arresto Inmediato.

Podrá ordenarse el inmediato arresto a un testigo cuando carezca de domicilio o haya temor fundado de que se oculte o fugue. Esta medida durará el tiempo indispensable para recibir la declaración, el que nunca excederá de 24 horas.

(Concs. Art. 226 CPP Cba.; Art. 210 CPP C.Rica)

Art. 240 - Forma de Declaración.

Antes de comenzar la declaración, los testigos serán instruidos acerca de la pena de falso testimonio y prestarán juramento, bajo pena de nulidad, con excepción de los menores de 16 años y de los condenados como partícipes del delito que se investiga o de otro conexo.

Inmediatamente, se interrogará separadamente a cada testigo, requiriendo su nombre, apellido, estado, edad, profesión, domicilio, vínculo de parentesco y de interés por las partes, y cualquier otra circunstancia que sirva para apreciar su veracidad.

Si el testigo pudiera abstenerse de declarar, se le deberá advertir, bajo pena de nulidad, que goza de dicha facultad, lo que se hará constar.

A continuación se le interrogará sobre el hecho, si corresponde, de acuerdo con el Artículo 145.

Para cada declaración se labrará acta con arreglo a los artículos 147 y 148.

A solicitud del testigo el Magistrado interviniente deberá disponer la custodia de su persona y/o familiares y/o bienes del mismo, cuando existiere temor fundado de sufrir un daño en ellos.

(Concs. Art. 227 CPP Cba.; Art. 252 CPP Mza. -parcial-; Art. 211 CPP C.Rica -parcial-)

*Art. 240 bis -

Implementase el Sistema de Cámara Gesell en el ámbito de la Provincia de Mendoza. En caso de tratarse de víctimas de los delitos tipificados en el Código Penal, Libro Segundo, Título III, Capítulo II, III, IV y V, y los comprendidos en el Artículo 53 de la Ley 6.354, Libro Segundo, Título Primero, Capítulo Segundo o las que en el futuro la modifiquen, que a la fecha en que se requiera su comparecencia no hayan cumplido los dieciocho (18) años de edad, debe seguirse el siguiente procedimiento:

a) Los menores aludidos sólo serán entrevistados por un psicólogo o una psicóloga especialista en niños, niñas y adolescentes, y/o un psiquiatra infanto juvenil u otro profesional de disciplinas afines que cuente con la capacitación correspondiente. Los mismos serán designados por el Tribunal que ordene la medida, no pudiendo, en ningún caso ser interrogados en forma directa por dicho Tribunal o las partes.

b) El mismo tendrá lugar en un gabinete acondicionado con los implementos adecuados a la edad y a la etapa evolutiva del menor.

c) El profesional actuante, en el plazo que el Tribunal disponga, elevará un informe detallado de las conclusiones a las que arribe.

d) A pedido de parte o si el Tribunal lo dispone de oficio, las alternativas del acto pueden ser seguidas desde el exterior del recinto a través de vidrio espejado, micrófono, equipo de video o cualquier otro medio técnico, con que se cuente. En ese caso, previo a la iniciación del acto, el Tribunal hará saber al profesional a cargo de la entrevista las inquietudes propuestas por las partes, así como las que surjan durante el transcurso del acto, las que serán canalizadas teniendo en cuenta las características del hecho y el estado emocional del menor.

e) En caso de actos de reconocimiento de lugares y/o cosas, el menor será acompañado por el profesional que designe el Tribunal, no pudiendo en ningún caso estar presente el imputado.

(TEXTO MODIFICADO POR LEY 8925, ART. 1)

(HIS.: TEXTO INCORPORADO POR LEY 8652, ART. 1)

*Art. 240 ter

Cuando se trate de testigos, que a la fecha de ser requerida su comparecencia tengan menos de dieciocho (18) años, el Tribunal previa a la recepción del testimonio, podrá requerir informe del especialista a cargo del procedimiento, acerca de la existencia de riesgo para la salud psicofísica del menor ante la necesidad de que éste deba comparecer ante los estrados. En caso afirmativo, se procederá de acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 240 bis del presente Código. (TEXTO INCORPORADO POR LEY 8652, ART. 3)

*Art. 240 quater

Sin perjuicio de lo establecido en los artículos anteriores será de aplicación lo prescripto por la Ley 6.354 -protección integral de niños, adolescentes, derechos y garantías, régimen jurídico de menores- y/o las que en el futuro la modifiquen.

El menor, en todos los casos, será asistido por el Ministerio Público Fiscal Pupilar de Familia.

(TEXTO INCORPORADO POR LEY 8652, ART. 5)

Art. 241 - Tratamiento Especial.

No estarán obligados a comparecer: el Presidente y Vicepresidente de la Nación; los Gobernadores y Vicegobernadores de las Provincias; los Ministros y Legisladores al igual que los Magistrados del Poder Judicial - nacionales y provinciales-; miembros de los Tribunales Militares; los Ministros Diplomáticos y Cónsules Generales; Oficiales Superiores de las Fuerzas Armadas en actividad; los altos dignatarios de las Iglesias legalmente reconocidas por la República Argentina, el Presidente del Tribunal de Cuentas, el Fiscal de Estado, el Asesor de Gobierno y los Directores de la Inspección General de Seguridad.-

Según la importancia que se atribuya al testimonio, estas personas declararán en su residencia oficial o informe por escrito, en el cual expresarán que atestiguan bajo juramento. En el primer caso, no podrán ser interrogados directamente por las partes ni sus defensores.-

Sin embargo, los testigos nombrados podrán renunciar al tratamiento especial.-

(Concs. Art. 228 CPP Cba. -parcial-; Art. 254 -parcial- CPP Mza.; Art. 206 CPP Costa rica -parcial-; Art. 2º Ley 6796)

Art. 242 - Examen en el Domicilio.

Las personas que no puedan concurrir al Tribunal o Fiscalía de Instrucción por estar físicamente impedidas, serán examinadas en su domicilio.

(Concs. Art. 229 CPP Cba.; Art. 255 CPP Mza. -parcial-)

Art. 243 - Falso Testimonio.

Si un testigo incurriere presumiblemente en falso testimonio, se ordenará las copias pertinentes y se las remitirá al Ministerio Público, sin perjuicio de disponerse la detención.

(Concs. Art. 230 CPP Cba.; Art. 256 CPP Mza.)

SECCIÓN SEXTA. PERITOS

Art. 244 - Pericias.

Se podrá ordenar una pericia, aún de oficio, cuando para descubrir o valorar un elemento de prueba fuere necesario o conveniente poseer conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o técnica.

(Concs. Art. 231 CPP Cba.; Art. 257 CPP Mza. -parcial-)

Art. 245 - Calidad Habilitante.

Los peritos deberán tener título habilitante en la materia a que pertenezca el punto sobre el que han de expedirse, siempre que la profesión, arte o técnica estén reglamentados. En caso contrario, o cuando no existan peritos diplomados, deberán designarse a personas de conocimiento o práctica reconocidos.

(Concs. Art. 232 CPP Cba.)

Art. 246 - Obligatoriedad del Cargo.

El designado como perito tendrá el deber de aceptar y desempeñar fielmente el cargo, salvo que tuviere un grave impedimento. En este caso, deberá ponerlo en conocimiento del órgano judicial correspondiente al ser notificado de la designación.

(Concs. Art. 233 CPP Cba.; Art. 261 CPP Mza. -parcial-)

Art. 247 - Incapacidad e Incompatibilidad.

No podrán ser peritos: los menores de edad, los insanos, los que deban o puedan abstenerse de declarar como testigos o hayan sido llamados como tales, los condenados y los inhabilitados durante el tiempo de la condena o inhabilitación.

(Concs. Art.262 Mza.; 234 CPP Cba. -parcial-)

Art. 248 - Excusación y Recusación.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, son causas legales de excusación y recusación de los peritos, las establecidas para los jueces.

El incidente será resuelto por el Tribunal o el Fiscal de Instrucción según corresponda, oído el interesado y previa averiguación sumaria, sin recurso alguno.

(Concs. Art. 235 CPP Cba.; Art. 263 CPP Mza.)

Art. 249 - Nombramiento y Notificación.

Se designará un perito, salvo que se estimare indispensable que sean más. La resolución se notificará al Ministerio Público, cuando corresponda, y a los defensores antes de que se inicien las operaciones, bajo pena de nulidad, a menos que haya suma urgencia o que la indagación sea extremadamente simple. En estos casos, bajo la misma sanción, se les notificará que se realizó la pericia pudiendo las partes, a su costa, y el Ministerio Público, requerir su reproducción cuando fuere posible.

(Concs. Art. 236 CPP Cba.; Art. 259 CPP Mza. -parcial-)

Art. 250 - Peritos de Control.

En el término que se fije al ordenar las notificaciones previstas en el artículo anterior, cada parte podrá proponer a su costa otro perito legalmente habilitado (245 - 247); pero si las partes que ejercieren esta facultad fueren varias, no podrán proponer en total más de dos peritos, salvo que exista conflicto de intereses. En este caso, cada grupo de partes con intereses comunes, podrá proponer hasta dos peritos. Cuando ellas no se pongan de acuerdo, se designará entre los propuestos.

No regirán para los peritos de control los artículos 246 y 248.

(Concs. Art. 237 CPP Cba.)

Art. 251 - Directivas.

El órgano que ordene su realización, formulará las cuestiones a dilucidar, fijará el plazo en que ha de expedirse y, si lo juzgare conveniente, dirigirá personalmente la pericia, asistiendo a las operaciones. Podrá igualmente indicar donde deberá efectuarse aquélla y autorizar al perito para examinar las actuaciones o asistir a determinados actos procesales.

(Concs. Art. 238 CPP Cba.; Art. 264 CPP Mza. -parcial-)

Art. 252 - Conservación de Objetos.

El órgano judicial y los peritos procurarán que las cosas a examinar sean en lo posible conservadas, de modo que la pericia pueda repetirse. Si fuera necesario destruir o alterar los objetos analizados o hubiere discrepancias sobre el modo de conducir las operaciones, los peritos deberán informar antes de proceder. (Concs. Art. 239 CPP Cba.; Art. 265 CPP Mza. -parcial-)

Art. 253 - Ejecución.

Siempre que sea posible y conveniente, los peritos practicarán en conjunto el examen; deliberarán en sesión secreta, a la que sólo podrá asistir quien la hubiere ordenado; y, si estuvieren de acuerdo, redactarán el dictamen en común; en caso contrario, lo harán por separado.

Los peritos de control no estarán obligados a dictaminar. (Concs. Art. 240 CPP Cba.; Art. 266 CPP Mza. -parcial)

Art. 254 - Peritos Nuevos.

Si los informes fueren dubitativos, insuficientes o contradictorios, se podrá nombrar uno o más peritos nuevos, según la importancia del caso, para que los examinen y valoren o, si fuere factible y necesario, realicen otra vez la pericia.

De igual modo podrán actuar los peritos propuestos por las partes, cuando hubieren sido nombrados después de efectuada la pericia.

(Concs. Art. 241 CPP Cba.; Art. 266 CPP Mza. in fine -parcial-)

Art. 255 - Dictamen.

El dictamen pericial podrá expedirse por escrito o hacerse constar en acta, y comprenderá, en cuanto fuere posible:

- 1) La descripción de la persona, cosa o hecho examinado, tal como hubieren sido hallados.
- 2) Una relación detallada de las operaciones que se practicaron y de su resultado.
- 3) Las conclusiones que formulen los peritos, conforme a los principios de su ciencia, arte o técnica y sus respectivos fundamentos, bajo pena de nulidad.
- 4) La fecha en que la operación se practicó.

(Concs. Art. 242 CPP Cba.; Art. 267 CPP Mza.)

Art. 256 - Necropsia Necesaria.

En caso de muerte violenta o sospechosa de criminalidad se ordenará la necropsia salvo que por la inspección exterior resultare evidente la causa que la produjo.

(Concs. Art. 243 CPP Cba.; Art. 269 CPP Mza.)

Art. 257 - Cotejo de Documentos.

Cuando se trate de examinar o cotejar algún documento, se ordenará la presentación de escrituras de comparación, pudiendo usarse escritos privados si no hubiere dudas sobre su autenticidad. Para la obtención de ellos podrá disponerse el secuestro, salvo que su tenedor sea una persona que deba o pueda abstenerse de declarar como testigo.

También podrá disponerse que alguna de las partes forme cuerpo de escritura. De la negativa se dejará constancia, pero si se tratare del imputado aquella no importará una presunción de culpabilidad.

(Concs. Art. 244 CPP Cba.; Art. 270 CPP Mza. -parcial-)

Art. 258 - Reserva y Sanciones.

El perito deberá guardar reserva de todo cuanto conociere con motivo de su actuación.

El órgano que la hubiere dispuesto podrá corregir con medidas disciplinarias la negligencia, inconducta o mal desempeño de los peritos, y aún sustituirlos, sin perjuicio de las otras sanciones que puedan corresponder.

(Concs. Art. 245 CPP Cba.; Art. 271 CPP Mza. -parcial-)

Art. 259 - Honorarios.

Los peritos nombrados de oficio o a pedido del Ministerio Público tendrán derecho a cobrar honorarios, a menos que tengan sueldo por cargos oficiales desempeñados en virtud de conocimientos específicos en la ciencia, arte o técnica que la pericia requiera.

El perito nombrado a petición de parte podrá cobrarlos siempre, directamente de ésta o del condenado en costas.

(Concs. Art. 246 CPP Cba.; Art. 272 CPP Mza. -parcial-)

SECCIÓN SÉPTIMA. INTÉRPRETES

Art. 260 - Designación.

Se nombrará un intérprete cuando fuere necesario traducir documentos redactados o declaraciones a producirse en idiomas distintos del nacional.

Durante la investigación penal preparatoria el deponente podrá escribir su declaración, la que se agregará al expediente junto con la traducción.

(Concs. Art. 247 CPP Cba.; Art. 273 CPP Mza. -parcial-)

Art. 261 - Normas Aplicables.

En cuanto a la capacidad para ser intérprete, obligatoriedad del cargo, incompatibilidad, excusación, recusación, facultades y deberes, término, reserva y sanciones disciplinarias, regirán las disposiciones sobre los peritos.

(Concs. Art. 248 CPP Cba.; Art. 274 CPP Mza.)

SECCIÓN OCTAVA. RECONOCIMIENTOS

Art. 262 - Casos.

Podrá ordenarse que se practique el reconocimiento de una persona, para identificarla o establecer que quien la menciona o alude, efectivamente la conoce o la ha visto.

(Concs. Art. 249 CPP Cba.; Art. 275 CPP Mza., Art. 227 CPP C.Rica. -parcial-)

Art. 263 - Interrogatorio Previo.

Antes del reconocimiento, quien haya de practicarlos será interrogado para describa a la persona de que se trata, y para que diga si la conoce o si con anterioridad la ha visto personalmente o en imagen.

El declarante prestará juramento a excepción del imputado.

(Concs. Art. 250 CPP Cba.; Art. 276 CPP Mza., Art. 228 CCP.C. Rica. -parcial)

Art. 264 - Forma.

Después del interrogatorio se pondrá a la vista del que haya de verificar el reconocimiento, junto con otras personas de condiciones exteriores semejantes, a la que deba ser reconocida, quien elegirá colocación en la rueda.

En presencia de ellas o desde un punto en que no pueda ser visto, según se lo estime oportuno, el deponente manifestará si allí se encuentra la persona a que haya hecho referencia, invitándosele a que en caso afirmativo la designe clara y precisamente.

La diligencia se hará constar en acta, donde se consignarán todas las circunstancias útiles, incluso el nombre y domicilio de los que hubieren formado la rueda.

(Concs. Art. 251 CPP Cba.; Art. 277 CPP Mza. -parcial-, Art. 228 CPP C. Rica. -parcial-)

Art. 265 - Pluralidad de reconocimientos

Cuando varias personas deban reconocer a una, cada reconocimiento se practicará separadamente sin que aquellas se comuniquen entre si, pero podrá labrarse una sola acta. Cuando sean varias las personas a las que una deba identificar, el reconocimiento de todas podrá efectuarse en un solo acto, siempre que no perjudique la investigación o la defensa.

(Concs. Art. 252 CPP Cba.; Art. 278 CPP Mza. -parcial-; Art. 229 CPP C.Rica)

Art. 266 - Reconocimiento por Fotografía.

Sólo podrá reconocerse fotográficamente a una persona, bajo pena de nulidad, en los siguientes casos:

- 1) Cuando quien deba ser reconocido no estuviere presente y no pudiese ser habido, o cuando no fuere posible el reconocimiento de persona por haberse alterado sus rasgos fisonómicos.
- 2) Cuando el reconociente no tuviere la obligación legal de concurrir (Ley 22.172 artículo 10), o cuando no pudiese hacerlo por razones de fuerza mayor, debidamente comprobadas.

En estos casos y bajo idéntica sanción, se procederá a exhibir la fotografía de la persona a reconocer, junto con otras semejantes de distintas personas de similares características fisonómicas.

(Concs. Art. 253 CPP Cba.; Art. 279 CPP Mza. -parcial-; Art. 230 CPP C.Rica)

Art. 267 - Reconocimiento de Cosas.

Antes del reconocimiento de una cosa, se invitará a la persona que deba verificarlo, a que la describa. En lo demás y en cuanto sea posible, regirán las reglas que anteceden.

(Concs. Art. 254 CPP Cba.; Art. 280 CPP Mza.; Art. 231 CCP. C.Rica)

SECCIÓN NOVENA. CAREOS

Art. 268 - Procedencia.

Podrá ordenarse el careo de personas que sus declaraciones hubieran discrepado sobre hechos o circunstancias importantes; pero el imputado no será obligado a carearse.

Al careo del imputado deberá asistir su defensor, bajo sanción de nulidad.

(Concs. Art. 255 CPP Cba.; Art. 281 CPP Mza. -parcial-; Art. 233 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 269 - Jramento.

Los que hubieren de ser careados prestarán juramento antes del acto, bajo pena de nulidad, a excepción del imputado.

(Concs. Art. 256 CPP Cba.; Art. 282 CPP Mza. -parcial-)

Art. 270 - Forma.

El careo podrá verificarse entre dos o más personas. Para efectuarlo se leerán, en lo pertinente, las declaraciones que se reputen contradictorias. Se llamará la atención a los careados sobre las discrepancias a fin de que se reconvengan o traten de ponerse de acuerdo. De la ratificación o rectificación que resulte se dejará constancia, así como de las reconvenciones que se hagan los careados y de cuanto en el acto ocurra; pero no se hará referencia a las impresiones del Tribunal o del Fiscal de Instrucción acerca de la actitud de los careados.

(Concs. Art. 257 CPP Cba.; Art. 283 CPP Mza. -parcial-)

CAPÍTULO 10. IMPUTACIÓN Y DECLARACIÓN

Art. 271 – Imputación

- Obligaciones para con el imputado.

Cuando hubiere motivo bastante para sospechar que una persona ha participado en la comisión de un hecho punible, el Fiscal de Instrucción procederá a efectuarle formalmente la imputación del hecho que se le atribuye. Si estuviere detenida, a más tardar, en el término de 24 horas desde que fue puesta a su disposición, deberá procederse en tal sentido.

Este plazo podrá prorrogarse por otro tanto cuando el Fiscal de Instrucción no hubiere podido efectuar la imputación o cuando lo pidiere el imputado para elegir defensor.

Si en el proceso hubiere varios imputados detenidos, dicho término se computará con respecto a la primera imputación, y las otras se realizarán sucesivamente y sin tardanza.

A continuación, se informará detalladamente al imputado cuál es el hecho que se le atribuye, cuáles son las pruebas existentes en su contra, que puede declarar si fuese su voluntad, y que puede requerir la presencia de un defensor a los fines del mejor ejercicio de sus derechos. Se labrará acta que suscribirán los presentes dejándose constancia si el imputado y/o su defensor se rehusaren a suscribirla, consignándose el motivo.

En el mismo acto y bajo pena de nulidad el imputado deberá ser informado de lo dispuesto por los artículos 26, 30, 359, 364 y 418.

Deberá permitirse la consulta reservada del imputado con su defensor cuando cualquiera de ellos lo requieran y en cualquier momento del acto.

(Concs. Art. 261 CPP Cba. -parcial-; Art. 294 CPP Mza. -parcial-)

***Art. 272 - Interrogatorio de Identificación.**

Después de proceder conforme al artículo 317, se invitará al imputado a dar su nombre, apellido, sobrenombre o apodo - si lo tuviere -, edad, estado, profesión, nacionalidad, lugar de nacimiento, domicilio, principales lugares de residencia anterior, y condiciones de vida; si tiene antecedentes penales - y en su caso -, por qué causa, por qué Tribunal, qué sentencia recayó y si ella fue cumplida; nombre, estado y profesión de los padres.

*Acto seguido el Fiscal ordenará la extracción de muestras biológicas necesarias que permitan obtener la huella genética digitalizada de la persona imputada para su incorporación al Registro Provincial de Huellas Genéticas Digitalizadas.

(SEGUNDO PARRAFO INCORPORADO POR LEY 8916, ART. 17)

(Concs. Art. 260 CPP Cba.; Art. 297 CPP Mza. -parcial-)

"Cuando se tratare de la aplicación del régimen penal de las personas jurídicas privadas, se invitará al representante legal de la misma o a quien tenga poder especial para el caso otorgado con las formalidades que corresponden al tipo de entidad de que se trate a constituir domicilio procesal e informar su denominación o razón social, cumpliéndose con los requisitos contemplados en el artículo 151° del Código Civil y Comercial de la Nación, como así también, a indicar su domicilio legal y sede social, domicilios sociales y sedes principales de sus negocios anteriores -si los hubo-, si existen antecedentes penales, y en su caso, causa de los mismos, Tribunal interviniente, sentencia recaída y si ella fue cumplida. A los fines de la representación, deberán tenerse en cuenta las previsiones del artículo 13° y cc de la Ley N° 27.401".
(Segundo párrafo incorporado por Ley 9237)

Art. 273 - Libertad de Declarar.

El imputado podrá declarar o no. En ningún caso se le requerirá juramento o promesa de decir verdad, ni se ejercerá contra él coacción o amenaza, ni se usará medio alguno para obligarlo, inducirlo o determinarlo a declarar contra su voluntad, ni se le harán cargos o reconvenciones tendientes a obtener su confesión.

La inobservancia de este precepto hará nulo el acto, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria o penal que corresponda.

(Concs. Art. 259 CPP Cba.; Art. 296 CPP Mza. -parcial-)

Art. 274 - Declaración Sobre el Hecho.

Cuando el imputado manifieste que quiere declarar, se lo invitará a expresar cuanto tenga por conveniente en descargo o aclaración de los hechos, y a indicar las pruebas que estime oportunas. Su declaración se hará constar con sus propias palabras.

Después de esto, se dirigirá al indagado las preguntas que se estime conveniente. El Ministerio Público y el defensor podrán ejercer las facultades que acuerda el artículo 323.

El declarante podrá dictar las respuestas.

Si por la duración del acto se notaren signos de fatiga o falta de serenidad en el imputado, la declaración será suspendida hasta que ellos desaparezcan. (Concs. Art. 262 CPP Cba.; Art. 299 CPP Mza. -parcial-)

Art. 275 - Forma de Interrogatorio.

Las preguntas serán claras y precisas; nunca capciosas ni sugestivas. Las respuestas no serán instadas perentoriamente.

(Concs. Art. 263 CPP Cba.; Art. 300 CPP Mza. -parcial-)

Art. 276 - Acta.

Concluida la declaración prestada durante la investigación penal preparatoria, el acta será leída en alta voz por el Secretario, bajo pena de nulidad, y de ello se hará mención, sin perjuicio de que también la lea

el imputado o su defensor. Cuando el declarante quiera añadir o enmendar algo, sus manifestaciones serán consignadas sin alterar lo escrito.

El acta será suscripta por todos los presentes.

Si alguien no pudiere o no quisiere hacerlo, esto se hará constar y no afectará la validez de aquélla.

Para los supuestos de ignorancia del idioma y/o discapacidades se procederá conforme al artículo 237 y concordantes.

(Concs. Art. 264 CPP Cba.; Art. 301 CPP Mza. -parcial-)

Art. 277 - Declaraciones Separadas.

Cuando hubiere varios imputados, sus declaraciones se recibirán separadamente, y se evitará que ellos se comuniquen antes de la recepción de todas.

(Concs. Art. 265 CPP Cba.; Art. 303 CPP Mza.)

Art. 278 - Ampliación de la Declaración.

El imputado podrá declarar cuantas veces quiera, siempre que su declaración sea pertinente y no aparezca sólo como un procedimiento dilatorio o perturbador.

(Concs. Art. 266 CPP Cba.; Art. 304 CPP Mza.)

Art. 279 - Evacuación de Citas.

Se deberán investigar todos los hechos y circunstancias pertinentes y útiles a que se hubiere referido el imputado.

(Concs. Art. 267 CPP Cba.; Art. 305 CPP Mza.)

TÍTULO VII. COERCIÓN PERSONAL

CAPÍTULO 1. REGLAS GENERALES

Art. 280 - Situación de Libertad.

Con las limitaciones dispuestas por este Código, toda persona a quien se le atribuya la participación en un delito permanecerá en libertad durante el proceso. A tal fin deberá:

- 1) Prestar caución, salvo los casos de suma pobreza o que se considere innecesaria.
- 2) Fijar y mantener un domicilio.
- 3) Permanecer a disposición del órgano judicial y concurrir a todas las citaciones que se le formulen.
- 4) Abstenerse de realizar cualquier acto que pueda obstaculizar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la Ley.

Asimismo, podrá imponérsele la obligación de no ausentarse de la ciudad o población en que reside, no concurrir a determinados sitios, presentarse a la autoridad los días que fije, o de someterse al cuidado o vigilancia de la persona o institución que se designe, quien informará periódicamente a la autoridad judicial competente.

(Concs. Art. 268 CPP Cba.)

Art. 281 - Restricción de la Libertad.

La restricción a la libertad sólo se impondrá en los límites absolutamente indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley. El imputado tendrá siempre derecho a requerir que el Juez examine su situación al amparo de esta regla, aún en los casos previstos por los incisos 1) y 2) artículo 293.

Las medidas de coerción personal se ejecutarán del modo que perjudiquen lo menos posible a la persona o reputación de los afectados.

(Concs. Art. 269 CPP Cba.; Art. 285 CPP Mza.-parcial-)

Art. 282 - Mantenimiento de Libertad.

Toda persona que se creyere imputada en una investigación, podrá presentarse, personalmente o por intermedio de un tercero, ante la autoridad judicial competente a fin de solicitar el mantenimiento de su libertad. En esa oportunidad podrá asimismo prestar declaración.

Se procederá con arreglo a lo dispuesto por el artículo 280, salvo que corresponda la aplicación del artículo 284. Regirá el artículo 290 in fine.

Si la petición fuese denegada por el Fiscal de Instrucción, se podrá ocurrir ante el Juez (350). La resolución de éste será apelable.

(Concs. Art. 270 CPP Cba.; Art. 284 CPP Mza.)

CAPÍTULO 2. MEDIDAS DE COERCIÓN

Art. 283 - Citación.

La comparecencia del imputado se dispondrá por simple citación, salvo los casos previstos en el artículo siguiente.

Si el citado no se presentare en el término que se fije y no justificare un impedimento legítimo, se ordenará su detención.

(Concs. Art. 271 CPP Cba.; Art. 287 CPP Mza -parcial-)

***Art. 284 - Detención.**

Cuando hubiere motivo bastante para sospechar que una persona ha participado de la comisión de un hecho punible, el Fiscal ordenará su detención por decreto fundado, siempre que concurra alguna de las hipótesis previstas en el artículo 293. La orden será escrita, contendrá los datos personales del imputado u otros que sirvan para identificarlo y la indicación del hecho que se le atribuye. Deberá ser notificada en el momento de ejecutarse o inmediatamente después.

(Concs. Art. 272 CPP Cba.; Art. 288 CPP Mza.; Art. 237 CPP C.Rica - parcial-)

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 51)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8896, ART. 11)

***Art. 285 - Incomunicación.**

Sólo el Juez podrá decretar la incomunicación del detenido, cuando existan motivos - que se harán constar - para temer que entorpecerá la investigación. La incomunicación no podrá durar más de dos (2) días. Se permitirá al incomunicado el uso de libros u otros objetos, siempre que no puedan servir para eludir la incomunicación o atentar contra su vida o la ajena. Asimismo, se le autorizará a realizar actos civiles impostergables, que no disminuyan su solvencia ni perjudiquen los fines de la instrucción.

También podrá comunicarse con su defensor inmediatamente antes de cualquier acto que requiera su intervención personal, rigiendo en lo pertinente el artículo 131.

(Concs. Art. 273 CPP Cba.; Art. 216 CPP Mza. -parcial-; Art. 261 CPP C. Rica -parcial-)

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 52)

Art. 286 - Arresto.

Cuando en el primer momento de la investigación de un hecho en que hubieran intervenido varias personas no fuere posible individualizar a los responsables y a los testigos, y no pueda dejarse de proceder sin peligro para la investigación, se podrá disponer que los presentes no se alejen del lugar ni se comuniquen entre sí, antes de prestar declaración, y aún ordenar el arresto, si fuere necesario. Ambas medidas no podrán prolongarse por más tiempo que el indispensable para recibir las declaraciones, a lo cual se procederá sin tardanza, y en ningún caso durarán más de 24 horas. Vencido este término podrá ordenarse, si fuere el caso, la detención del presunto culpable.

(Concs. Art. 274 CPP Cba.; Art. 237 CPP C. Rica -parcial-)

Art. 287 - Aprehensión en Flagrancia.

Los oficiales y auxiliares de la Policía Judicial tendrán el deber de aprehender a quien sea sorprendido "in fraganti" en la comisión de un delito de acción que merezca pena privativa de libertad.

Tratándose de un delito cuya acción dependa de instancia privada, será informado inmediatamente quien pueda instar, y si éste no presentare la denuncia en el mismo acto, el aprehendido será puesto en libertad.

(Concs. Art. 275 CPP Cba.; Art. 289 CPP Mza. -parcial-; Art. 235 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 288 - Flagrancia.

Se considera que hay flagrancia cuando el autor del hecho es sorprendido al intentar su comisión, en el momento de cometerlo o inmediatamente después; mientras es perseguida por la fuerza pública, el ofendido o el clamor público; o mientras tiene objetos o presente rastros que hagan presumir vehementemente que acaba de participar en un delito.

(Concs. Art. 276 CPP Cba.; Art. 290 CPP Mza.; Art. 235 CPP Costa Rica -parcial-)

Art. 289 - Otros Casos de Aprehensión.

Los oficiales y auxiliares de la Policía Judicial deberán aprehender, aún sin orden judicial, al que intentare un delito en el momento de disponerse a cometerlo y al que fugare estando legalmente preso. Excepcionalmente podrán también aprehender a la persona que se encuentre en la situación prevista en el Artículo 284, primer párrafo, siempre que exista peligro inminente de fuga o serio entorpecimiento de la investigación y al solo efecto de conducirlo de inmediato ante el órgano judicial competente para que decida sobre su detención.

(Concs. Art. 277 CPP Cba.; Art. 291 CPP Mza.-parcial-; Art. 235 C.Rica -parcial-)

Art. 290 - Presentación del Aprehendido.

El oficial o auxiliar de la Policía Judicial que practicare la aprehensión de una persona, deberá presentar inmediatamente a ésta ante la autoridad judicial competente. El cumplimiento de tal obligación podrá ser requerido ante el órgano judicial que corresponda, por las personas enunciadas en el segundo párrafo del artículo 131, las que además podrán solicitar en la misma oportunidad, la libertad del detenido, en caso

de violación de lo dispuesto por los artículos 280 a 291 de este Código por parte de la autoridad policial. En tal caso, el comparendo del detenido no podrá exceder de seis horas de haberse requerido por cualquier medio, aún telefónicamente, a la autoridad policial su presentación. Presentado el detenido, se resolverá de inmediato sobre su libertad (292) aún cuando no existiera constancia de sus antecedentes, evitando en lo posible su detención y sin perjuicio de que su posterior agregación determine la aplicación del artículo 284.

(Concs. Art. 278 CPP Cba.; Art. 292 y 293 CPP Mza.; Art. 235 C.Rica -parcial)

Art. 291 - Aprehensión Privada.

En los casos que prevén los artículos 287 y 289 primera parte, los particulares están autorizados a practicar la aprehensión, debiendo entregar inmediatamente el aprehendido a la autoridad policial.

(Concs. Art. 279 CPP Cba.; Art. 293 CPP Mza.-parcial-)

Art. 292 - Recuperación de la Libertad.

En los casos de aprehensión en flagrancia o detención, se dispondrá la libertad del imputado, cuando:

- 1) Con arreglo al hecho que apareciere ejecutado, hubiere correspondido proceder por simple citación (283 - primera parte).
- 2) La privación de la libertad hubiera sido dispuesta fuera de los supuestos autorizados en este Código.
- 3) No se encontrare mérito para dictar la prisión preventiva. 4) Prima facie hubiere actuado justificadamente.

(Concs. Art. 280 CPP Cba.)

***Art. 293 - Procedencia de la Prisión Preventiva.**

Corresponde dictar la prisión preventiva, a pedido del Fiscal, después de efectuada la imputación formal si se diera alguno de los siguientes supuestos:

1) Casos de flagrancia.

Se dispondrá la prisión preventiva cuando prima facie estuviere acreditado el hecho delictivo y la participación en él del imputado sorprendido in fraganti (Art. 288), exista merecimiento de pena privativa de libertad y no aparezca procedente, en principio, la aplicación de condena de ejecución condicional.

2) Casos en que no aparezca procedente la condena condicional.

Cuando se acrediten elementos de convicción suficientes que justifiquen la existencia del hecho delictivo y se pueda sostener como probable la participación punible del imputado, se dispondrá su prisión preventiva cuando resulte imposible obtener una condena de ejecución condicional, en razón de cualquiera de las siguientes circunstancias:

- a- Por la pena en abstracto asignada por la ley al hecho delictivo investigado;
- b- por la reiterancia delictiva que se le atribuya y la pena que se espera como resultado del proceso;
- c- cuando tenga una condena anterior, cumplida total o parcialmente, salvo que haya corrido el término del Artículo 50 del Código Penal.

Las disposiciones del presente inciso se establecen en el marco de lo dispuesto por el artículo 22 de la Constitución Provincial.

Exceptúanse de las disposiciones del presente inciso las referidas a la reiteración delictual cuando se imputa delito culposo.

3) Casos de "riesgo procesal".

Solo podrá dictarse la prisión preventiva en la medida que se torne indispensable para los fines que autoriza el presente inciso y por el tiempo necesario para lograrlos, en aquellos casos en que, encontrándose acreditado con elementos de convicción suficientes la existencia del hecho delictivo y la probable participación punible del imputado y, pese a resultar procedente la imposición de una condena de ejecución condicional, la gravedad de las circunstancias, la naturaleza del hecho y las demás condiciones del imputado, torne indispensable la medida cautelar para ejecutar diligencias precisas y determinadas de investigación o para realizar el juicio, o cuando la libertad del imputado sea inconveniente para la seguridad de la víctima o testigos, o exista riesgo de que el imputado no se someterá al proceso, o al cumplimiento de una eventual condena, conforme al enunciado de las disposiciones siguientes, sin perjuicio de otras circunstancias que invocaren las partes y estimare razonable el juez:

a) Peligro de entorpecimiento:

Cuando existiere sospecha de que el imputado pudiere obstaculizar la investigación mediante:

- 1) la destrucción, modificación, ocultamiento, supresión o falsificación de elementos de prueba;
- 2) inducción, amenaza o coacción a coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente.

b) Peligro para la víctima o testigo:

Se entenderá que la seguridad de la víctima o testigo se encuentra en peligro por la libertad del imputado, cuando existieren antecedentes o indicios pertinentes que permitiesen presumir que realizará atentados en contra de aquellos, o en contra de sus familias o de sus bienes.

c) Peligro de fuga:

Se entenderá muy especialmente que constituye un peligro de fuga, entre otros:

- 1) la falta de arraigo, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo, o las facilidades para abandonar el país o permanecer oculto y demás cuestiones que influyan en el arraigo del imputado;
- 2) cuando se encontrare sujeto a alguna medida cautelar personal; y
- 3) el comportamiento del imputado durante el proceso en cuestión, u otro anterior o que se encuentre en trámite, en la medida que evidencie su voluntad de no someterse a la persecución penal y en particular, si incurrió en rebeldía o si ocultó o proporcionó falsa información sobre su identidad, domicilio, actividad, trabajo o condición económica.

(Concs. Art. 281 CPP Cba.; Art. 312 CPP Mza - parcial - Art. 239 CPP C. Rica - parcial-)

(TEXTO SEGUN LEY 8869, ART. 1)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 7929, ART. 1)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 7782, ART. 1)

(HIS.: SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")

***Art. 294 - Procedimiento.**

*Formulado el pedido de prisión preventiva vía electrónica, el Secretario o la OGAP fijará inmediatamente una audiencia oral, pública e indelegable, con soporte de audio, a realizarse en el término de dos (2) días,

debiendo citarse a las partes, y la víctima o en su caso quien pueda constituirse como querellante particular. Las citaciones deberán realizarse en forma telefónica o electrónica, salvo impedimento.

La audiencia deberá tramitar con la presencia del Juez, el Fiscal, el imputado y su Defensor, bajo pena de nulidad y se deberá asegurar la plena vigencia de los principios de

- inmediación,
- contradicción,
- publicidad,
- celeridad
- mediante la concentración y desformalización.

Escuchado el fundamento del peticionante, se concederá la palabra sucesivamente a los intervinientes según el orden que corresponda para ejercer facultades o derechos. La réplica deberá limitarse a la refutación de los argumentos adversarios que no hubieren sido antes discutidos. Luego se escuchará a la víctima o en su defecto, a quien pueda constituirse en querellante particular y hubiere comparecido y, por último, se preguntará al imputado si tiene algo que manifestar.

En caso que la presencia simultánea del imputado y la víctima en la sala resulte inconveniente o que pueda implicar algún riesgo o perjuicio sobre el estado emocional de ésta, el Juez, a pedido de la víctima, podrá determinar el alejamiento temporal del imputado y, luego de ser escuchada, ordenará su reingreso haciéndole conocer lo manifestado por aquella.

El imputado o su Defensor, podrán acreditar solamente con los elementos de prueba incorporados o producidos antes de la audiencia, entre otras cuestiones, que no se ha alcanzado el grado de convicción o pronóstico requerido, o la no existencia de peligro procesal y/o que la restricción de la libertad no es absolutamente indispensable (Art. 281), u ofrecer caución suficiente, o que la misma pueda cumplirse en detención domiciliaria (Art. 298).

También podrá acordar con el Fiscal, cauciones o seguridades para que se ordene la libertad, o se disponga la prisión domiciliaria. El juez deberá resolver en forma oral e inmediatamente, quedando en ese acto notificadas las partes. Deberá escrituralizarse el mismo día la parte esencial del auto de prisión preventiva, que deberá contener bajo pena de nulidad: los datos personales del imputado o, si se ignorasen, los que sirvan para identificarlo; somera enunciación del hecho que se le atribuye; exposición muy sucinta de los motivos en que la decisión se funda y la calificación legal, con cita de las disposiciones aplicables.

La resolución denegatoria de la prisión preventiva, será apelable por el Fiscal y el querellante particular. La que disponga la medida de coerción, lo será por el imputado y el Defensor. En ambos casos, el recurso será concedido sólo con efecto devolutivo. El procedimiento previsto en el presente artículo deberá implementarse bajo pena de nulidad en los casos de control jurisdiccional (Art. 345), apelación, y cese o prórroga de la prisión preventiva (Art. 295).

*La apelación tramitará siempre según el legajo digital o por compulsa de las partes pertinentes, sin desplazamiento del expediente y con copia del audio de la audiencia. La audiencia de la apelación procederá en la forma prevista en el presente artículo la que deberá realizarse dentro del plazo de dos (2) días de ingresada la compulsa a la Cámara o la OGAP u Oficina de Apelaciones. Si el Ministerio Público Fiscal no mantiene el recurso deberá hacerlo saber por escrito antes de la audiencia.

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 53)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8869, ART. 2)

(Concs. Art. 282 CPP Cba.; Art. 243 CPP C. Rica - parcial-)

***Art. 295 - Cesación de la Prisión Preventiva.**

Se dispondrá fundadamente el cese de la prisión preventiva, de oficio o a pedido del imputado, ordenándose la inmediata libertad de éste, que deberá efectivizarse sin más trámite, desde el lugar que se lo notifique, cuando:

1) Nuevos elementos de juicio demostraren que no concurren los motivos exigidos por el Artículo 293. Se entenderá, entre otros, que existen nuevos elementos de juicio cuando el Juez rechazare el procedimiento abreviado o el acuerdo alcanzado por las partes, y la pena solicitada por el representante del Ministerio Público Fiscal en el Juicio Abreviado previsto en los Artículos 359 ó 418 del C.P.P., estuviere agotada por el tiempo que lleva el imputado privado de libertad en esa causa.

2) Se estimare prima facie, que en caso de condena al imputado no se lo privará de su libertad por un tiempo mayor al de la prisión sufrida, aún por aplicación del Artículo 13 del Código Penal.

3) De acuerdo a la pena impuesta en la sentencia y antes que quede firme, se considere prima facie, que oportunamente podría concedérsele la libertad condicional, previo informe que acredite haber observado con regularidad los reglamentos carcelarios. Cuando la pena supere los tres (3) años de prisión, deberá requerirse además, informe de peritos que pronostique en forma individualizada y favorable su reinserción social, según establece el Artículo 13 del Código Penal. El imputado siempre será en estos casos, sometido al cuidado o vigilancia prevista en el Artículo 280 del C.P.P., hasta que el Juez de Ejecución transforme la medida en libertad condicional o la deje sin efecto.

4) La duración de la prisión preventiva excediere de dos (2) años, sin que se haya dictado sentencia. Cuando en razón de la cantidad de los delitos atribuidos al procesado o la evidente complejidad o difícil investigación de la causa, haya impedido llegar al dictado de la sentencia en el plazo indicado, a pedido del Fiscal o del querellante particular este término podrá prorrogarse:

a) Durante la investigación penal preparatoria por el Juez de Garantías hasta por seis (6) meses más.

b) En la etapa del juicio por la Cámara del Crimen hasta completar un plazo máximo de privación de la libertad en la causa de tres (3) años. No obstante los plazos, el Ministerio Público Fiscal o el querellante particular podrán oponerse a la libertad del imputado con la finalidad de iniciar el debate dentro del término previsto en el párrafo primero del Art. 371 y/o concluir el iniciado, fundado en la especial gravedad del delito o delitos atribuidos, o cuando concurre alguna de las circunstancias previstas en el inc. 3 del Art. 293, o cuando existieren articulaciones manifiestamente dilatorias de parte de la defensa.

5) La duración excediere de tres (3) meses cuando se aplica el procedimiento de flagrancia previsto por los Arts. 439 bis, ter y quater del C.P.P., sin que se haya dictado la sentencia; a pedido del Fiscal, el Juez de Flagrancia podrá prorrogar hasta por otros tres (3) meses el plazo mediante resolución fundada.

*6) La duración excediere de nueve (9) meses sin que se haya dictado el fallo del recurso extraordinario interpuesto contra sentencia no firme, contados desde la fecha de ingreso en la Mesa de Entradas de la Suprema Corte. El Procurador podrá solicitar la prórroga del plazo hasta por seis (6) meses motivado por la cantidad de delitos atribuidos y la evidente complejidad del caso o la dificultad para poder resolver en atención a los planteos formulados y la Sala Penal podrá hacer lugar.

(Conc. Art. 283 CPP Cba.; Art. 257 CPP Costa Rica -parcial-)

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 54)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8869, ART. 3)

(SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")

Art. 296 - Revocación.

El cese de la prisión preventiva, será revocable cuando el imputado no cumpla las obligaciones impuestas por el artículo 280, realice preparativos de fuga, o nuevas circunstancias exijan su detención. En los mismos casos procederá la revocación de la libertad recuperada con arreglo al artículo 292, si concurrieran los extremos previstos en el primer párrafo del artículo 293.

(Concs. Art. 284 CPP Cba.; Art. 254 CPP C. Rica- parcial -)

Art. 297 - Tratamiento de Presos.

Salvo lo previsto por el artículo siguiente, los que fueren sometidos a prisión preventiva, serán alojados en establecimientos diferentes a los de penados; se dispondrá su separación por razones de sexo, edad, educación, antecedentes y naturaleza del delito que se les impute; podrán procurarse a sus expensas las comodidades que no afecten al régimen carcelario; recibir visitas en las condiciones que establezca el reglamento respectivo y usar los medios de correspondencia, salvo las restricciones impuestas por la ley. Cuando se trate de personal perteneciente a las fuerzas de seguridad, podrá establecerse su alojamiento en establecimientos de las mismas, siempre y cuando cumplan con todos los requisitos de ley y reglamentarios tanto para la seguridad como para el ejercicio de sus derechos, a juicio del Magistrado interviniente.

(Concs. Art. 285 CPP Cba.; Art. 313 CPP Mza - parcial-)

Art. 298 - Detención Domiciliaria

Siempre que el peligro de fuga o de entorpecimiento probatorio pudiera razonablemente evitarse por aplicación de otra medida menos gravosa para el imputado, o de alguna técnica o sistema electrónico o computarizado que permita libertad locomotiva, el Fiscal de Instrucción o el Tribunal, impondrá tales alternativas en lugar de la detención, sujeta a las circunstancias del caso, pudiendo establecer las condiciones que estime pertinentes, conforme al artículo 280. El imputado, por ningún motivo o circunstancia podrá abandonar el domicilio que fije. Excepcionalmente, el órgano interviniente podrá autorizar fundadamente el abandono transitorio del domicilio. En ese caso, deberá tomar los recaudos necesarios para evitar cualquier peligro de fuga, debiendo siempre constatar el retorno del imputado al domicilio fijado.

El incumplimiento de cualquiera de las condiciones impuestas será causal suficiente para la revocación del presente beneficio.

(Concs. Art. 286 CPP Cba.; Art. 314 CPP Mza. -parcial-; Art. 260 y 244 CPP Costa Rica -parcial-)

Art. 299 - Internación Provisional.

Si fuere presumible, previo dictamen de dos peritos, que el imputado padecía en el momento del hecho de alguna enfermedad mental que lo hace inimputable, el Juez, a requerimiento del Fiscal de Instrucción o de oficio, podrá ordenar provisionalmente su internación en un establecimiento especial.

(Concs. Art. 287 CPP Cba.; Art. 262 CPP C.Rica - parcial; Art. 316 CPP Mza - parcial-)

Art. 300 - Caución. Objeto.

Se impondrá al imputado una caución juratoria, personal o real, con el objeto de asegurar que cumplirá con sus obligaciones (280).

(Concs. Art. 288 CPP Cba.; Art. 250 CPP C.Rica- parcial-; Art. 320 CPP Mza - parcial-)

Art. 301 - Determinación de la Caución.

Para determinar la calidad y cantidad de la caución se tendrá en cuenta la naturaleza del delito, el daño que hubiere ocasionado, y la condición económica, personalidad moral y antecedentes del imputado.

(Concs. Art. 289 CPP Cba.; Art. 321 CPP Mza -parcial-; art 250 CPP C. Rica -parcial-)

Art. 302 - Caución Personal.

La caución personal consistirá en la obligación que el imputado asuma junto con uno o más fiadores solidarios de pagar, en caso de incomparecencia, la suma que se fije.

(Concs. Art. 290 CPP Cba.; Art. 323 CPP Mza; Art. 250 CPP C. Rica -parcial-)

Art. 303 - Capacidad y Solvencia del Fiador.

Podrá ser fiador el que tenga capacidad para contratar y acredite solvencia suficiente. Nadie podrá tener otorgadas y subsistentes más de seis fianzas.

(Concs. Art. 291 CPP Cba.; Art. 324 CPP Mza - parcial -; Art. 250 CPP C. Rica - parcial-)

***Art. 304 - Caución Real.**

La caución real se constituirá depositando dinero, efectos públicos o valores cotizables o mediante embargo, prenda o hipoteca por la cantidad que la autoridad judicial competente determine. Los fondos o valores depositados quedarán sometidos a privilegio especial para el cumplimiento de las obligaciones procedentes de la caución. De la caución real ofrecida, deberá dar vista a la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) y a la Dirección General de Rentas de la Provincia, para verificar la legalidad del origen de la misma. (Concs. Art. 292 CPP Cba.; Art. 325 CPP Mza -parcial-; Art. 250 CPP C.Rica - parcial-)

(TEXTO SEGUN LEY 8588, ART. 1)

Art. 305 - Forma de Caución.

Las cauciones se otorgarán en actas que serán suscritas ante el Secretario y se inscribirán de acuerdo a las leyes registrales.(Concs. Art. 293 CPP Cba.; Art. 229 CPP Mza - parcial -; Art. 255 CPP C.Rica - parcial-)

Art. 306 - Domicilio y Notificaciones.

El imputado y su fiador deberán fijar domicilio especial en el acto en que se presta la caución. El fiador será notificado de las resoluciones que se refieran a las obligaciones del imputado.

(Concs. Art. 294 CPP Cba.; Art.330 CPP Mza - parcial -; Art. 255 CPP C. Rica - parcial-)

Art. 307 - Cancelación de las Cauciones.

Se ordenará la cancelación y las garantías serán restituidas en los siguientes casos:

1) Cuando el imputado, revocada su libertad o el cese de la prisión preventiva, fuere constituido en prisión dentro del término que se le acordó.

2) Cuando se revoque el auto de prisión preventiva, se sobresea en la causa, se absuelva al imputado o se lo condene en forma de ejecución condicional.

3) Cuando el condenado se presente a cumplir la pena impuesta o sea detenido dentro del término fijado.

(Concs. Art. 295 CPP Cba.; Art. 333 CPP Mza -parcial-; Art. 254 CPP C.Rica - parcial-)

Art. 308 - Sustitución.

Si el fiador no pudiere continuar como tal por motivos fundados, podrá pedir que lo sustituya otra persona que él presente. También podrá sustituirse la caución real.

(Concs. Art. 296 CPP Cba.; Art. 254 CPP C. Rica - parcial-)

Art. 309 - Presunción de Fuga.

Si el fiador temiere fundadamente la fuga del imputado, deberá comunicarlo enseguida al Tribunal o Fiscal que corresponda, y quedará liberado si aquél fuere detenido. Pero si resultare falso el hecho en que se basó la sospecha, se impondrá al fiador una multa de hasta mil quinientos pesos (conforme Ley N° 23928) y la caución quedará subsistente.

(Concs. Art. 297 CPP Cba.; Art. 335 CPP Mza- parcial-)

Art. 310 - Emplazamiento.

Si el imputado no compareciere al ser citado o se sustrajere a la ejecución de la pena privativa de la libertad, se fijará un término no mayor de diez días para que comparezca, sin perjuicio de ordenar la captura. La resolución será notificada al fiador y al imputado apercibiéndolos de que la caución se hará efectiva al vencimiento del plazo, si el segundo no compareciere o no justificare un caso de fuerza mayor que lo impida.

(Concs. Art. 298 CPP Cba.; Art. 336 CPP Mza - parcial-; Art. 252 CPP C. Rica - parcial-)

Art. 311 - Efectividad de la Caución.

Al vencimiento del término previsto por el artículo anterior, se dispondrá, según el caso, la ejecución del fiador, la transferencia al Estado de los bienes que se depositaron en caución, o la venta en remate público de los bienes hipotecados o prendados. Regirá para ello el Código Procesal Civil. El producido de la venta de los bienes se destinará al Poder Judicial para la ampliación y/o mantenimiento de su biblioteca.

(Concs. Art. 299 CPP Cba.; Art. 337 CPP Mza -parcial-; Art.252 CPP C. Rica)

CAPÍTULO 3. INDEMNIZACIÓN

Art. 312 - Procedencia.

Si al disponerse el sobreseimiento o la absolución del imputado, éste entendiere que fue privado arbitrariamente de su libertad, podrá reclamar en el fuero civil la indemnización que estime corresponder conforme a la legislación sustantiva.

(Concs. Art. 300 CPP Cba.; Art. 271 CPP C. Rica - parcial-)

LIBRO SEGUNDO. INVESTIGACIÓN PENAL PREPARATORIA

TÍTULO I. PROCEDIMIENTO

CAPÍTULO 1. DISPOSICIONES GENERALES

***Art. 313 - Procedencia y Titularidad.**

Los delitos de acción pública dolosos y culposos, sancionados con pena mayor a tres años serán investigados con arreglo a las disposiciones del presente Título. La investigación penal preparatoria será practicada por el Fiscal de Instrucción.

(TEXTO SEGUN LEY 8929, ART. 8)

(Concs. Art. 301 CPP Cba.)

***Art. 313 bis** - Los delitos de acción pública dolosos y culposos que estuvieren reprimidos con pena privativa de libertad no mayor de tres (3) años con multa y/o inhabilitación serán investigados con arreglo al procedimiento correccional previsto en el Libro Tercero, Título II, Capítulo 1.

(TEXTO INCORPORADO POR LEY 8929, ART. 9)

Art. 314 - Finalidad.

La investigación penal preparatoria deberá impedir que el delito cometido produzca consecuencias ulteriores y reunir las pruebas útiles para dar base a la acusación o determinar el sobreseimiento.

(Concs. Art. 302 CPP Cba.; arts. 274, 275 y 277 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 315 - Objeto.

La investigación penal tendrá por objeto:

- 1) Comprobar si existe un hecho delictuoso, mediante todas las diligencias conducentes al descubrimiento de la verdad.
- 2) Establecer las circunstancias que califiquen el hecho, lo agraven, atenúen o justifiquen, o influyan en la punibilidad.
- 3) Individualizar a sus autores, cómplices e instigadores.
- 4) Verificar la edad, educación, costumbres, condiciones de vida, medios de subsistencia y antecedentes del imputado; el estado y desarrollo de sus facultades mentales, las condiciones en que actuó, los motivos que hubieran podido determinarlo a delinquir y las demás circunstancias que revelen su mayor o menor peligrosidad.
- 5) Comprobar la extensión del daño causado por el delito, aunque no se hubiera ejercido la acción resarcitoria.

(Concs. Art. 303 CPP Cba.; Art. 277 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 316 - Investigación Directa.

Los órganos de la investigación penal deberán proceder directa e inmediatamente a investigar los hechos delictivos que aparezcan cometidos en la ciudad de su asiento. Del mismo modo procederá con respecto a los delitos graves que aparezcan perpetrados fuera de dicha ciudad pero en su circunscripción.

Cuando sea necesario practicar diligencias fuera de la circunscripción, podrá actuarse personalmente o encomendarlas al órgano que corresponda.

(Concs. Art. 304 CPP Cba.)

Art. 317 - Defensor y Domicilio.

En la primera oportunidad, y si el imputado hubiese manifestado su voluntad de declarar, se lo invitará a elegir defensor; si no lo hiciera o el abogado no aceptare inmediatamente el cargo, se procederá conforme al artículo 134.

La inobservancia de este precepto producirá la nulidad de los actos que menciona el artículo 320.

En el mismo acto, el imputado que esté en libertad deberá fijar domicilio.

(Concs. Art. 305 CPP Cba.; Art. 93, Art. 100 - parcial- CPP C.Rica)

"En el caso de las personas jurídicas privadas imputadas de los delitos previstos en artículo 1° de la Ley N° 27.401, deberá procederse de conformidad a lo establecido en el artículo 13° de la citada ley en lo relativo a la designación de abogado defensor". (Ley 9237)

***Art. 318 - Declaración informativa.**

Cuando no concurren las exigencias previstas en el Artículo 271, el Fiscal podrá igualmente llamar a una persona, sin imputarla, para interrogarla sobre los hechos investigados. Su declaración en tal caso será sólo informativa. Mientras tal situación se mantenga no podrán imponérsele medidas coercitivas que no sean las previstas en el Artículo 280, a excepción de su inc. 1), las que no podrán exceder de un (1) año.

Deberá hacérsele saber, previo a todo, y bajo pena de nulidad, que puede abstenerse de prestar declaración y proponer abogado defensor. De todo ello se dejará constancia en el acta respectiva.

(Concs. Art. 306 CPP Cba.; arts. 91 y 95 CPP C.Rica - parcial -Art. 206 Anteproyecto Sosa Arditti -parcial- Art. 6 Ley 13911)

(TEXTO SEGUN LEY 8896, ART. 12)

Art. 319 - Identificación y Antecedentes.

Efectuada la imputación se remitirá a la oficina respectiva los datos personales del imputado y se ordenará que se proceda a su identificación. La oficina remitirá en triple ejemplar la planilla que se confeccione, uno se agregará al expediente y los otros se utilizarán para dar cumplimiento a lo establecido en la Ley Nacional 22.117.

(Concs. Art. 307 CPP Cba.; Art. 94 CPP C.Rica)

Art. 320 - Derecho de Asistencia y Facultad Judicial.

Los defensores de las partes tendrán derecho de asistir a los registros, reconocimientos, reconstrucciones, pericias e inspecciones, salvo lo dispuesto por el Artículo 211, siempre que por su naturaleza y características se deban considerar definitivos e irreproductibles.

Asimismo, podrán asistir a la declaración de los testigos que por enfermedad u otro impedimento no podrán presumiblemente deponer durante el juicio, o exista el peligro de que puedan luego ser inducidos a falsear su declaración.

Se podrá permitir la asistencia del imputado o del ofendido, cuando sea útil para esclarecer los hechos o necesaria por la naturaleza del acto.

Las partes podrán asistir a los registros domiciliarios.

(Concs. Art. 308 CPP Cba.; Art. 101 CPP C.Rica - parcial-)

Art. 321 - Notificación. Casos Urgentísimos.

Antes de proceder a realizar alguno de los actos que menciona el artículo anterior, excepto, el registro domiciliario, se dispondrá bajo pena de nulidad, que sean notificados los defensores. La diligencia se practicará en la oportunidad establecida aunque no asistan. Sin embargo, se podrá proceder sin notificación o antes de la oportunidad fijada, cuando el acto sea de suma urgencia o no se conozcan, antes de las declaraciones mencionadas en el artículo anterior, la enfermedad o el impedimento del testigo. En el primer caso se dejará constancia de los motivos, bajo pena de nulidad, y en el segundo, se designará de oficio a un Defensor, quien deberá concurrir al acto, bajo la misma sanción.

(Concs. Art. 309 CPP Cba.; arts. 101 y 294 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 322 - Posibilidad de Asistencia.

Se permitirá que los defensores asistan a los demás actos de investigación, salvo lo previsto por el artículo 272, siempre que ello no ponga en peligro la consecución de los fines del proceso o impida una pronta y regular actuación.

La resolución no será recurrible.

Admitida la asistencia se avisará verbalmente a los defensores, sin retardar el trámite en lo posible. En todo caso se dejará constancia.

(Concs. Art. 310 CPP Cba.; Art. 101 CPP C.Rica)

Art. 323 - Deberes y Facultades de los Asistentes.

Los defensores que asistan a los actos de investigación no podrán hacer signos de aprobación o desaprobación y en ningún caso tomarán la palabra sin expresa autorización del órgano competente, a quien deberán dirigirse cuando el permiso les fuese concedido; podrán proponer medidas, formular preguntas, hacer las observaciones que estimen convenientes o pedir que se haga constar cualquier irregularidad. La resolución no será recurrible.

(Concs. Art. 311 CPP Cba.; Art. 214 CPP Mza. -parcial-)

***Art. 324 - Compulsa de las actuaciones.**

El sumario o legajo podrá ser examinado por las partes desde la imputación formal, salvo que el fiscal determinare el secreto de las actuaciones, el que no podrá exceder de diez (10) días, prorrogables por el Juez de Garantías por el mismo plazo.

Si no existiere imputación formal, sólo podrá ser examinado por el querellante particular, y por el citado y su defensa en el caso del Artículo 318.

La reserva de las actuaciones no podrá exceder el plazo de un (1) mes. En causas correccionales no habrá reserva de actuaciones.

Los abogados, con los límites precedentemente expuestos, tendrán acceso y libertad de compulsas con la sola exhibición de la credencial profesional. La negativa a exhibir las actuaciones, fundada en cuestiones administrativas, será considerada falta grave para el funcionario que la realice o consienta y para el Fiscal a cargo.

(Concs. Art. 312 CPP Cba.; Art. 215 CPP Mza. ; Ley 6408).

(TEXTO SEGUN LEY 8896, ART. 13)

(HIS.: SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")

Art. 325 - Actuaciones.

Las diligencias del sumario se harán constar en actas que el Secretario extenderá y compilará conforme a lo dispuesto en el Capítulo 2, Título VI del Libro Primero.

(Concs. Art. 313 CPP Cba.)

CAPÍTULO 2. DENUNCIA

Art. 326 - Facultad de Denuncia.

Toda persona que tenga noticia de un delito perseguible de oficio podrá denunciarlo al Fiscal de Instrucción o a la Policía Judicial. Cuando la acción penal dependa de instancia privada, sólo podrá denunciar quien tenga facultad para instar.

(Concs. Art. 314 CPP Cba.; Art. 278 CPP C.Rica; Art. 179 CPP Mza -parcial-)

Art. 327 - Forma.

La denuncia podrá presentarse en forma escrita o verbal, personalmente o por mandatario especial. En el último caso deberá acompañarse el poder.

La denuncia escrita será firmada ante el funcionario que la reciba.

Cuando sea verbal, se extenderá un acta de acuerdo con el Capítulo 2, Título VI del Libro Primero. En ambos casos, el funcionario comprobará y hará constar la identidad del denunciante.

(Concs. Art. 315 CPP Cba.; Art. 279 CPP C.Rica; Art. 180 CPP Mza - parcial-)

Art. 328 - Contenido.

La denuncia deberá contener, en cuanto fuere posible, la relación circunstanciada del hecho, con indicación de sus partícipes, damnificados, testigos y demás elementos que puedan conducir a su comprobación y calificación legal. Cuando la denuncia fuere formulada por el titular de la acción civil, podrá contener también la manifestación prevista en el inciso a) del artículo 34.

(Concs. Art. 316 CPP Cba.; Art. 280 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 329 - Obligación de Denuncia. Excepción.

Tendrán obligación de denunciar los delitos perseguibles de oficio:

- 1) Los funcionarios o empleados públicos que los conozcan en el ejercicio de sus funciones.
- 2) Los médicos, parteras, farmacéuticos y demás personas que ejerzan el arte de curar, que conozcan esos hechos al prestar auxilios de su profesión, salvo que el conocimiento adquirido por ellos esté por ley bajo el amparo del secreto profesional. Nadie podrá formular denuncia contra su cónyuge, ascendiente,

descendiente, o hermano, salvo que el delito sea ejecutado en su perjuicio o contra una persona cuyo parentesco con él sea igual o más próximo al que lo liga con el denunciado.

(Concs. Art. 317 CPP Cba.; arts. 183 y 184 CPP Mza.; Art. 281 CPP Costa Rica -parcial-)

Art. 330 - Responsabilidad y protección del Denunciante.

El denunciante no será parte del proceso, no incurrirá en responsabilidad alguna, excepto los casos de falsedad o calumnia. Tendrá derecho a su pedido a que se disponga el resguardo de su identificación, hasta tanto la defensa del imputado solicite la necesidad de su revelación y el Magistrado interviniente lo considerase conveniente.

Tendrá derecho también de solicitar la protección de su persona, familia y/o bienes.

(Concs. Art. 318 CPP Cba.)

Art. 331 - Denuncia ante el Fiscal de Instrucción.

En la investigación penal preparatoria, el Fiscal que reciba la denuncia actuará de inmediato. Al avocarse determinará los hechos y su calificación legal.

(Concs. Art. 319 CPP Cba. -parcial-)

Art. 332 - Denuncia ante la Policía Judicial.

Cuando la denuncia fuere presentada ante la Policía Judicial, ésta actuará con arreglo a los artículos 336 y 338.

(Concs. Art. 320 CPP Cba.; Art. 194 CPP Mza.)

CAPÍTULO 3. ACTOS DE LA POLICÍA JUDICIAL

Art. 333 - Función.

La Policía Judicial por orden de autoridad competente o, en casos de urgencia, por denuncia o iniciativa propia, deberá investigar los delitos de acción pública, impedir que los cometidos sean llevados a consecuencias ulteriores, individualizar a los culpables y reunir las pruebas útiles para dar base a la acusación o determinar el sobreseimiento. Si el delito fuere de acción pública dependiente de instancia privada, sólo deberá proceder cuando reciba la denuncia prevista por el artículo 9.

(Concs. Art. 321 CPP Cba.; arts. 283 y 285 CPP C.Rica -parcial-; Art. 189 CPP Mza -parcial-)

Art. 334 - Composición.

Serán oficiales y auxiliares de la Policía Judicial los funcionarios y empleados a los cuales la ley acuerde tal carácter. Serán considerados también oficiales y auxiliares de la Policía Judicial los de la Policía Administrativa, cuando cumplan las funciones que este Código establece. La Policía Administrativa actuará como Policía Judicial hasta tanto sea puesta en funcionamiento la Policía Judicial, o cuando existiendo la misma, no pueda hacerlo inmediatamente. Desde que la Policía Judicial intervenga, la Policía Administrativa, será su auxiliar.

(Concs. Art. 322 CPP Cba.; Art. 284 CPP C.Rica -parcial-; Art. 190 CPP Mza -parcial-)

***Art. 335 - Subordinación.**

Los oficiales y auxiliares de la Policía Judicial serán nombrados y removidos conforme a lo dispuesto por las Leyes de Policía o las que las sustituyan. Cumplirán sus funciones bajo la superintendencia directa del Ministerio Público y deberán ejecutar las órdenes que les impartan los Jueces, Fiscales y Ayudantes Fiscales. *Los oficiales y agentes de la Policía Administrativa, en cuanto cumplan actos de Policía Judicial, estarán en cada caso bajo la autoridad de los Jueces y Fiscales, sin perjuicio de la autoridad general administrativa a que estén sometidos.

(Concs. Art. 323 CPP Cba.)

(#NDR.: El tercer párrafo de este artículo se intentó modificar por la Ley 7282, art. 3. De su lectura se desprende que la modificación propuesta por esta norma no altera en nada la redacción original del texto de este artículo.)

***Art. 336 – Atribuciones policía judicial**

La Policía Judicial tendrá las siguientes atribuciones:

1) Recibir denuncias.

*2) Cuidar que el cuerpo, instrumentos, efectos y rastros del delito sean conservados, mediante los resguardos correspondientes, hasta que llegue al lugar la autoridad judicial correspondiente, excepto en los accidentes viales donde se aplica la Ley de Seguridad Vial.

(TEXTO SEGUN LEY 9024, ART. 138)

*3) Si hubiere peligro de que cualquier demora comprometa el éxito de la investigación, hacer constar el estado de las personas, cosas y lugares, mediante inspecciones, planos, fotografías, exámenes técnicos y demás operaciones que aconseje la policía científica, excepto en los accidentes viales donde se aplica la Ley de Seguridad Vial.

(TEXTO SEGUN LEY 9024, ART. 138)

4) Proceder a los allanamientos del artículo 219, a las requisas urgentes con arreglo al 222 y a los secuestros impostergables.

5) Si fuera indispensable, ordenar la clausura del local en que se suponga, por vehementes indicios, que se ha cometido un delito grave, o proceder conforme al artículo 286.

6) Interrogar sumariamente a los testigos presumiblemente útiles para descubrir la verdad.

7) Citar y aprehender al presunto culpable en los casos y forma que este Código autoriza.

8) Recibir declaración al imputado, sólo si éste lo pidiera, en las formas y con las garantías que establecen los artículos 271 y ss.

9) Usar de la fuerza pública en la medida de la necesidad.

(Concs. Art. 324 CPP Cba.; Art. 286 CPP C.Rica; Art. 192 CPP Mza -parcial-)

Art. 337 - Prohibiciones.

Los oficiales y auxiliares de la Policía Judicial no podrán abrir la correspondencia que resguarden o hubieran secuestrado por orden de autoridad judicial competente, sino que la remitirán intacta a ésta. Sin embargo, en los casos urgentes podrán ocurrir a las más inmediata, la que autorizará la apertura si lo creyere oportuno. Tampoco podrán difundir a los medios de prensa los nombres y fotografías de las personas investigadas como participantes de un hecho, salvo que mediare expresa autorización del órgano judicial competente (Concs. Art. 325 CPP Cba.)

Art. 338 - Comunicación y Procedimiento.

Los oficiales de la Policía Judicial comunicarán inmediatamente al Fiscal de Instrucción todos los delitos que llegaren a su conocimiento y practicarán los actos urgentes que la ley autoriza y los que aquél les ordenare, observando las normas que este Código establece. Sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 290, las actuaciones y las cosas secuestradas serán remitidas al Fiscal de Instrucción o al Juez de Paz, dentro del plazo de tres días de iniciada la investigación; pero dichos funcionarios podrán prorrogarlo por otro tanto cuando aquélla sea compleja o existan obstáculos insalvables.

(Concs. Art. 326 CPP Cba.; Art. 288 CPP C.Rica -parcial-; Art. 194 CPP Mza -parcial-)

Art. 339 - Sanciones.

Los oficiales y auxiliares de la Policía Judicial que violen disposiciones legales o reglamentarias, que omitan o retarden la ejecución de un acto propio de sus funciones o lo cumplan negligentemente serán sancionados por los tribunales o el Ministerio Público, previo informe del interesado, con apercibimiento o multa de hasta mil quinientos pesos (cfr. Ley 23928), sin perjuicio de la suspensión hasta por treinta días, cesantía o exoneración que pueda disponer la Suprema Corte de Justicia y de la responsabilidad penal que corresponda. Los oficiales y agentes de la Policía Administrativa, podrán ser objeto de las mismas sanciones; pero la suspensión, cesantía o exoneración de ellos sólo podrá ser dispuesta por el Poder Ejecutivo.

(Concs. Art. 327 CPP Cba.; Art. 196 CPP Mza)

CAPÍTULO 4. INVESTIGACIÓN FISCAL

Art. 340 - Forma.

El Fiscal de Instrucción procederá con arreglo a lo dispuesto por este Código para reunir elementos que servirán de base a sus requerimientos. Estos podrán fundamentarse en los actos practicados por la Policía Judicial dentro de sus facultades legales, y lo dispuesto por el artículo 271 en lo pertinente y 318.

(Concs. Art. 327 CPP Cba.; Art. 274 CPP C.Rica -parcial-; Art. 208 CPP Mza -parcial-)

Art. 341 - Facultades.

El Fiscal de Instrucción practicará y hará practicar todos los actos que considere necesarios y útiles para la investigación, salvo aquellos que la ley atribuya a otro órgano judicial. En este caso, los requerirá a quien corresponda.

(Concs. Art. 329 CPP Cba.; Art. 290 CPP C.Rica -parcial-)

***Art. 341 bis - Los ayudantes Fiscales tienen las siguientes funciones:**

- a) Informar al Fiscal de Instrucción de todos los hechos delictivos cometidos en el ámbito de su actuación.
- b) Practicar los actos de investigación que les ordene el Fiscal de Instrucción de conformidad a las normas del Código Procesal Penal, ejecutando y haciendo ejecutar las instrucciones que a ese fin les impartan sus superiores. En caso de urgencia podrán adoptar las medidas cautelares imprescindibles, con arreglo al Código Procesal Penal.
- c) Controlar la observancia de las normas constitucionales y legales relativas a los derechos y garantías de los imputados y de toda otra persona involucrada en la investigación, debiendo informar inmediatamente al Fiscal de Instrucción en caso de que los mismos fuesen vulnerados.
- d) Brindar atención e información a los letrados, con arreglo a la ley.

*e) Podrán ejercer la acción penal delegada, cumpliendo las instrucciones generales y particulares que les impartan sus superiores, en los siguientes casos:

- 1) Para realizar determinados actos de investigación en una causa.
- 2) Para la selección inicial de las causas y su distribución.
- 3) Actuar en representación del Ministerio Público Fiscal en cualquier audiencia oral, durante la investigación penal preparatoria o en la etapa de juicio.
- 4) Actuar en representación del Ministerio Público Fiscal en debate correccional o de Cámara, y en el procedimiento de flagrancia.
- 5) Los Ayudantes Fiscales especialmente asignados por la Procuración General, practicarán la información sumaria prevista en el Artículo 417 de la presente Ley, interviniendo en todas las audiencias orales que se realicen, conforme las directivas y por delegación del Fiscal de Instrucción.

(TEXTO INC E MODIFICADO POR LEY 8929, ART. 16)

(HIS.: TEXTO INC E INCORPORADO POR LEY 8896, ART. 14)

(HIS.: TEXTO INCORPORADO POR LEY 7282, ART. 1)

Art. 342 - Actos Definitivos e Irreproductibles.

Cuando deba practicar actos que por su naturaleza y características fuesen definitivos e irreproductibles, el Fiscal procederá conforme a los artículos 320 y 321.

(Concs. Art. 330 CPP Cba.; Art. 276 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 343 - Defensor.

El Fiscal de Instrucción proveerá a la defensa del imputado con arreglo a los artículos 134 y 317.

(Concs. Art. 331 CPP Cba.; Art. 100 -Art. 101 y conc.CPP C.Rica -parcial-; Art. 209 CPP Mza -parcial-)

Art. 344 - Situación del Imputado.

En el ejercicio de su función, el Fiscal de Instrucción podrá citar, privar y acordar la libertad del imputado, y recibirle la declaración si lo requiriese el mismo, conforme a lo previsto en los artículos 283, 284, 292, 293, 295, 296 y 271.

(Concs. Art. 332 CPP Cba.)

***Art. 345 - Control Jurisdiccional.**

En cualquier momento, sólo el imputado o su defensa, podrán solicitar el control jurisdiccional de la privación de la libertad y la aplicación de los Artículos 281, 292 y 295, directamente ante el Juez de Garantías, quien deberá seguir el procedimiento previsto por el Art. 294, bajo pena de nulidad. La resolución será apelable por el Fiscal, el querellante particular, el imputado y su defensor, sin efecto suspensivo y deberá seguirse el procedimiento previsto en el último párrafo del Art. 294, bajo pena de nulidad.

(Concs. Art. 333 CPP Cba.)(TEXTO SEGUN LEY 8869, ART. 4)(SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR"JUEZ DE GARANTIAS")

***Art. 346 - Archivo.**

Cuando no se pueda proceder o el hecho no encuadre en una figura penal el fiscal dispondrá el archivo de las actuaciones por decreto fundado.

El querellante podrá oponerse ante el Juez de Garantías, quien resolverá en audiencia oral. De prosperar la oposición dispondrá continuar la investigación por otro fiscal. El rechazo será apelable.

Mientras no se encuentre prescripta la acción penal, nuevos elementos de prueba justificarán la reapertura de la causa.

(Concs. Art. 334 CPP Cba.; Art. 206 CPP Mza -parcial-)(TEXTO SEGUN LEY 8896, ART. 15)(HIS.: SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR"JUEZ DE GARANTIAS")

***Art. 347 - Proposición de Diligencias.**

Las partes podrán proponer diligencias, las que serán practicadas salvo que el Fiscal no las considere pertinentes y útiles; si las rechazara, podrán ocurrir ante el Juez de Instrucción en el término de tres días. El Juez resolverá en igual plazo.

(Concs. Art. 335 CPP Cba.; art 292 CPP C.Rica -parcial-)

(SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR"JUEZ DE GARANTIAS")

***Art. 348 - Pedido de la Prisión Preventiva.**

*En el término fatal de diez (10) días a contar desde la imputación formal del detenido, el Fiscal deberá requerir vía electrónica al Secretario del Juzgado o a la OGAP se fije audiencia para tramitar el pedido de prisión preventiva, el que deberá contener: 1) la individualización de la causa; 2) las condiciones personales del imputado y otros datos que sirvan para identificarlo; 3) las condiciones personales de las partes; 4) la enunciación del hecho y su calificación legal; y 5) la fecha y firma digital o similar por medios electrónicos.

*Cuando la cantidad de delitos atribuidos o complejidad o la difícil investigación lo justifiquen podrá el Fiscal solicitar la ampliación del término antes del vencimiento, el que deberá resolverse en el plazo fatal de un (1) día, pudiendo prorrogarlo hasta por otros diez (10) días. La resolución es inapelable.

En el procedimiento especial de flagrancia previsto en los Arts. 439 bis, ter y quater, el Fiscal deberá solicitar la prisión preventiva en la primera audiencia cuando se opta por el procedimiento directísimo, que nunca podrá ser superior al plazo fatal de diez (10) días, término que no podrá prorrogarse.

Desde el pedido hasta la resolución, de la prórroga prevista en el párrafo primero, del control jurisdiccional y la apelación de dicho control, quedan suspendidos automáticamente los términos previstos en el presente artículo.

(Concs. Art. 336 CPP Cba.)(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 55)(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8869, ART. 5) (SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR"JUEZ DE GARANTIAS")

***Art. 349 - Duración.**

La investigación fiscal deberá practicarse en el término de tres meses a contar desde la imputación prevista en el artículo 271. Si resultare insuficiente, el Fiscal podrá solicitar prórroga al Juez de Instrucción, quien podrá acordarla por otro tanto, según las causas de la demora y la naturaleza de la investigación.

Sin embargo, en los casos de suma gravedad y de muy difícil investigación, la prórroga podrá concederse hasta doce meses más.

(Concs. Art. 337 CPP Cba.) (SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")

***Art. 350 - Oposición. Trámite.**

En los casos que la ley autoriza la oposición a una resolución o al requerimiento del Fiscal, ésta se deducirá ante quien la dictó en el término de tres (3) días, salvo que se establezca otro trámite. De inmediato se elevará al Juez de Garantías, quien resolverá en audiencia oral según el trámite del Artículo 362. En ningún caso se prorrogarán o suspenderán los actos urgentes de investigación.

(Concs. Art. 338 CPP Cba.)(TEXTO SEGUN LEY 8896, ART. 16) (HIS.: SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")

TÍTULO II. SOBRESEIMIENTO

***Art. 351 - Facultad de Sobreseer.**

El sobreseimiento total o parcial podrá ser dictado durante la investigación cuando se hubiera procedido a efectuar formalmente la imputación conforme al Artículo 271, sin perjuicio de lo dispuesto por el Artículo 373.

En el supuesto previsto en el Artículo 353 inciso 4, el sobreseimiento procederá, aún a petición de parte, en cualquier estado del proceso.

Durante la investigación fiscal, será requerido por el Fiscal en forma fundada.

(Concs. Art. 348 CPP Cba.; Art. 341 CPP Mza.) (TEXTO SEGUN LEY 8896, ART. 17)

Art. 352 - Valor.

El sobreseimiento cierra irrevocable y definitivamente el proceso con relación al imputado a cuyo favor se dicta.

(Concs. Art. 349 CPP Cba.; Art. 342 CPP Mza.)

***Art. 353 - Procedencia.**

El sobreseimiento procederá cuando:

- 1) El hecho investigado no se cometió o no lo fue por el imputado.
- 2) El hecho no encuadre en una figura penal.
- 3) Media una causa de justificación, inimputabilidad, inculpabilidad o una excusa absolutoria.
- 4) La pretensión penal se ha extinguido.

5) Considerada agotada la investigación o vencido el término de la investigación fiscal y sus prórrogas, no hubiere suficiente fundamento para elevar la causa a juicio y no fuere razonable, objetivamente, prever la incorporación de nuevas pruebas.

6) Se hubiere producido la conciliación de las partes, siempre en los casos que estuviese legalmente permitido. Art. 5 (armonía social) Art. 59 inciso 6° CP

7) Ha transcurrido el plazo de un (1) año desde la suspensión de la persecución penal, y no corresponde dejarla sin efecto en virtud del 4to. párrafo del Artículo 27.

8) Ha transcurrido el término de la suspensión del proceso o el juicio a prueba, habiéndose cumplido las condiciones y reglas impuestas.

9) Se han cumplido las obligaciones contraídas en el acuerdo reparatorio o la reparación integral del perjuicio, salvo que aquellas se encuentren debidamente garantizadas a satisfacción de la víctima.

10) Por la renuncia del agraviado, respecto de los delitos de acción privada.

(Concs. Art. 350 CPP Cba.; Art. 343 CPP Mza., Art. 311 CPP C.Rica -parcial-)

(TEXTO SEGUN LEY 8896, ART. 18)

11) Al aplicarse el régimen penal de las personas jurídicas privadas se cumplan con los requisitos establecidos en la Ley N° 27.401, además de los previstos en el presente artículo". (Ley 9237)

Art. 354 - Forma y Fundamento.

El sobreseimiento se dispondrá por sentencia, en la que se analizarán las causales, siempre que fuere posible, en el orden dispuesto por el artículo anterior.

(Concs. Art. 351 CPP Cba.; Art. 344 CPP Mza.; Art. 312 CPP C.Rica -parcial-)

***Art. 355 - Apelación.**

La sentencia de sobreseimiento será apelable, sin efecto suspensivo, por el Ministerio Público y por el querellante particular.

Podrá recurrir también el imputado, cuando no se haya observado el orden que establece el Artículo 353 o cuando se le imponga una medida de seguridad.

(Concs. Art. 352 CPP Cba.; Art. 345 CPP Mza.)

(TEXTO SEGUN LEY 8896, ART. 19)

Art. 356 - Efecto.

Dictado el sobreseimiento, se ordenará la libertad del imputado que estuviere detenido, se despacharán las comunicaciones al Registro Nacional de Reincidencia y, si fuere total, se archivarán el expediente y las piezas de convicción que no corresponda restituir.

(Concs. Art. 353 CPP Cba.; Art. 348 CPP Mza.; Art. 313 CPP C.Rica -parcial-)

TÍTULO III. CLAUSURA

Art. 357 - Procedencia.

El Fiscal de Instrucción requerirá la citación a juicio cuando, estimare cumplida la investigación y siempre que hubiere elementos de convicción suficientes para sostener como probable la participación punible del imputado en el hecho intimado. Caso contrario, procederá con arreglo al artículo 351.

(Concs. Art. 354 CPP Cba.)

Art. 358 - Contenido de la Acusación.

El requerimiento fiscal deberá contener - bajo pena de nulidad - los datos personales del imputado o, si se ignoraren, los que sirvan para identificarlo; una relación clara, precisa, circunstanciada y específica del hecho; los fundamentos de la acusación; y la calificación legal.

(Concs. Art. 355 CPP Cba.; Art. 367 CPP Mza. -parcial-)

***Art. 359 - Juicio Abreviado Inicial.**

Desde la oportunidad prevista en el primer párrafo del artículo 290, hasta la clausura de la investigación penal preparatoria, el imputado en presencia de su defensor, podrá solicitar la realización del juicio abreviado sobre el hecho que motivó su aprehensión. Siempre que estuviere de acuerdo el Fiscal de Instrucción con la petición expresada, una vez formulada la imputación, la que se podrá basar en la aprehensión en flagrancia, la confesión del imputado, y en los elementos de prueba que existieren, se realizará el juicio de conformidad al trámite previsto por los artículos 419 y 420.

El Juez de Instrucción, previo a requerir la confesión circunstanciada del imputado, o la aceptación de la imputación, que es reformable, le hará conocer sus derechos y los alcances del acuerdo logrado. El Juez de Instrucción fundará la sentencia en los elementos de prueba reunidos. No se podrá imponer al imputado una sanción más grave que la solicitada por el Fiscal. Si el Juez de Instrucción, no presta conformidad al procedimiento o acuerdo alcanzado, o si habilitado el mismo el imputado se retracta, se remitirán nuevamente las actuaciones al Fiscal de Instrucción conforme al artículo 420. De haber mediado confesión del imputado no podrá ser tenida en cuenta a ningún efecto y se desglosará.

(Concs. Art. 356 -parcial., 419 y 420 CPP Cba.)

(SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")

***Art. 360 - Instancias.**

Las conclusiones del requerimiento fiscal serán notificadas al defensor del imputado quien podrá, en el término de cinco días, oponerse instando el sobreseimiento o el cambio de calificación legal.

(Concs. Art. 357 CPP Cba.; Art. 364 CPP Mza.)

(TEXTO SEGUN LEY 8008, ART. 59, INC. 24)

***Art. 361 - Elevación a Juicio.**

El Juez resolverá en audiencia oral la oposición. Si no hiciere lugar ordenará la elevación de la acusación fiscal. Si aceptase el cambio de calificación propuesto por la defensa, ordenará la elevación con dicha calificación. Cuando hubiere varios imputados, la decisión deberá dictarse respecto de todos aunque el derecho que acuerda el Artículo 360 haya sido ejercido sólo por el defensor de uno.

Cuando no se hubiere deducido oposición, el expediente será remitido por el fiscal al tribunal de juicio.

(Concs. Art. 358 CPP Cba.)

(TEXTO SEGUN LEY 8896, ART. 20)

***Art. 362 - De las audiencias orales.**

Para la decisión de todo criterio de oportunidad, oposición, prórroga de la investigación, juicio abreviado, cuestiones incidentales y cualquier otro trámite que no tenga previsto un procedimiento especial durante la investigación Penal Preparatoria, se resolverá por el Juez en una audiencia oral y continua. Se fijará dentro de los dos (2) días de solicitada, y será pública, salvo excepción fundada, la que deberá ser notificada.

El Juez dirigirá la audiencia, adoptando las medidas pertinentes al efecto. Luego de declarar abierta la misma, otorgará en primer lugar la palabra al peticionante o incidentante para que exponga en forma sucinta su pedido, fundándolo en hechos y derecho. No se permitirá la lectura de memoriales. Posteriormente otorgará el uso de la palabra a las demás partes concurrentes, quienes expondrán sobre la cuestión planteada. El Juez procurará evitar dilaciones innecesarias y la adición de puntos extraños al planteo originario.

Resolverá las cuestiones de orden que se susciten en forma inmediata, sin recurso alguno.

Oídas las partes e interesados, decidirá la cuestión en forma inmediata y en forma oral, de conformidad con el Artículo 155.

En casos excepcionales podrá disponerse un cuarto intermedio, pero la resolución jurisdiccional deberá dictarse el mismo día.

Todo diferimiento o nueva audiencia, en una misma causa, se deberá reprogramar de modo tal que no se suspenda el sistema de audiencias establecido por el Tribunal u oficina de gestión habilitada. Estas deberán ser continuas, no admitiéndose demoras ni suspensiones.

Los Magistrados y Funcionarios que más de tres (3) veces en un (1) año o en seis (6) oportunidades en diversos años hicieren fracasar de manera injustificada las audiencias, se considerarán incursos en la causal de mal desempeño previsto por el Artículo 12 de la Ley 4.970. Cuando se trate de abogados, en las mismas circunstancias, deberá remitirse informe al Tribunal de Ética del Colegio de Abogados de la circunscripción correspondiente. Deberá establecerse un Registro a estos fines.

(Concs. Art. 359 CPP Cba.; Art. 366 - Art. 370 CPP Mza.)

(TEXTO SEGUN LEY 8896, ART. 21)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8008, ART. 59, INC. 25)

Art. 363 - Clausura y Notificación.

La investigación penal quedará clausurada cuando se dicte el decreto de remisión a juicio o quede firme el auto que lo ordene. Cuando el Tribunal de juicio tuviere asiento en otro lugar, aquellas resoluciones serán notificadas a las partes y defensores, quienes deberán constituir nuevo domicilio.

(Concs. Art. 360 CPP Cba.)

LIBRO TERCERO. JUICIOS Y PROCEDIMIENTOS ESPECIALES

TÍTULO I. JUICIO COMÚN

CAPÍTULO 1. ACTOS PRELIMINARES

***Art. 364 - Audiencia preliminar.**

Recibido el caso por la Cámara de Crimen o la OGAP, dentro del primer día hábil, fijará fecha para realizar la audiencia preliminar, la que deberá tener lugar en un plazo no mayor de diez (10) días.

Dentro de los dos (2) primeros días de recibida la notificación del artículo 364 haciendo saber el Juez que va a entender, las partes podrán plantear la recusación en los términos del artículo 79. En el mismo plazo deberá formularse la demanda civil, bajo apercibimiento de tener al interesado por desistido.

La audiencia preliminar deberá tramitarse con la presencia ininterrumpida del Juez, el Fiscal, el imputado, su defensor, y demás partes, bajo pena de nulidad. Se deberá asegurar la plena vigencia de los principios de inmediación, contradicción, publicidad, celeridad mediante la concentración y desformalización. Se desarrollará oralmente y durante su realización no se admitirá la presentación de escritos, salvo la lista de testigos y peritos, o individualización de prueba, con copia a todos los intervinientes.

La ausencia del querellante o actor civil, debidamente notificados, implica el desistimiento de su intervención y el procedimiento seguirá su curso sin su participación posterior.

"Ante la incomparecencia del imputado se diferirá la audiencia hasta contar con su presencia y, a pedido del fiscal o querellante, se ordenará su inmediata detención. Tratándose de una persona jurídica privada, el juez deberá cumplimentar las disposiciones de los artículos 14° de la Ley N° 27.401 y 99° de la presente Ley". (Modifícase el quinto párrafo del artículo 364° de la Ley N° 6.730. Conforme Ley 9237)

Ante la comparecencia del imputado el Juez declarará abierta la audiencia, identificará al imputado, e inmediatamente realizará una breve enunciación de las presentaciones que hubieren realizado las partes que se encontraren presentes en la audiencia.

Seguidamente podrán plantear la aplicación de algún Criterio de Oportunidad: cuando se hubiere solucionado el conflicto y restablecida la armonía social o cuando hubiera habido acuerdo reparatorio o reparación integral solo a pedido del Ministerio Público Fiscal; a pedido del imputado o su defensor la Suspensión del Juicio a Prueba que solo procederá con consentimiento fundado del Fiscal; o cuando las partes hubieran arribado a Juicio Abreviado. El Juez podrá interrogar a las partes sobre si han llegado a algún acuerdo o invitarlas a que lo hagan. Se tramitará inmediatamente la petición y se resolverá fundada y oralmente en el mismo acto.

En su caso, el Juez invitará al actor civil, al imputado, al demandado civil y citado en garantía, a solucionar el conflicto civil, acordando el litigio sobre la pretensión que hubiere deducido el primero. Será constancia

del acuerdo el audio, sin perjuicio que las partes decidan instrumentarlo por escrito con posterioridad al acuerdo.

De no ser planteado ningún Criterio de Oportunidad, o el mismo fuere rechazado, o no solucionada la cuestión civil, el Juez citará las partes a juicio.

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 56) (HIS.: TEXTO SEGUN LEY 7116, ART. 5)

(HIS.: ULTIMO PARRAFO INCORPORADO POR LEY 7137, ART. 1) (HIS.: SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")

***Art. 365 - Comparecencia del acusado detenido.**

Conducido el acusado declarado rebelde que se ordenó detener según el Art. 364, se procederá de acuerdo al mismo y si se peticiona un Criterio de Oportunidad deberá resolverse sobre su situación de privación de libertad según corresponda. Si no se aplicare un Criterio de Oportunidad, y sólo luego de brindar las explicaciones de su incomparecencia, y a pedido de parte, podrá disponer el Juez medidas de seguridad o cautelares necesarias, o mantener la detención para asegurar la realización del juicio.

(Concs. Art. 361 bis CPP Cba.)

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 57)

***Art. 366 - Continuación de la Audiencia Preliminar.**

Nulidades y excepciones.

Seguidamente las partes podrán interponer, bajo pena de caducidad, las nulidades y excepciones que no hayan deducido anteriormente, las que serán tramitadas oralmente en el mismo acto, y resueltas de manera inmediata por el Juez quien proporcionará sus fundamentos en forma oral.

(Concs. Art. 362 CPP Cba.)

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 58)

***Art. 367 - Continuación de la Audiencia preliminar.**

Ofrecimiento de prueba.

Las partes deberán presentar por escrito en la audiencia preliminar la prueba de la que han de valerse en el juicio, con copia para cada parte, con individualización de los hechos o circunstancias que se pretenden probar con cada una, bajo pena de inadmisibilidad. Los testigos deberán ser identificados con el nombre, documento de identidad, profesión y domicilio.

Sólo podrá requerirse la designación de peritos nuevos, en los casos que deban dictaminar sobre puntos que anteriormente no fueron objeto de examen pericial; o si las pericias ofrecidas resultaren dubitativas, contradictorias o insuficientes; o cuando la defensa no haya ejercido el control previsto por el artículo 250; siempre a costa del proponente y bajo su responsabilidad la iniciativa probatoria. Quedan a salvo de esta disposición cuando deban designarse psiquiatras o psicólogos que deban dictaminar sobre la personalidad psíquica del imputado o de la víctima.

El Ministerio Público Fiscal solo es responsable de la iniciativa probatoria tendiente a acreditar los extremos de la imputación delictiva.

(Concs. Art. 363 CPP Cba.; Art. 386 CPP Mza.)

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 59)

***Art. 368 - Continuación de la Audiencia preliminar.**

Observaciones y acuerdos de la prueba; admisión y rechazo.

Acto seguido, en el mismo orden fijado para la discusión final en el juicio oral, las partes podrán formular las observaciones y planteamientos que estimaren relevantes con relación a las pruebas ofrecidas por los demás.

Las partes podrán acordar o ser invitados por el Juez a tener por acreditados ciertos hechos, sobre los que no cabrá discusión alguna en el juicio oral, limitando de esta manera las circunstancias que sí deberán demostrarse y la prueba para ello. Al acuerdo probatorio arribado deberá estarse durante el juicio oral y la limitación de la prueba.

Examinadas las pruebas ofrecidas y oídas las partes que hubieren comparecido a la audiencia, el Juez dispondrá, la exclusión de aquellas pruebas que fueren manifiestamente impertinentes o superabundantes, las que no podrán ser tratadas en el juicio oral. Contra esta decisión no cabrá recurso alguno.

Finalmente, el Juez admitirá la prueba pertinente que será sustanciada en el juicio oral.

(Concs. Art. 364 CPP Cba.; Art. 387 CPP Mza. -parcial-)

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 60)

***Art. 369 - Continuación de la Audiencia preliminar.**

Exclusión de prueba de cargo esencial. Cuando se excluyeren pruebas de cargo esenciales para sustentar la acusación en el juicio oral respectivo, las partes podrán solicitar el sobreseimiento definitivo, y el Juez previo oír a los interesados, resolverá en forma inmediata. Cuando el pedido lo formule el Fiscal, el Juez deberá sobreseer. Si el querellante se opuso podrá recurrirlo. Si instare el sobreseimiento la defensa, el rechazo será irrecurrible.

(Concs. Art. 365 CPP Cba.; Art. 388 CPP Mza. -parcial-)

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 61)

***Art. 370 - Continuación de la Audiencia preliminar.**

Actividad probatoria complementaria. Cuando la prueba admitida no pueda practicarse durante el juicio oral, y sólo a requerimiento de parte el Juez podrá disponer la realización en los siguientes casos:

- 1) La declaración de testigo que no pudiere comparecer al debate y fuera imposible que deponga por video conferencia.
- 2) El simple reconocimiento de documentos privados ofrecidos como prueba.
- 3) Las pericias y demás actos que no pudieren practicarse durante el juicio oral.

En los casos de los incisos 1) y 2), se fijará inmediatamente fecha para que tenga lugar la audiencia oral, quedando notificadas las partes.

Cuando se trate de un perito, según corresponda se tendrá por designado al propuesto o se procederá al inmediato sorteo.

En cualquiera de estos casos, los actos deberán practicarse en el tiempo que fije el Juez de acuerdo a la actividad procesal a realizar, que nunca podrá ser superior a los quince (15) días desde la Audiencia Preliminar, debiendo agregarse en las actuaciones los informes, actas o instrumentos, bajo pena de inadmisibilidad, dentro de los dos (2) días desde su vencimiento.

(Concs. Art. 366 CPP Cba.; Art. 391 CPP Mza. -parcial-)

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 62)

***Art. 371 - Continuación de la Audiencia preliminar.**

Fecha de juicio oral. En la misma audiencia, el Juez solicitará a la OGAP fecha de juicio oral, con intervalo no menor de cinco (5) ni mayor de treinta (30) días de la audiencia preliminar o del vencimiento de la actividad probatoria complementaria y en su caso, y que integre en caso de ser necesario el Tribunal Penal Colegiado con otros Jueces, debiendo sortear siempre un Juez suplente a los fines de evitar la suspensión del debate.

Las partes quedarán notificadas en el mismo acto de la fecha de debate que fija la OGAP.

La OGAP de inmediato ordenará la citación de testigos, peritos e intérpretes que deban intervenir en el juicio oral, y la producción del resto de la prueba admitida.

(Concs. Art. 367 CPP Cba.; Art. 389 CPP Mza. -parcial-)

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 63)

***Art. 372.- Unión y Separación de Juicios.**

A petición de parte se podrá ordenar la acumulación, cuando por el mismo delito atribuido a varios imputados se hubieren formulado diversas acusaciones siempre que esta no determine un grave retardo; o si la acusación tuviere por objeto varios delitos atribuidos a uno o más imputados, se podrá disponer que los juicios se realicen separadamente, pero, en lo posible, uno después del otro.

(Concs. Art. 368 CPP Cba.; Art. 390 CPP Mza. -parcial-)

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 64)

***Art. 373 - Sobreseimiento.**

El Tribunal dictará aún de oficio sentencia de sobreseimiento siempre que para establecer estas causales no fuere necesario el juicio oral, cuando:

nuevas pruebas acrediten que el acusado es inimputable;

se hubiere operado la prescripción de la pretensión penal, según la calificación legal del hecho admitida por el Tribunal;

se produjere otra causa extintiva de aquélla,

se verificase que concurre una excusa absolutoria;

a petición del Ministerio Público Fiscal, por la imposibilidad de mantener la acusación.

(Concs. Art. 370 CPP Cba.; Art. 392 CPP Mza. -parcial-)

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 65)

Art. 374 - Indemnización y Anticipo de Gastos.

Cuando los testigos, peritos e intérpretes citados no residan en la ciudad donde se realizará el debate, el Presidente fijará prudencialmente, a petición del interesado, la indemnización que corresponda por gastos indispensables de viaje y estadía. Las partes civiles y el querellante particular deberán consignar en Secretaría el importe necesario para indemnizar a las personas citadas a su pedido, salvo que también lo fueren a propuesta del Ministerio Público o del imputado, o que acrediten estado de pobreza.

(Concs. Art. 371 CPP Cba.; Art. 394 CPP Mza.-parcial)

CAPÍTULO 2. DEBATE

SECCIÓN PRIMERA. AUDIENCIAS

Art. 375 - Oralidad y Publicidad.

El debate será oral y público, bajo pena de nulidad, pero el Tribunal podrá resolver, aún de oficio, que se realice total o parcialmente a puertas cerradas, cuando la publicidad afecte la moral o la seguridad pública. La resolución será fundada, se hará constar en el acta y será irrecurrible. Desaparecida la causa de la clausura, se deberá permitir el acceso al público. Cuando se juzgue a un menor de 18 años, el debate se realizará a puertas cerradas durante la presencia de éste.

(Concs. Art. 372 CPP Cba.; Art. 395 CPP Mza.-parcial-; Art. 333 y 334 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 376 - Prohibiciones para el Acceso.

No tendrán acceso a la sala de audiencia los menores de 14 años, los dementes y los ebrios. Por razones de seguridad, orden, higiene, moralidad o decoro, la Cámara podrá ordenar también el alejamiento de toda persona cuya presencia no fuere necesaria o limitar la admisión a un determinado número.

(Concs. Art. 373 CPP Cba.; Art.396 CPP Mza.-parcial; Art. 332 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 377 - Continuidad y Suspensión.

El debate continuará durante todas las audiencias consecutivas que fueren necesarias hasta su terminación, pero podrá suspenderse por un término máximo de quince días en los siguientes casos:

- 1) Cuando deba resolverse alguna cuestión incidental que por su naturaleza no pueda decidirse inmediatamente.
- 2) Cuando sea necesario practicar algún acto fuera del lugar de la audiencia y no pueda cumplirse en el intervalo entre una y otra sesión.
- 3) Cuando no comparezcan testigos, peritos o intérpretes cuya intervención sea indispensable a juicio de la Cámara, el Fiscal o las partes, salvo que pueda continuarse con la recepción de otras pruebas hasta que el ausente sea conducido por la fuerza pública o declare conforme al artículo 369.
- 4) Si algún Juez, Fiscal o defensor se enfermase hasta el punto de no poder continuar su actuación en el juicio, a menos que los dos últimos puedan ser reemplazados. En estos supuestos, el Presidente les informará lo ocurrido en la audiencia.

5) Si el imputado se encontrare en la situación prevista en el inciso anterior, caso en que deberá comprobarse su enfermedad por los médicos forenses, sin perjuicio de que se ordene la separación de juicios.

6) Si alguna revelación o retractación inesperada produjere alteraciones sustanciales en la causa, haciendo indispensable una investigación suplementaria, que se practicará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 369.

7) Cuando el defensor lo solicite conforme al artículo 391.

8) Si se produjere la situación prevista en el Artículo 139, segundo párrafo. En caso de suspensión, el Presidente anunciará el día y hora de la nueva audiencia, y ello valdrá como citación para los comparecientes. El debate continuará enseguida del último acto cumplido cuando se dispuso la suspensión. Si ésta excediere el término máximo antes fijado, todo el debate deberá realizarse nuevamente, bajo pena de nulidad, e iniciarse antes de los sesenta días. Durante el tiempo de suspensión, los Jueces y Fiscales podrán intervenir en otros juicios.

(Concs. Art. 374 CPP Cba.; Art. 397 CPP Mza. -parcial-)

Art. 378 - Asistencia y Representación del Imputado.

El imputado asistirá a la audiencia libre en su persona sin perjuicio de la vigilancia y cautelas necesarias que se dispongan para impedir su fuga o violencia. Si después del interrogatorio de identificación el imputado deseara alejarse de la audiencia, se procederá en lo sucesivo como si estuviere presente, será custodiado en una sala próxima y para todos los efectos será representado por el defensor. Si su presencia fuere necesaria para practicar algún acto, podrá ser compelido por la fuerza pública. Cuando el imputado se hallare en libertad, la Cámara podrá ordenar su detención para asegurar la realización del juicio.

(Concs. Art. 375 CPP Cba.; Art. 398 CPP Mza.-parcial-; Art. 336 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 379 - Postergación Extraordinaria.

En caso de fuga del imputado, la Cámara ordenará la postergación del debate, y en cuanto sea detenido, fijará nueva audiencia.

(Concs. Art. 376 CPP Cba.; Art. 400 CPP Mza. -parcial-)

Art. 380 - Poder de Policía y de Disciplina.

El Presidente ejercerá el poder de policía y disciplina de la audiencia, y podrá corregir en el acto, con multa de hasta mil pesos (cfr. Ley Nº 23.928) o arresto de hasta 30 días, las infracciones a lo dispuesto en el artículo siguiente, sin perjuicio de expulsar al infractor de la sala de audiencia.

La medida será dictada por la Cámara cuando afecte al Fiscal, a las partes o a los defensores. Si se expulsare al imputado, su defensor lo representará para todos los efectos.

(Concs. Art. 377 CPP Cba.; Art. 401 CPP Mza. -parcial-)

Art. 381 - Obligación de los Asistentes.

Los que asistan a la audiencia, deberán permanecer respetuosamente y en silencio. No podrán adoptar una conducta intimidatoria, provocativa o contraria al decoro; ni producir disturbios o manifestar de cualquier modo opiniones o sentimientos.

(Concs. Art. 378 CPP Cba.; Art. 402 CPP Mza. -parcial-; Art. 335 "in fine" CPP C.Rica -parcial-)

Art. 382 - Delito en la Audiencia.

Si en la audiencia se cometiere un delito de acción pública, el Tribunal ordenará levantar un acta y, si correspondiere, la inmediata detención del presunto culpable, el que será puesto a disposición del Fiscal de Instrucción, a quien se le remitirán las copias y los antecedentes necesarios para que proceda como corresponda.

(Concs. Art. 379 CPP Cba.)

Art. 383 - Forma de las Resoluciones.

Durante el debate las resoluciones se dictarán verbalmente, dejándose constancia de ellas en el acta.

(Concs. Art. 380 CPP Cba.)

Sección Segunda. Actos del Debate

Art. 384 - Dirección.

El Presidente dirigirá el debate, ordenará las lecturas necesarias, hará las advertencias legales, recibirá los juramentos y declaraciones, y moderará la discusión, impidiendo derivaciones impertinentes o que no conduzcan al esclarecimiento de la verdad, sin coartar por esto el ejercicio de la acusación y la libertad de la defensa.

(Concs. Art. 381 CPP Cba.; Art. 406 CPP Mza. -parcial-)

Art. 385 - Apertura.

El día y hora fijados, el Tribunal se constituirá en la sala de audiencia. Después de verificar la presencia del Fiscal, de las partes y sus defensores, y de los testigos, peritos o intérpretes que deban intervenir, el Presidente declarará abierto el debate. Advertirá al imputado que esté atento a lo que va a oír y ordenará la lectura de la acusación.

(Concs. Art. 382 CPP Cba.; Art. 405 CPP Mza. -parcial-)

Art. 386 - Cuestiones Preliminares.

Inmediatamente después de abierto por primera vez el debate, se podrá deducir, bajo pena de caducidad, las nulidades a que se refiere el inciso 2 del Artículo 201. Las cuestiones referentes a la incompetencia por razón de territorio, a la unión o separación de juicio, a la admisibilidad o incomparecencia de testigos, peritos o intérpretes y a la presentación o requerimiento de documentos, podrá plantearse en la misma oportunidad, con igual sanción, salvo que la posibilidad de proponerlas no surja sino en el curso del debate.

(Concs. Art. 383 CPP Cba.; Art. 408 CPP Mza. -parcial-)

Art. 387 - Trámite de los incidentes.

Todas las cuestiones incidentales serán tratadas en un sólo acto, a menos que el Tribunal resuelva hacerlo sucesivamente o diferir alguna, según convenga al orden del proceso.

En la discusión de las cuestiones incidentales, el Fiscal y el defensor de cada parte, hablarán solamente una vez, por el tiempo que establezca el Presidente.

(Concs. Art. 384 CPP Cba.; Art. 408 CPP Mza.-parcial-)

Art. 388 - Declaraciones del Imputado.

Después de la apertura del debate o de resueltas las cuestiones incidentales en el sentido de la prosecución del juicio, el Presidente recibirá declaración al imputado si éste lo solicitase. En caso contrario procederá a recibir las pruebas en el orden indicado en los artículos respectivos de esta sección. Si hubiera manifestado espontáneamente su voluntad de declarar y así lo hiciere e incurriere en contradicciones, las que se le harán notar, el Presidente ordenará la lectura de las declaraciones prestadas por aquél ante el Fiscal de Instrucción, los Jueces de Menores y de Paz, siempre que se hubieren observado las normas de la investigación. De igual manera se procederá si manifestare su voluntad de no declarar. Cuando hubiere declarado sobre el hecho, se le podrán formular posteriormente, en el curso del debate, preguntas destinadas a aclarar sus manifestaciones.

(Concs. Art. 385 CPP Cba.)

Art. 389 - Declaración de Varios Imputados.

Si los imputados fueren varios, el Presidente podrá alejar de la sala de audiencia a los que no declaren, pero después de todas las declaraciones deberá informarles sumariamente de lo ocurrido durante su ausencia.

(Concs. Art. 386 CPP Cba.; Art. 410 CPP Mza.-parcial-)

Art. 390 - Facultades del Imputado.

En el curso del debate, el imputado podrá hacer todas las declaraciones que considere oportunas - incluso si antes se hubiere abstenido - siempre que se refieran a su defensa. El Presidente le impedirá cualquier divagación, y si persistiere aún, podrá alejarlo de la audiencia. El imputado podrá también hablar con su defensor sin que por esto la audiencia se suspenda, pero no podrá hacerlo durante su declaración o antes de responder a preguntas que se le formulen.

(Concs. Art. 387 CPP Cba.; Art. 411 CPP Mza.-parcial-)

Art. 391 - Ampliación del Requerimiento Fiscal.

El Fiscal deberá ampliar la acusación si de la investigación o del debate resultare la continuación del delito atribuido o una circunstancia agravante no mencionada en el requerimiento fiscal. En tal caso, con relación a los nuevos hechos o circunstancias atribuidos, el Presidente procederá, bajo pena de nulidad, conforme a lo dispuesto por los artículos 271 y 274, e informará al Fiscal y al defensor del imputado que tiene derecho a pedir la suspensión del debate para ofrecer nuevas pruebas o preparar la acusación o la defensa. Cuando este derecho sea ejercicio, el Tribunal suspenderá el debate por un término que fijará prudencialmente, según la naturaleza de los hechos y la necesidad de la acusación y la defensa, sin perjuicio de lo dispuesto por el Artículo 377.

Regirá lo dispuesto por el artículo 369.

El nuevo hecho que integre el delito continuado o la circunstancia agravante sobre la que verse la ampliación, quedarán comprendidos en la imputación y el juicio.

(Concs. Art. 388 CPP Cba.; Art. 412 CPP Mza. -parcial-; Art. 347 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 392 - Hecho Diverso.

Si del debate resultare que el hecho es diverso del enunciado en la acusación, el Tribunal dispondrá, por auto, correr vista al Fiscal de Cámara para que proceda con arreglo a lo dispuesto en el artículo anterior.

Si el Fiscal discrepare con el Tribunal al respecto, la sentencia decidirá sobre el hecho contenido en la acusación.

Reiniciado el debate, el trámite continuará conforme a lo previsto en los Artículos 385, 388, 393 y 405, en cuanto corresponda. (Concs. Art. 389 CPP Cba.)

Art. 393 - Recepción de Pruebas.

El Presidente procederá a recibir la prueba en el orden indicado en los artículos siguientes, salvo que considere necesario alterarlo. Si el imputado hubiese manifestado espontáneamente su decisión de declarar, éste será el primer acto.

(Concs. Art. 390 CPP Cba.)

Art. 394 - Normas de la Investigación Penal Preparatoria.

En cuanto sean aplicables y no se disponga lo contrario, se observarán las normas de la investigación penal preparatoria relativas a la recepción de las pruebas.

(Concs. Art. 391 CPP Cba.)

Art. 395 - Dictamen Pericial.

El Presidente hará leer la parte sustancial del dictamen presentado por los peritos, y si éstos hubieran sido citados, responderán bajo juramento, salvo los peritos de control, a las preguntas que se les formularen.

El Tribunal podrá disponer que los peritos presencien los actos del debate.

(Concs. Art. 392 CPP Cba.; Art. 415 CPP Mza.; Art. 350 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 396 - Testigos.

Enseguida, el Presidente procederá al examen de los testigos en el orden que estime conveniente, comenzando por el ofendido. Después de la declaración, serán interrogados conforme a lo previsto en el artículo 399. La parte que los propuso abrirá el interrogatorio. Antes de declarar, los testigos no podrán comunicarse entre sí ni con otras personas, ni ver, oír o ser informados de lo que ocurra en la sala de audiencias. Después de hacerlo, el Presidente dispondrá si continuarán incomunicados.

(Concs. Art. 393 CPP Cba.; Art. 351 CPP C.Rica -parcial-; Art. 415 CPP Mza.)

Art. 397 - Examen en el Domicilio.

El testigo o el perito que no compareciere por legítimo impedimento podrá ser examinado, en el lugar donde se hallare, por un Vocal. Podrán asistir, además de los miembros del Tribunal, el Fiscal, las partes y los defensores. En todo caso, el acta que se labre será leída durante el debate.

(Concs. Art. 394 CPP Cba.)

Art. 398 - Elementos de Convicción.

Los elementos de convicción secuestrados se presentarán, según el caso, a las partes y testigos, a quienes se les invitará a reconocerlos según lo dispuesto por el artículo 267 y a declarar lo que fuere pertinente.

(Concs. Art. 395 CPP Cba.)

Art. 399 - Interrogatorio.

Con la venia del Presidente, el Fiscal, las partes y los defensores, podrán formular preguntas a las partes, testigos, peritos o intérpretes. Luego, el Presidente y los Vocales podrán formular las preguntas que estimen necesarias para la mejor comprensión de la declaración.

El Presidente rechazará toda pregunta inadmisibles. La resolución podrá ser recurrida sólo ante la Cámara.
(Concs. Art. 396 CPP Cba.)

Art. 400 - Lectura de Declaraciones Testificales.

Las declaraciones testificales recibidas por el Fiscal de Instrucción, el Ayudante Fiscal o el Actuario, durante la investigación penal preparatoria, podrán leerse únicamente en los siguientes casos, bajo pena de nulidad:

- 1) Cuando habiéndose tomado todos los recaudos no se hubiese logrado la concurrencia del testigo cuya citación se ordenó o hubiese acuerdo entre el Tribunal y las partes.
- 2) A pedido del Ministerio Público o de las partes, si hubiere contradicciones entre ellas y las prestadas en el debate, o fuere necesario para ayudar la memoria del testigo.
- 3) Cuando el testigo hubiera fallecido, estuviera ausente del país, se ignorase su residencia o se hallare imposibilitado por cualquier causa para declarar.
- 4) Si el testigo hubiera declarado por medio de exhorto o informe.

(Concs. Art. 397 CPP Cba.) fallo de la guarda

***Art. 401 - Lectura de Actas y Documentos.**

El Tribunal podrá ordenar, a pedido del Ministerio Público o de las partes, la lectura de:

- 1) La denuncia.
- 2) Los informes técnicos y otros documentos producidos por la Policía Judicial.
- 3) Las declaraciones efectuadas por coimputados absueltos, sobreseídos, condenados o prófugos si aparecieren como partícipes del delito que se investiga o de otro conexo.
- 4) Las actas labradas con arreglo a sus atribuciones por la Policía Judicial, el Fiscal o el Juez de Instrucción.
- 5) Las constancias de otro proceso judicial de cualquier competencia.

(Concs. Art. 398 CPP Cba.)

(SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")

Art. 402 - Inspección Judicial.

Si para investigar la verdad de los hechos fuere indispensable una inspección, el Tribunal podrá disponerla, aún de oficio, y la practicará de acuerdo con el artículo 397.

(Concs. Art. 399 CPP Cba.)

Art. 403 - Nuevas Pruebas.

El Tribunal podrá ordenar, a requerimiento del Ministerio Público, del querellante o del imputado, la recepción de nuevos medios de prueba, si en el curso del debate resultaren indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad sobre los extremos de la imputación delictiva.

También podrá citar a los peritos si sus dictámenes resultaren insuficientes o proceder con arreglo al artículo 254. Las operaciones periciales necesarias se practicarán acto continuo en la misma audiencia, cuando fuere posible.

(Concs. Art. 400 CPP Cba.; Art. 355 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 404 - Falsedades.

Si un testigo, perito o intérprete incurriere en falsedad, se procederá conforme al artículo 382.
(Concs. Art. 401 CPP Cba.; Art. 422 CPP Mza.)

Art. 405 - Discusión Final.

Terminada la recepción de las pruebas, el Presidente concederá sucesivamente la palabra

- al actor civil,
- al Ministerio Público,
- al querellante particular, y
- a los defensores del imputado y ju8
- del demandado civil,

para que en este orden emitan sus conclusiones. No podrán leerse memoriales, excepto el presentado por el actor civil que estuviere ausente.

El actor civil limitará su alegato a los puntos concernientes a la responsabilidad civil y conforme a lo dispuesto por el artículo 119. El demandado civil observará lo dispuesto por el artículo 165 del Código Procesal Civil. Si intervinieren dos Fiscales o dos defensores del imputado, todos podrán hablar dividiéndose sus tareas.

Sólo el Ministerio Público y el defensor del imputado podrán replicar.

Corresponderá al segundo la última palabra.

La réplica deberá limitarse a la refutación de los argumentos adversarios que antes no hubieren sido discutidos.

En caso de manifiesto abuso de la palabra, el Presidente llamará la atención al orador, y si éste persistiera, podrá limitar prudencialmente el tiempo del alegato, teniendo en cuenta la naturaleza de los hechos en examen, las pruebas recibidas y las cuestiones a resolver. Vencido el término, el orador deberá emitir sus conclusiones. La omisión implicará incumplimiento de la función o abandono injustificado de la defensa.

En último término, el Presidente preguntará al imputado si tiene algo que manifestar y cerrará el debate.

A continuación se establecerá el orden en que los miembros del Tribunal emitirán sus votos.

(Concs. Art. 402 CPP Cba.; Art. 425 y Art. 78 CPP Mza. -parcial-)

CAPÍTULO 3. ACTA DEL DEBATE

Art. 406 - Contenido.

El secretario labrará un acta del debate que deberá contener, bajo pena de nulidad:

- 1) El lugar y fecha de la audiencia, con mención de la hora en que comenzó y terminó, y de las suspensiones dispuestas.
- 2) El nombre y apellido de los jueces, fiscales, querellante particular, defensores y mandatarios.
- 3) Las condiciones personales del imputado y el nombre de las otras partes.
- 4) El nombre y apellido de los testigos, peritos e intérpretes, con mención del juramento y la enunciación de los otros elementos probatorios incorporados al debate.
- 5) Las instancias y conclusiones del Ministerio Público y de las partes.

6) Otras menciones prescritas por la ley o las que el Presidente ordenare hacer y aquéllas que solicitaren el Ministerio Público o las partes.

7) Las firmas de los miembros del Tribunal, del Fiscal, defensores, mandatarios, querellante particular, si lo hubiere, y otros sujetos del proceso que hubieren intervenido, y Secretario, previa lectura.

(Concs. Art. 403 CPP Cba.; Art. 426 CPP Mza. -parcial-)

Art. 407 - Resumen o Versión.

En las causas de prueba compleja, a petición de parte o cuando la Cámara lo estimare conveniente, el Secretario resumirá al final de cada declaración o dictamen la parte sustancial que deba tenerse en cuenta.

También podrá ordenarse la grabación, video grabación o la versión taquigráfica total o parcial del debate.

(Concs. Art. 404 CPP Cba.)

CAPÍTULO 4. SENTENCIA

Art. 408 - Deliberación.

Inmediatamente después de terminado el debate, bajo pena de nulidad, los jueces pasarán a deliberar en sesión secreta, a la que solo podrá asistir el Secretario. El acto no podrá suspenderse, bajo la misma sanción, salvo caso de fuerza mayor o que alguno de los Jueces se enfermase hasta el punto de que no pueda seguir actuando. La causa de suspensión se hará constar y se informará a la Suprema Corte de Justicia. En cuanto al término de ella regirá el artículo 377.

(Concs. Art. 405 CPP Cba.; Art. 428 CPP Mza. -parcial-; Art. 360 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 409 - Normas para la Deliberación.

El Tribunal resolverá todas las cuestiones que hubieran sido objeto del juicio, fijándolas, si fuere posible, en el siguiente orden: las incidentales que hubieran sido diferidas, las relativas a la existencia del hecho delictuoso, con discriminación de las circunstancias jurídicamente relevantes; la participación del imputado, calificación legal y sanción aplicable; la restitución o indemnización demandada y costas. Las cuestiones planteadas serán resueltas sucesivamente, por mayoría de votos, valorándose los actos del debate conforme al artículo 206. Los Jueces votarán sobre cada una de ellas, cualquiera que fuere el sentido de sus votos anteriores. En caso de duda sobre las cuestiones de hecho se estará a lo más favorable al imputado.

Si en la votación sobre las sanciones que correspondan se emitieren más de dos opiniones, se aplicará el término medio.

Regirá el artículo 406. (Concs. Art. 406 CPP Cba.; Art. 361 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 410 - Reapertura del Debate.

Si el Tribunal estimare, durante la deliberación, absolutamente necesario ampliar las pruebas incorporadas, podrá disponer a ese fin la reapertura del debate. La discusión quedará limitada entonces al examen de los nuevos elementos.

(Concs. Art. 407 CPP Cba.; Art. 429 CPP Mza. -parcial-)

Art. 411 - Requisitos de la Sentencia.

La sentencia deberá contener:

1) La mención del Tribunal y fecha en que se dictare; el nombre y apellido de los Jueces, Fiscales, partes y defensores que hubieran intervenido en el debate; las condiciones personales del imputado, y la enunciación del hecho que haya sido objeto de la acusación.

2) El voto de los jueces sobre cada una de las cuestiones planteadas en la deliberación, con exposición concisa de los motivos de hecho y de derecho en que se basen, sin perjuicio de que adhieran específicamente a las consideraciones y conclusiones formuladas por el magistrado que votare en primer término.

3) La determinación precisa y circunstanciada del hecho que el Tribunal estime acreditado.

4) La parte resolutive, con mención de las disposiciones legales aplicadas.

5) La firma de los Jueces; pero si uno de los miembros del Tribunal no pudiere suscribir la sentencia por impedimento ulterior a la deliberación, ésto se hará constar y aquélla valdrá sin esa firma.

(Concs. Art. 408 CPP Cba.; Art. 431 CPP Mza. -parcial-; Art. 363 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 412 - Lectura.

Redactada la sentencia será protocolizada, bajo pena de nulidad, y se agregará copia al expediente. Acto seguido, el Presidente se constituirá en la sala de audiencia, previo convocar verbalmente al Ministerio Público, a las partes y a sus defensores y ordenará por Secretaría la lectura del documento, bajo la misma sanción, ante los que comparezcan.

Si la complejidad del asunto o lo avanzado de la hora hicieran necesario diferir la redacción de la sentencia, en dicha oportunidad se leerá tan sólo su parte dispositiva, fijándose audiencia para la lectura integral. Esta se efectuará, bajo pena de nulidad, en las condiciones previstas en el párrafo anterior y en el plazo máximo de cinco días a contar del cierre del debate. La lectura valdrá siempre como notificación para los que hubieran intervenido en el debate.

(Concs. Art. 409 CPP Cba.; Art. 432 CPP Mza. -parcial-)

Art. 413 - Sentencia y Acusación.

En la sentencia, el Tribunal podrá dar al hecho contenido en la acusación una calificación jurídica distinta, aunque deba aplicar penas más graves o medidas de seguridad, siempre que el delito no sea de competencia de un tribunal superior.

(Concs. Art. 410 CPP Cba.; Art. 433 CPP Mza. -parcial-; Art. 365 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 414 - Absolución.

La sentencia absolutoria ordenará, cuando fuere el caso, la libertad del imputado y la cesación de las restricciones impuestas provisionalmente; la aplicación de medidas de seguridad; o la restitución, indemnización o reparación demandada.

(Concs. Art. 411 CPP Cba.; Art. 434 CPP Mza. -parcial-; Art. 366 CPP C.Rica -parcial-)

***Art. 415 - Condena.**

La sentencia condenatoria fijará las penas y medidas de seguridad que correspondan y resolverá sobre el pago de las costas.

Dispondrá también, cuando la acción civil hubiere sido ejercida, la restitución del objeto material del delito, la indemnización del daño causado y la forma en que deberán ser atendidas las respectivas obligaciones.

Sin embargo, la restitución podrá ordenarse aunque la acción no hubiere sido intentada.

*Cuando la condena recaída, lo sea por los delitos comprendidos en el Título II, Título III, Capítulos II, III y IV del Código Penal, y el Tribunal determine de la prueba rendida, la probabilidad de reiteración delictiva, ordenará la inscripción de la sentencia en el RECIS, una vez firme ésta, suministrando los demás datos de filiación determinados en los artículos 1º, 2º y 3º de la presente.

(PARRAFO INCORPORADO POR LEY 7222, ART. 5)

*Toda condena dispondrá la extracción de muestras biológicas necesarias que permitan obtener la huella genética digitalizada de la persona condenada para su incorporación al Registro Provincial de Huellas Genéticas Digitalizadas y la inscripción de la sentencia en el mismo.

(PARRAFO INCORPORADO POR LEY 8916, ART. 18)

(Concs. Art. 412 CPP Cba.; Art. 435 CPP Mza. -parcial-; Art. 367 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 416 - Nulidad.

La sentencia será nula:

- 1) Si el imputado no estuviere suficientemente individualizado.
- 2) Si faltare la enunciación del hecho que fuera objeto de la acusación, o la determinación circunstanciada del que el Tribunal estimare acreditada.
- 3) Cuando se base en elementos probatorios no incorporados legalmente al debate, salvo que carezcan de valor decisivo.
- 4) Si faltare o fuere contradictoria la fundamentación de la mayoría del Tribunal, o no se hubieran observado en ella las reglas de la sana crítica, con respecto a elementos probatorios de valor decisivo.
- 5) Cuando faltare o fuere incompleta en sus elementos esenciales la parte dispositiva.
- 6) Si faltare la fecha del acto o la firma de los Jueces, salvo lo dispuesto en el inciso 5) del artículo 411.

(Concs. Art. 413 CPP Cba.; Art. 436 CPP Mza. -parcial-)

TÍTULO II. PROCEDIMIENTOS ESPECIALES

***CAPÍTULO 1. PROCEDIMIENTO CORRECCIONAL**

(NOMINACION DEL CAPITULO 1 SUSTITUIDA POR LEY 8929, ART. 10)

***Art. 417 - Información Sumaria.**

El Ayudante Fiscal, bajo las directivas del Fiscal de Instrucción, practicará una información sumaria que se realizará en el término de quince (15) días, con el objeto de reunir los elementos probatorios que sirvan de base a la acusación fiscal y procederá a efectuar la imputación formal conforme las disposiciones del artículo 271.

Las partes podrán proponer diligencias las que serán producidas en la etapa de plenario, salvo que se trate de actos urgentes o definitivos e irreproducibles.

El Fiscal de Instrucción podrá disponer el archivo de las actuaciones, cuando así correspondiera (artículo 346).

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 66)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8929, ART. 11)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8263, ART. 3. LA LEY 8263 HA SIDO DEROGADA POR LEY 8515, ART. 1) (Concs. Art. 414 CPP Cba.; Art. 437 y ss. CPP Mza.- Parcial)

***Art. 417 bis - Medidas de Coerción.**

En caso que el imputado estuviere privado de su libertad el término de la Información Sumaria será de diez (10) días desde la imputación formal y se aplicarán los artículos 284 y 345, no así el artículo 348, del presente Código. (TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 67)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8929, ART. 12)

***Art. 417 ter - Información Sumaria como Investigación Fiscal.**

Vencido el término de la Información Sumaria sin que se hubiere solicitado la audiencia de acusación la causa continuará su trámite conforme las disposiciones de la Investigación Fiscal (Capítulo IV, del Título Primero, del Libro Segundo).

Cuando el acusado estuviere privado de su libertad deberá solicitarse la prisión preventiva (artículo 348) en el término fatal de un (1) día.

También, en caso de complejidad probatoria el Fiscal de Instrucción declarará inaplicable el procedimiento, continuando el trámite según las disposiciones de la Investigación Penal Preparatoria.

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 68)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8929, ART. 13)

***Art. 417 quáter - Clausura de la Información Sumaria.**

Cumplido el plazo de la información sumaria o información sumaria como Investigación Fiscal, si el Fiscal de Instrucción estima que hay elementos de convicción suficientes para sostener como probable la participación punible del imputado en el hecho intimado, requerirá audiencia vía electrónica al Juez Correccional o a la OGAP, clausurando la información, para sostener oralmente la acusación fiscal, debiendo contener:

- 1) Individualización de la causa.
- 2) Condiciones personales del imputado u otros datos que sirvan para identificarlo.
- 3) Condiciones personales de las partes.
- 4) Enunciación del hecho y su calificación legal.
- 5) El pedido de citación a las partes.
- 6) Fecha y firma digital o similar por medios electrónicos.

El Ministerio Público Fiscal deberá notificar vía electrónica a la defensa el pedido de audiencia de acusación. Luego, deberá remitir el legajo o las actuaciones o, en su caso, el expediente al juzgado o la OGAP

En caso de no haber reunido elementos de convicción, deberá solicitar al Juez el Sobreseimiento, conforme las disposiciones del artículo 351 y siguientes de la presente ley.

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 69)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8929, ART. 14)

***Art. 417 quinquies - Audiencia de Acusación.**

La audiencia de acusación deberá fijarse dentro del término fatal cinco (5) días.

Abierta la audiencia y formulada la acusación podrá solicitarse la aplicación de algún Criterio de Oportunidad o Juicio Abreviado. Si no existiera ningún planteo de oportunidad o este fuese rechazado, la defensa podrá solicitar el control de la detención sobre la legalidad de la misma fundada en alguno de los tres incisos del artículo 293, se continuará con el trámite de la Audiencia Preliminar según los artículos 366, 367, 368, 369 y 370 y del juicio común con arreglo a las normas allí previstas, salvo las que se establezcan en este Capítulo.

Ofrecida y aceptada la prueba, el Juez solicitará a la OGAP la fecha de audiencia de debate según el artículo 371.

El Juez tiene las atribuciones propias del Tribunal encargado del Juicio Común. Podrá dictar sentencia inmediatamente después de cerrado el debate quedando registrada su decisión y los fundamentos en el soporte digital del audio o video registración.

No se podrá condenar al imputado si el Ministerio Público Fiscal no lo requiriese, ni imponer una sanción más grave que la pedida.

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 69)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8929, ART. 15)

CAPÍTULO 2. JUICIO ABREVIADO

Art. 418 - Procedencia.

Desde la clausura de la investigación penal preparatoria, y hasta el momento previsto por el artículo 385, se podrá proponer la aplicación del procedimiento abreviado cuando:

- a) El imputado lo solicitare y admita la imputación atribuida, que es reformable, y consienta la aplicación de este procedimiento.
- b) El Ministerio Público manifieste su conformidad.

La existencia de coimputados o la conexión de causas del mismo imputado, no impide la aplicación de esta regla a algunos de ellos.

Art. 419 - Requerimiento y trámite.

Actor Civil El Ministerio Público y el imputado, conjuntamente o por separado, manifestarán su deseo de aplicar el procedimiento abreviado y acreditarán el cumplimiento de los requisitos de ley.

El Fiscal de Cámara, formulará la acusación, que es reformable, y que contendrá una descripción de la conducta atribuida y su calificación jurídica, y solicitará la pena por imponer.

Se escuchará a la víctima, pero su criterio no será vinculante. Si existiere actor civil, el mismo podrá optar por la jurisdicción de tal fuero.

Art. 420 - Resolución.

El tribunal dictará sentencia, salvo que, previamente, estime pertinente oír a las partes y la víctima, de domicilio conocido, en audiencia oral.

En tal caso la sentencia se fundará en las pruebas recogidas en la investigación penal preparatoria y no se podrá imponer al imputado una sanción más grave que la pedida por el Fiscal.

Al resolver el tribunal, puede rechazar el procedimiento abreviado y, en este caso, deberá remitir la causa al Tribunal que sigue en el turno al originario.

Si ordena el reenvío, el requerimiento anterior sobre la pena no vincula al Ministerio Público durante el juicio, ni la admisión de los hechos por parte del imputado podrá ser considerada como una confesión.

CAPÍTULO 3. JUICIO POR DELITO DE ACCIÓN PRIVADA

SECCIÓN PRIMERA. QUERELLA

Artículo 421- Derecho de querella.

Toda persona con capacidad civil o persona jurídica privada que se pretenda ofendida por un delito de acción privada, tendrá derecho a presentar querella ante el Tribunal de juicio competente y a ejercer conjuntamente la acción civil resarcitoria. Igual derecho tendrá el representante legal del incapaz, por los delitos cometidos en perjuicio de éste".

Art. 422 - Unidad de Representación.

Cuando los querellantes fueran varios, deberán actuar bajo una sola representación, la que se ordenará de oficio si ellos no se pusieran de acuerdo.

(Concs. Art. 425 CPP Cba.; Art. 452 CPP Mza. -parcial-)

Art. 423 - Acumulación de Causas.

La acumulación de causas por delitos de acción privada se registrá por las disposiciones comunes, pudiendo procederse así cuando se trate de calumnias o injurias recíprocas, pero ellas no se acumularán con las incoadas por delitos de acción pública.

(Concs. Art. 426 CPP Cba.; Art. 451 CPP Mza. -parcial-; Art. 382 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 424 - Forma y Contenido de la Querella.

La querella será presentada por escrito, con una copia para cada querellado, personalmente o por mandatario especial, y deberán expresar, bajo pena de inadmisibilidad:

1) El nombre, apellido y domicilio del querellante y, en su caso, también los del mandatario. Tratándose de personas jurídicas privadas, la denominación o razón social, domicilio y sede social del querellante,

como así también, en caso de corresponder, los datos que la identifiquen mediante su inscripción en un registro público. (Inc. 1 modificado por Ley 9237)

2) El nombre, apellido y domicilio del querellado, o si se ignorasen, cualquier descripción que sirva para identificarlo.

3) Una relación clara, precisa y circunstanciada del hecho con indicación de lugar, fecha y hora en que se ejecutó, si se supiere.

4) Si se ejerciere la acción civil, la demanda para la reparación de los daños y perjuicios ocasionados.

5) Las pruebas que se ofrezcan, acompañándose:

a) La nómina de los testigos con indicación del nombre, apellido, profesión, domicilio y hechos sobre los que deberán ser examinados;

b) Cuando la querella verse sobre calumnias o injurias, el documento que a criterio del accionante las contenga, si fuere posible presentarlo; c) La copia de la sentencia civil definitiva que declare el divorcio por adulterio, si la querella fuere por ese hecho.

6) La firma del querellante, cuando se presentare personalmente, o si no supiere firmar, la de otra persona a su ruego, quien deberá hacerlo ante el Secretario.

La querella será rechazada en los casos previstos por el artículo 346, pero si se refiere a un delito de acción pública será remitida al Fiscal de Instrucción.

(Concs. Art. 427 CPP Cba.; Art. 453 CPP Mza. -parcial-)

Art. 425 - Responsabilidad del Querellante.

El querellante quedará sometido a la jurisdicción del Tribunal en todo lo referente al juicio por él promovido y a sus consecuencias legales.

(Concs. Art. 428 CPP Cba.; Art. 456 CPP Mza. -parcial-; Art. 383 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 426 - Renuncia Expresa.

El querellante podrá renunciar en cualquier estado del juicio, pero quedará sujeto a responsabilidad por sus actos anteriores.

(Concs. Art. 429 CPP Cba.; Art. 457 CPP Mza. -parcial-)

Art. 427 - Renuncia Tácita.

Se tendrá por renunciada la acción privada:

1) Cuando el querellante o su mandatario no concurriere a la audiencia de conciliación o del debate, sin justa causa, la que deberán acreditar antes de su iniciación si fuere posible, o en caso contrario, dentro de las 48 horas de la fecha fijada para aquélla.

2) Cuando muerto o incapacitado el querellante, no compareciere ninguno de sus herederos o representantes legales a proseguir la acción, después de tres meses de ocurrida la muerte o incapacidad.

(Concs. Art. 430 CPP Cba.; Art. 459 CPP Mza. -parcial-; Art. 383 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 428 - Efectos de la Renuncia. Desestimación de la querella.

Cuando el Tribunal declare extinguida la pretensión penal por renuncia del querellante, sobreseerá en la causa y le impondrá las costas, salvo que las partes hubieran convenido a este respecto otra cosa. Asimismo el tribunal podrá disponer el archivo de las actuaciones cuando el hecho imputado no

constituyera delito. Contra tales resoluciones que desestimen la querella, será procedente el recurso de casación.

(Concs. Art. 431 CPP Cba.; Art. 460 -Art.206 CPP Mza. -parcial-)

SECCIÓN SEGUNDA. PROCEDIMIENTO

Art. 429 - Audiencia de Conciliación.

Presentada la querella, se convocará a las partes a una audiencia de conciliación, remitiendo al querellado una copia de aquélla. A la audiencia podrán asistir los defensores. Cuando no concurra el querellado, el juicio seguirá su curso.

(Concs. Art. 432 CPP Cba.; Art. 461 CPP Mza.; Art. 385 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 430 - Investigación Preliminar.

Cuando el querellante ignore el nombre, apellido o domicilio del autor del hecho, o deban agregarse al proceso documentos que no estén en su poder, se podrá ordenar una investigación preliminar para individualizar al querellado a conseguir la documentación.

(Concs. Art. 433 CPP Cba.; Art. 454 CPP Mza. -parcial-)

Art. 431 - Conciliación y Retracción.

Cuando las partes se concilien en la audiencia o en cualquier estado del juicio, se sobreseerá en la causa y las costas serán por el orden causado, salvo que aquéllas convengan otra cosa.

Si el querellado se retractare en la audiencia o al contestar la querella, la causa será sobreseída y las costas quedarán a su cargo. La retractación será publicada a petición del querellante, en la forma que el Tribunal estimare adecuada.

(Concs. Art. 434 CPP Cba; Art. 462 CPP Mza.; Art. 386 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 432 - Prisión y Embargo.

El Tribunal podrá ordenar la prisión preventiva del querellado, previo una información sumaria y su declaración, sólo cuando concurren los requisitos del artículo 293 inciso 2). Cuando el querellante ejerza la acción civil podrá pedir el embargo de los bienes del querellado, respecto de lo cual se aplicarán las disposiciones comunes.

(Concs. Art. 435 CPP Cba.)

Art. 433 - Citación a Juicio.

Si el querellado no concurriere a la audiencia de conciliación o no se produjere ésta o la retractación, será citado para que en el término de diez días comparezca a juicio y ofrezca prueba, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente.

(Concs. Art. 436 CPP Cba; Art. 463 CPP Mza. -parcial-; Art. 387 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 434 - Excepciones.

Durante el término prefijado, el querellado podrá oponer excepciones previas de conformidad al Título II, Capítulo 1, Sección Tercera del Libro Primero.

(Concs. Art. 437 CPP Cba.)

Art. 435 - Fijación de Audiencias.

Vencido el término previsto por el artículo 433 o resueltas las excepciones en el sentido de la prosecución del juicio, se fijará día y hora para el debate conforme al artículo 371 y el querellante adelantará en su caso los fondos a que se refiere el artículo 374.

(Concs. Art. 438 CPP Cba; Art. 465 CPP Mza. -parcial-)

Art. 436 - Debate.

El debate se efectuará de acuerdo con las disposiciones comunes. El querellante tendrá las facultades y obligaciones correspondientes al Ministerio Público; podrá ser interrogado, pero no se le requerirá juramento.

(Concs. Art. 439 CPP Cba; Art. 466 CPP Mza.)

Art. 437 - Incomparecencia del Querellado.

Si el querellado o su representante no compareciere al debate, se procederá en la forma dispuesta por los artículos 378 y 379.

(Concs. Art. 440 CPP Cba; Art. 467 CPP Mza.; Art. 387 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 438 - Ejecución.

La sentencia será ejecutada con arreglo a las disposiciones comunes. En el juicio por calumnias o injurias podrá ordenarse, a petición de parte, la publicación de la sentencia a costa del vencido.

(Concs. Art. 441 CPP Cba; Art. 468 CPP Mza. -parcial-)

Art. 439 - Recursos.

Con respecto a los recursos se aplicarán las normas comunes.

(Concs. Art. 442 CPP Cba; Art. 469 CPP Mza.)

***CAPÍTULO 4.*PROCEDIMIENTO DE FLAGRANCIA**

(CAPITULO INCORPORADO SEGUN LEY 7692, ART. 2)

***Art. 439 bis - Procedencia. Audiencia de Detención y Acuerdos.**

En los casos en que se procediera a la aprehensión in fraganti del prevenido conforme regulan los artículos 287 y 288 de este Código, y siempre que se trate de delitos dolosos que no superen la pena de veinte (20) años de reclusión o prisión, el Fiscal de Instrucción o el Ayudante Fiscal bajo sus directivas, formará las actuaciones en el plazo de un (1) día hábil desde aquella y presentará en audiencia al imputado con la presencia del defensor frente al Juez de Garantías en Flagrancia, Juez Correccional, Juez de Garantías o al Juez del Juzgado Penal Colegiado según la asignación de la audiencia por la OGA u OGAP, según corresponda.

Se procurará, en la medida de lo posible, mantener la vestimenta y condiciones fisonómicas del imputado hasta la realización de la audiencia. Si ello no fuere posible, se dejará debidamente registrado por medio de fotografía, o medio digital técnico indubitable, la descripción física y vestimenta que al momento del hecho tenía el o los imputados, objetos de los que se valieron para cometer el delito, individualización de

los testigos, de los objetos involucrados en el ilícito, daños y perjuicios producidos, y cuantos más datos sean considerados de interés por las partes del proceso.

En caso de complejidad probatoria el Fiscal de Instrucción declarará inaplicable el procedimiento de flagrancia continuando el trámite mediante investigación Penal Preparatoria.

Quedará habilitada la acción civil ante el fuero correspondiente. La instancia del querellante particular sólo podrá formularse hasta la finalización de la primera audiencia, y en caso de oposición se resolverá la misma en esta audiencia con vista a las partes y la resolución será irrecurrible.

Se efectuará la imputación formal (artículo 271 y conc. del Código Procesal Penal), oportunidad que podrá solicitarse la aplicación de algún Criterio de Oportunidad o Juicio Abreviado.

Si no se planteara algún criterio de oportunidad o este fuese rechazado deberá realizarse el Procedimiento Directísimo.

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 71) (HIS.: TEXTO INCORPORADO SEGUN LEY 7692, ART. 2)

***Art. 439 ter - Procedimiento Directísimo.**

En la misma audiencia, podrán plantear las nulidades y excepciones de acuerdo al artículo 366. Las partes deberán ofrecer las pruebas a rendirse en el debate que se tramitarán según el artículo 368 y fijará la Audiencia de Finalización, en el plazo de dos (2) días hábiles desde la aprehensión, salvo el caso de producción de pruebas pertinentes y útiles que demanden más tiempo, quedando notificadas en ese acto las partes.

Cuando la fecha del debate sea posterior a los días (10) días desde la imputación formal, el Ministerio Público Fiscal deberá proceder según los artículos 348 y 293, inc. 1), salvo que existiere riesgo procesal podrá solicitar la prisión preventiva, conforme el inc. 3) del mismo artículo.

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 72) (HIS.: TEXTO INCORPORADO SEGUN LEY 7692, ART. 2)

***Art. 439 quater - Audiencia de Finalización.**

Será de aplicación, en lo pertinente, lo dispuesto por el Libro Tercero, Título I. Juicio Común.

El Ministerio Público Fiscal formulará la acusación oralmente. Se concederá a continuación la palabra al imputado para que exprese si desea ratificar o rectificar conforme su declaración en audiencia anterior.

Se recibirán los testimonios y pericias, y se incorporará la prueba instrumental según los acuerdos probatorios al que previamente hubieran arribado. Luego las partes pasarán a alegar en el orden establecido en el artículo 405 de este Código.

El Ministerio Público Fiscal podrá solicitar la absolución del imputado, la aplicación de un Criterio de Oportunidad o formulará la acusación y solicitará en su caso pena. El Juez podrá dictar sentencia inmediatamente después de cerrado el debate, quedando registrado sus fundamentos en el soporte digital del audio o video registración; o en caso de complejidad proceder de acuerdo al juicio común.

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 73) (HIS.: TEXTO INCORPORADO SEGUN LEY 7692, ART. 2)

***CAPÍTULO 5. HÁBEAS CORPUS Y HÁBEAS DATA**

(NUMERACION MODIFICADA SEGUN LEY 7692, ART. 2)

Art. 440 - Procedencia.

Toda persona detenida o incomunicada en violación de los arts. 17, 19, 21 y correlativos de la Constitución de Mendoza, o que considere inminente su detención arbitraria podrá interponer hábeas corpus para obtener que cese la restricción o la amenaza.

Igual derecho tendrá cualquier otra persona para demandar por el afectado, sin necesidad de mandato.

Cuando el hábeas corpus tuviere como fundamento el reagravamiento de las condiciones de prisión impuesta por órgano judicial competente, se procederá de conformidad con la Ley Nacional Nº 23.098.

En lo pertinente el hábeas data se regirá por las disposiciones contenidas en el presente Título.

(Concs. Art. 474 CPP Mza.)

Art. 441 - Competencia

Será competente para conocer del hábeas corpus cualquier juez letrado, sin distinción de fueros o instancias, del lugar en que se haya efectuado o esté por efectuarse la detención; pero cuando se lo ignore o se dude de él, podrá demandarse ante cualquier juez letrado de la Provincia.

Sin embargo cuando la orden que se considera arbitraria emane de una autoridad judicial, el interesado podrá deducir el recurso sólo ante el tribunal superior de aquélla, dentro del término que tenga para apelar y renunciando a este derecho.

(Concs. Art. 475 CPP Mza.)

Art. 442 - Demanda. Formas.

La demanda podrá ser deducida en forma verbal o escrita, con la mención de los datos imprescindibles, aunque no se conozca el lugar en que se haga efectiva la detención.

(Concs. Art. 476 CPP Mza.)

Art. 443 - Trámite.

Interpuesta la demanda, el juez librará oficio, inmediatamente y en todo caso en el término de una hora contada desde su presentación, a la autoridad que haya ordenado la detención o incomunicación, para que dentro del término de horas que le fije, el cual nunca podrá exceder de doce, presente el detenido e informe de acuerdo con el artículo siguiente.

Cuando el juez prefiera constituirse por si mismo en el lugar de la detención, podrá emitir dicha orden verbalmente, pero de ella se dejará constancia por escrito.

(Concs. Art. 477 CPP Mza.)

Art. 444 - Informe.

En el término fijado, la autoridad requerida presentará al detenido ante el juez o, si no pudiere hacerlo sin peligro para aquel expresará la causa, y le informará:

a) Si la persona a cuyo favor se procede está detenida bajo su poder e incomunicada, o ha dictado contra ella orden de detención, con indicación precisa del lugar, día y hora de la aprehensión, o de la incomunicación, o de la referida orden;

- b) Qué motivos legales le asisten;
- c) Si ha obrado por orden escrita de autoridad competente, caso en que deberá acompañarla;
- d) Si el detenido hubiere sido puesto a disposición de otra autoridad, a quien, por qué causa y en qué oportunidad se efectuó la transferencia.

(Concs. Art. 478 CPP Mza.)

Art. 445 - Pronunciamiento.

Dentro de las cuarenta y ocho horas a contar desde la deducción del recurso, y sin perjuicio de que practique las diligencias probatorias que estime necesarias, el juez dictará resolución.

Cuando la privación de la libertad haya sido ordenada por autoridad incompetente o la comunicación haya excedido el término constitucional, dispondrá la inmediata libertad del detenido, o que dicha orden no sea cumplida, o que cese la incomunicación.

Cuando el preso haya sido conducido a otra jurisdicción, hará saber al juez de ese lugar la resolución dictada.

Cuando el hábeas corpus tuviere por objeto la protección de la libertad frente a situaciones de desaparición forzada de personas, el Juez deberá establecer las medidas protectoras que sean pertinentes, fijando la autoridad responsable de su cumplimiento y el plazo de ejecución. Si hubiere sospecha fundada de la comisión de un delito, por el hecho de la desaparición, mediante compulsas de las actuaciones promoverá la investigación por el órgano competente.

(Concs. Art. 479 CPP Mza.)

Art. 446 - Actuación de oficio.

Cuando un juez o tribunal competente tenga conocimiento, por prueba suficiente, de que alguna persona es mantenida en custodia, detención o confinamiento, y pueda temerse que sea transportada fuera del territorio de su jurisdicción o sea objeto de perjuicio irreparable antes de ser socorrida con un auto de hábeas corpus, podrá expedirlo a éste de oficio.

(Concs. Art. 480 CPP Mza.)

Art. 447 - Costas.

Las costas del recurso, en el caso de ser otorgado, serán a cargo del culpable de la detención indebida, y del Estado en forma solidaria.

(Concs. Art. 481 CPP Mza.)

Art. 448 - Recurso.

La resolución será apelable con efecto devolutivo dentro de las veinticuatro horas de su notificación, cuando no haga lugar a la demanda.

(Concs. Art. 482 CPP Mza.)

LIBRO CUARTO. RECURSOS

TÍTULO I. DISPOSICIONES GENERALES

Art. 449 - Reglas Generales.

Las resoluciones judiciales serán recurribles sólo por los medios y en los casos expresamente establecidos. El derecho de recurrir corresponderá tan sólo a quien le sea expresamente acordado, siempre que tuviere un interés directo. Cuando la ley no distinga entre las diversas partes, aquél pertenecerá a cualquiera de ellas.

(Concs. Art. 443 CPP Cba; Art. 484 CPP Mza. -parcial-; Art. 422 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 450 - Recursos del Ministerio Público.

En los casos establecidos por la ley, el Ministerio Público podrá recurrir inclusive a favor del imputado o en virtud de la decisión del superior jerárquico, no obstante el dictamen contrario que hubiere emitido antes.

(Concs. Art. 444 CPP Cba;)

Art. 451 - Recursos del Imputado.

El imputado podrá impugnar la sentencia de sobreseimiento o la absolutoria cuando le impongan una medida de seguridad; o solamente de las disposiciones que contenga la sentencia sobre la restitución o el resarcimiento de los daños. Los recursos a favor del imputado podrán ser deducidos por él o su defensor, y si fuere menor edad, también por sus padres o tutor aunque éstos no tengan derecho a que se les notifique la resolución.

(Concs. Art. 445 CPP Cba;)

***Art. 452 - Recursos del querellante particular.**

En los casos establecidos por la ley, el querellante particular podrá recurrir las resoluciones jurisdiccionales que afecten sus intereses. (Concs. Art. 446 CPP Cba;)

(TEXTO SEGUN LEY 7116, ART. 6)

Art. 453 - Recursos del Actor Civil.

El actor civil podrá recurrir de las resoluciones jurisdiccionales sólo en lo concerniente a la acción por él interpuesta.

(Concs. Art. 447 CPP Cba;)

Art. 454 - Recursos del Demandado Civil.

El demandado civil podrá recurrir de la sentencia que declare su responsabilidad.

(Concs. Art. 448 CPP Cba.)

Art. 455 - Condiciones de Interposición.

Los recursos deberán interponerse, bajo pena de inadmisibilidad, en las condiciones de tiempo y forma que se determinan, con específica indicación de los puntos de la decisión que fueren impugnados.

(Concs. Art. 449 CPP Cba; Art. 487 CPP Mza. -parcial-)

Art. 456 - Adhesión.

El que tenga derecho a recurrir podrá adherir, dentro del término de emplazamiento, al recurso concedido a otro, siempre que exprese, bajo pena de inadmisibilidad, los motivos en que se funda.

(Concs. Art. 450 CPP Cba; Art. 488 CPP Mza. -parcial-; Art. 425 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 457 - Recursos durante el Juicio.

Durante el juicio sólo se podrá deducir reposición, la que será resuelta: en la etapa preliminar, sin trámite; en el debate, sin suspenderlo.

Los demás recursos podrán deducirse solamente junto con la impugnación de la sentencia, siempre que se hubiere hecho expresa reserva inmediatamente después del proveído. Cuando la sentencia sea irrecurrible, también lo será la resolución impugnada.

(Concs. Art. 451 CPP Cba; Art. 489 CPP Mza. -parcial-)

Art. 458 - Efecto Extensivo.

Cuando el delito que se juzgue apareciere cometido por varios coimputados, el recurso interpuesto en favor de uno de ellos favorecerá también a los demás, a menos que se base en motivos exclusivamente personales. En casos de acumulación de causas por delitos diversos, el recurso deducido por un imputado favorecerá a todos, siempre que se base en la inobservancia de normas procesales que les afecte y no en motivos exclusivamente personales. También favorecerá al Imputado el recurso del demandado civil, toda vez que éste alegue la inexistencia del hecho, niegue que aquél lo cometió o que constituya delito, sostenga que se ha extinguido la pretensión represiva o que la acción penal no pudo iniciarse o no puede proseguir.

(Concs. Art. 452 CPP Cba; Art. 485 CPP Mza. -parcial-)

Art. 459 - Efecto Suspensivo.

La resolución no será ejecutada durante el término para recurrir y mientras se tramite el recurso, salvo disposición en contrario.

(Concs. Art. 453 CPP Cba; Art. 429 CPP C.Rica)

Art. 460 - Desistimiento.

El Ministerio Público podrá desistir de sus recursos, en dictamen fundado, aún si lo hubiera interpuesto un representante de grado inferior. También podrán desistir las partes de los recursos deducidos por ellas o sus defensores, sin perjudicar a los demás recurrentes o adherentes, pero cargarán con las costas. Para desistir de un recurso, el defensor deberá tener mandato especial de su representado.

(Concs. Art. 454 CPP Cba; Art. 490 CPP Mza. -parcial-; Art. 430 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 461 - Inadmisibilidad o Rechazo.

El recurso no será concedido por el Tribunal que dictó la resolución impugnada, cuando ésta fuere irrecurrible, o aquél no fuere interpuesto en tiempo, por quien tenga derecho. Si el recurso fuere inadmisibile el Tribunal de Alzada deberá declararlo así sin pronunciarse sobre el fondo. También deberá rechazar el recurso cuando fuere evidente que es sustancialmente improcedente.

(Concs. Art. 455 CPP Cba.; Art. 491 CPP Mza. -parcial-)

Art. 462 - Competencia del Tribunal de Alzada.

El recurso atribuirá al Tribunal de Alzada el conocimiento del proceso sólo en cuanto a los puntos de la resolución a que se refieran los agravios.

Los recursos interpuestos por el Ministerio Público permitirán modificar o revocar la resolución aún a favor del imputado. Cuando hubiere sido recurrida solamente por el imputado o a su favor, la resolución no podrá ser modificada en su perjuicio, en cuanto a la especie o cantidad de la pena ni a los beneficios acordados.

(Concs. Art. 456 CPP Cba.; Art. 492 CPP Mza. -parcial-; Art. 431 CPP C.Rica)

TÍTULO II. REPOSICIÓN

Art. 463 - Objeto.

El recurso de reposición procederá contra los autos que resuelvan sin sustanciación un incidente o artículo del proceso, a fin de que quien resolvió lo revoque o modifique por contrario imperio.

(Concs. Art. 457 CPP Cba.; Art. 493 CPP Mza.; Art. 434 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 464 - Trámite.

Este recurso se interpondrá dentro del tercer día, por escrito que lo fundamente. El Juez lo resolverá por auto en el término de cinco días, previa vista a los interesados.

(Concs. Art. 458 CPP Cba.; Art. 494 CPP Mza.; Art. 435 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 465 - Efectos.

La resolución que recaiga hará ejecutoria, a menos que el recurso hubiera sido deducido junto con el de apelación en subsidio, y éste fuere procedente. Este recurso tendrá efecto suspensivo sólo cuando la resolución recurrida fuere apelable con ese efecto.

(Concs. Art. 459 CPP Cba.; Art. 495 CPP Mza.; Art. 436 CPP C.Rica -parcial-)

TÍTULO III. APELACIÓN

***Art. 466 - Resoluciones Apelables.**

El recurso de apelación procederá contra las resoluciones de los Jueces de Instrucción y de Ejecución, siempre que expresamente sean declaradas apelables o causen gravamen irreparable.

(Concs. Art. 460 CPP Cba.; Art. 496 CPP Mza.; Art. 437 CPP Costa Rica -parcial-)

(SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")

***Art. 467 - Interposición y procedimiento.**

Este recurso deberá interponerse por escrito o diligencia dentro del término de tres días y ante el mismo Juzgado que dictó la resolución y en las condiciones establecidas en el Artículo 455.

El Juez deberá expedirse sobre la concesión del recurso dentro del término de dos (2) días, notificando a los interesados para que en el plazo de tres (3) días puedan adherir. En las apelaciones se seguirá el procedimiento establecido en el presente Título, salvo que se haya dispuesto uno especial.

Todas las notificaciones se practicarán según el Artículo 177 (Ley N° 8.896).

(TEXTO SEGUN LEY 8934, ART. 5)

(Concs. Art. 461 CPP. Cba.; Art. 497 CPP. Mza.; Art. 438 CPP. C.Rica -parcial)

***Art. 468 - Emplazamiento.**

Concedido el recurso, el superior, recibidas las actuaciones fijará audiencia oral, en el término de tres (3) días.

(TEXTO SEGUN LEY 8934, ART. 6)

(Concs. Art. 462 CPP Cba.; Art. 498 CPP Mza.; Art. 439 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 469 - Elevación de Actuaciones.

Cuando se impugnare la sentencia de sobreseimiento, el expediente será elevado inmediatamente después de la última notificación. Si la apelación se produjere en un incidente, se elevarán sus actuaciones. En los demás casos, sólo se remitirán copias de los actos pertinentes. No obstante, el Tribunal de Alzada podrá requerir el expediente principal, por un plazo no mayor de cinco días.

(Concs. Art. 463 CPP Cba.; Art. 499 CPP Mza.)

***Art. 470 - Desistimiento.**

Las partes podrán desistir del recurso dentro del término de un día de notificado de la audiencia. (TEXTO SEGUN LEY 8934, ART. 7)

(Concs. Art. 464 CPP Cba.; Art. 500 CPP Mza.)

***Art. 471 - Incomparecencia a la audiencia.**

La incomparecencia injustificada a la audiencia implicará el desistimiento del recurso.

(TEXTO SEGUN LEY 8934, ART. 8)

(Concs. Art. 465 CPP Cba.; Art. 500 CPP Mza.)

***Art. 472 - Audiencia.**

El Tribunal declarará abierta la audiencia para que las partes e interesados informen oralmente, en cuya oportunidad no se admitirá la incorporación de memoriales o escritos. La audiencia se desarrollará en lo que fuere compatible por el procedimiento del Artículo 362.

(TEXTO SEGUN LEY 8934, ART. 9)

(Concs. Art. 466 CPP Cba.; Art. 501 CPP Mza.; Art. 442 CPP C.Rica -parcial-)

***Art. 473 - Resolución.**

El Tribunal se pronunciará durante la audiencia en forma inmediata y oral. Podrá hacer cuarto intermedio, pero la resolución deberá dictarse el mismo día. Excepcionalmente, cuando por la complejidad de la causa, o la cantidad de imputados o causas apeladas, tornare imposible hacerlo el mismo día, el Tribunal podrá diferir fundadamente el dictado de la resolución dentro del término de tres días.

(TEXTO SEGUN LEY 8934, ART. 10)

(Concs. Art. 467 CPP Cba.; Art. 502 CPP Mza.)

TÍTULO IV. CASACIÓN

CAPÍTULO 1. PROCEDENCIA

Art. 474 - Motivos.

El recurso de casación podrá ser interpuesto por los siguientes motivos:

1) Inobservancia o errónea aplicación de la Ley sustantiva. 2) Inobservancia de las normas que este Código establece bajo pena de inadmisibilidad, caducidad o nulidad, siempre que, con excepción de los casos de nulidad absoluta, el recurrente hubiera reclamado oportunamente la subsanación del defecto, si era posible, o hubiera hecho protesta de recurrir en casación.

(Concs. Art. 468 CPP Cba.; Art. 503 CPP Mza.; Art. 443 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 475 - Resoluciones Recurribles.

Además de los casos especialmente previstos por la ley y con las limitaciones establecidas en los artículos siguientes, sólo podrá deducirse este recurso contra las sentencias definitivas o los autos que pongan fin a la acción o a la pena, o hagan imposible que continúen, o que denieguen la extinción, conmutación o suspensión de cualesquiera de ellas.

(Concs. Art. 469 CPP Cba.; Art. 504 CPP Mza.; Art. 444 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 476 - Recursos del Ministerio Público.

El Ministerio Público podrá impugnar:

- 1) Las sentencias de sobreseimiento confirmadas por la Cámara de Apelación o dictadas por el Tribunal de Juicio.
- 2) Las sentencias absolutorias, siempre que hubiere requerido la imposición de una pena.
- 3) Las sentencias condenatorias.
- 4) Los autos mencionados en el artículo 475,

(Concs. Art. 470 CPP Cba.; Art. 505 CPP Mza.)

Art. 477 - Recursos del Querellante Particular.-

El querellante particular podrá impugnar las sentencias mencionadas en los incisos 1) y 2) del artículo anterior. Deberá mantener el recurso de casación ante la Suprema Corte de Justicia.

(Concs. Art. 471 CPP Cba.).

Art. 478 - Recursos del Imputado.

El imputado podrá impugnar:

- 1) Las sentencias condenatorias aún en el aspecto civil.
- 2) La sentencia de sobreseimiento o absolutoria que le imponga una medida de seguridad o lo condene a la reparación de los daños.
- 3) Los autos que denieguen la extinción de la acción o la pena y la conmutación o suspensión de la pena.

(Concs. Art. 472 CPP Cba.)

Art. 479 - Recursos del Actor y del Demandado Civil.

El actor civil podrá impugnar la sentencia de la Cámara del Crimen o del Juez Correccional de acuerdo con el artículo 453. El demandado civil podrá recurrir en casación de acuerdo con el artículo 454 cuando pueda hacerlo el imputado.

(Concs. Art. 473 CPP Cba.)

CAPÍTULO 2. PROCEDIMIENTO

Art. 480 - Interposición.

El recurso de casación será interpuesto ante el Tribunal que dictó la resolución, en el plazo de quince días de notificada y por escrito con firma de letrado, donde se citarán concretamente las disposiciones legales que se consideren violadas o erróneamente aplicadas y se expresará cual es la aplicación que se pretende. Deberá indicarse separadamente cada motivo con sus fundamentos.

Fuera de esta oportunidad no podrá aducirse ningún otro motivo.

El recurrente deberá manifestar si informará oralmente.

(Concs. Art. 474 CPP Cba.; Art. 509 CPP Mza.; Art. 445 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 481 - Proveído.

El Tribunal proveerá lo que corresponda, en el término de tres días, de acuerdo con el artículo 461. Cuando el recurso sea concedido, se procederá conforme a los artículos 468 y 469, elevándose el expediente a la Suprema Corte de Justicia.

(Concs. Art. 475 CPP Cba.)

Art. 482 - Trámite.

En cuanto al trámite ante la Suprema Corte de Justicia se aplicarán los artículos 461 segunda parte, 470, 471 primera parte y 472, mas el término fijado por el último, será de diez días.

(Concs. Art. 476 CPP Cba.; Art. 510 CPP Mza.)

Art. 483 - Debate.

Quando fuere el caso, el debate se efectuará el día fijado y en el momento oportuno, con asistencia de todos los miembros de la Suprema Corte de Justicia que deban dictar sentencia, y del Fiscal.

No será necesario que asistan y hablen todos los abogados de las partes.

La palabra será concedida primero al defensor del recurrente.

Quando también hubiera recurrido el Ministerio Público, su representante hablará en primer término. No se admitirán réplicas, pero los abogados de las partes, podrán presentar, antes de la deliberación, breves notas escritas. En cuanto fueren aplicables, regirán los artículos 375, 376, 380, 381 y 384.

(Concs. Art. 477 CPP Cba.; Art. 514 CPP Mza.)

Art. 484 - Deliberación.

Después de la audiencia, los jueces se reunirán a deliberar conforme al artículo 408, y en cuanto fuere aplicable, se observará el 409. Sin embargo, por la importancia de las cuestiones a resolver o por lo avanzado de la hora, la deliberación podrá ser diferida para otra fecha. El Presidente podrá señalar el

tiempo de estudio para cada miembro del Tribunal. La sentencia se dictará dentro de un plazo de veinte días conforme, en lo pertinente, con los artículos 411 y 412, excepto la segunda parte del último.

(Concs. Art. 478 CPP Cba.; Art. 515 CPP Mza.)

Art. 485 - Casación por la Violación de la Ley.

Si la resolución impugnada hubiere violado o aplicado erróneamente la ley sustantiva, el Tribunal la casará y resolverá el caso de acuerdo con la ley y la doctrina aplicables; pero procederá de acuerdo con el artículo siguiente, aún de oficio, cuando no se hubiera observado el inciso 3 del artículo 411.

(Concs. Art. 479 CPP Cba.; Art. 516 CPP Mza.)

Art. 486 - Anulación Total o Parcial.

En el caso del artículo 474 inciso 2, el Tribunal anulará la resolución impugnada y procederá conforme a los artículos 203 y 204.

(Concs. Art. 480 CPP Cba.; Art. 517 CPP Mza.)

Art. 487 - Rectificación.

Los errores de derecho en la fundamentación de la sentencia impugnada, que no hayan influido en la parte resolutive, no la anularán, pero deberán ser corregidos.

También lo serán los errores materiales en la designación o el cómputo de las penas.

(Concs. Art. 481 CPP Cba.; Art. 518 CPP Mza.)

Art. 488 - Libertad del Imputado.

Cuando por efecto de la sentencia deba cesar la detención del imputado, la Suprema Corte de Justicia ordenará directamente la libertad.

(Concs. Art. 482 CPP Cba.; Art. 519 CPP Mza.)

TÍTULO V. INCONSTITUCIONALIDAD

Art. 489 - Procedencia.

El recurso de inconstitucionalidad podrá interponerse contra las sentencias definitivas o autos mencionados en el artículo 475, cuando se cuestione la constitucionalidad de una ley, decreto, reglamento o resolución que estatuyan sobre materia regida por la Constitución de la Provincia, y la sentencia o el auto fuere contrario a las pretensiones del recurrente. (Concs. Art. 483 CPP Cba.; Art. 520 CPP Mza.).

Art. 490 - Procedimiento.

Serán aplicables a este recurso las disposiciones del capítulo anterior relativas al procedimiento y forma de dictar sentencia.

(Concs. Art. 484 CPP Cba.; Art. 521 CPP Mza.)

TÍTULO VI. QUEJA

Art. 491 - Procedencia.

Cuando sea denegado indebidamente un recurso que procediere ante otro Tribunal, el recurrente podrá presentarse en queja ante éste, a fin de que lo declare mal denegado.

(Concs. Art. 485 CPP Cba.; Art. 523 CPP Mza.)

Art. 492 - Trámite.

La queja se interpondrá por escrito en el término de dos o cuatro días - según que los Tribunales actuantes residan o no en la misma ciudad - desde que la resolución denegatoria fue notificada. Cuando sea necesario, el Tribunal de Alzada podrá requerir el expediente, que devolverá sin tardanza.

(Concs. Art. 486 CPP Cba.; Art. 523 CPP Mza.)

Art. 493 - Resolución.

El Tribunal se pronunciará por auto en un plazo no mayor de cinco días, a contar desde la interposición o de la recepción del expediente.

(Concs. Art. 487 CPP Cba.; Art. 523 CPP Mza.)

Art. 494 - Efectos.

Si la queja fuere desechada, las actuaciones serán devueltas sin más trámite al Tribunal de origen. En caso contrario se concederá el recurso y se requerirán las actuaciones a fin de emplazar a las partes y proceder según corresponda.

(Concs. Art. 488 CPP Cba.; Art. 524 CPP Mza.)

TÍTULO VII. REVISIÓN

Art. 495 - Motivos.

El recurso de revisión procederá en todo tiempo y en favor del condenado, contra la sentencia firme:

- 1) Si los hechos establecidos como fundamento de la condena fueren inconciliables con los fijados por otra sentencia penal irrevocable.
- 2) Cuando la sentencia impugnada se hubiera fundado en prueba documental o testifical, cuya falsedad se hubiere declarado en fallo posterior irrevocable.
- 3) Si la sentencia condenatoria hubiera sido pronunciada a consecuencia de prevaricato, cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta, cuya existencia se hubiese declarado en fallo posterior irrevocable.
- 4) Cuando después de la condena sobrevengan nuevos hechos o elementos de prueba, que solos o unidos a los ya examinados en el proceso, hagan evidente que el hecho no existió, que el condenado no lo cometió, o que el hecho cometido encuadra en una norma penal más favorable.
- 5) Si la sentencia se funda en una interpretación de la ley que sea más gravosa que la sostenida por la Suprema Corte de Justicia, al momento de la interposición del recurso.
- 6) Si el consentimiento exigido por los artículos 359 y 418 no hubiese sido prestado por el condenado.

(Concs. Art. 489 CPP Cba.; Art. 525 CPP Mza.)

Art. 496 - Límite.

El recurso deberá tender siempre a demostrar la inexistencia del hecho, que el condenado no lo cometió, o que falta totalmente la prueba en que se basó la condena, salvo que se funde en el inciso 4, última parte, o en el inciso 5 del artículo anterior.

(Concs. Art. 490 CPP Cba.; Art. 526 CPP Mza.)

Art. 497 - Quienes podrán deducirlo.

Podrán deducir el recurso de revisión:

1) El condenado; si fuere incapaz, sus representantes legales; si hubiera fallecido o estuviere ausente con presunción de fallecimiento, su cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos.

2) El Ministerio Público.

(Concs. Art. 491 CPP Cba.)

Art. 498 - Interposición.

El recurso de revisión será interpuesto personalmente o mediante defensor, por escrito que contenga, bajo pena de inadmisibilidad, la concreta referencia de los motivos en que se basa y las disposiciones legales aplicables. En los casos que prevén los incisos 1, 2, 3 y 5 del artículo 495, bajo la misma sanción, se acompañará copia de la sentencia pertinente, pero si en el supuesto del inciso 3 la pretensión penal estuviera extinguida o la acción no pudiere proseguir, el recurrente deberá indicar las pruebas demostrativas del delito de que se trate.

(Concs. Art. 492 CPP Cba.; Art. 528 CPP Mza.)

Art. 499 - Procedimiento.

En el trámite del recurso de revisión se observarán las reglas establecidas para el de casación, en cuanto sean aplicables. El Tribunal podrá disponer todas las indagaciones y diligencias que crea útiles, y delegar su ejecución en alguno de sus miembros.

(Concs. Art. 493 CPP Cba.; Art. 529 CPP Mza.)

Art. 500 - Efecto Suspensivo.

Durante la tramitación del recurso, el Tribunal podrá suspender la ejecución de la sentencia recurrida y disponer la libertad del imputado, con caución o sin ella.

(Concs. Art. 494 CPP Cba.; Art. 530 CPP Mza.)

Art. 501 - Sentencia.

Al pronunciarse en el recurso, la Suprema Corte de Justicia podrá anular la sentencia y remitir a nuevo juicio cuando el caso lo requiera, o dictar directamente la sentencia definitiva.

(Concs. Art. 495 CPP Cba.; Art. 531 CPP Mza.)

Art. 502 - Nuevo Juicio.

Si se remitiere un hecho a nuevo juicio, en éste no intervendrá ninguno de los magistrados que conocieron del anterior. En el nuevo juicio no se podrá absolver por efecto de una nueva apreciación de los mismos hechos del primer proceso, con prescindencia de los motivos que hicieron admisible la revisión.

(Concs. Art. 496 CPP Cba.; Art. 532 CPP Mza.)

Art. 503 - Efectos Civiles.

Si la sentencia fuere absolutoria, podrá ordenarse la restitución de la suma pagada en concepto de pena y de indemnización; de esta última, sólo cuando haya sido citado el actor civil.

(Concs. Art. 497 CPP Cba.; Art. 533 CPP Mza.)

Art. 504 - Reparación.

La sentencia de la que resulte la inocencia de un condenado podrá decidir, a instancia de parte, sobre los daños y perjuicios causados por la condena. Estos serán reparados por el Estado siempre que aquél no haya contribuido con su dolo o culpa al error judicial. La reparación sólo podrá acordarse al condenado, o por su muerte, a sus herederos forzosos.

(Concs. Art. 498 CPP Cba.; Art. 534 CPP Mza.)

Art. 505 - Revisión Desestimada.

El rechazo de un recurso de revisión no perjudicará el derecho de presentar nuevos pedidos fundados en elementos diversos.

Las costas de un recurso desechado serán siempre a cargo de la parte que lo interponga.

(Concs. Art. 499 CPP Cba.; Art. 535 CPP Mza.)

LIBRO QUINTO. EJECUCIÓN

TÍTULO I. DISPOSICIONES GENERALES

Art. 506 - Juez de Ejecución.

Corresponderá al Juez de Ejecución, siempre que no se tratara de procesos en los que hubiere intervenido un Tribunal de Menores:

- 1) Controlar que se respeten las garantías constitucionales en el trato otorgado a los condenados y a las personas sometidas a medidas de seguridad.
- 2) Controlar el cumplimiento, por parte del imputado o condenado, de las instrucciones e imposiciones establecidas en los casos de suspensión de Juicio a prueba, libertad condicional y condena de ejecución condicional.
- 3) Controlar el cumplimiento efectivo de las sentencias de condena dictadas por los Jueces Correccionales y Cámaras del Crimen, con excepción de la ejecución civil.
- 4) Controlar la ejecución de las medidas de seguridad impuestas a inimputables mayores de edad.
- 5) Conocer en los incidentes que se susciten durante la ejecución de la pena, con excepción de los relacionados con el cómputo de las penas, de la revocación de la condena de ejecución condicional o de la libertad condicional por comisión de un nuevo delito; y de la modificación de la sentencia o de la pena impuesta por haber entrado en vigencia una Ley más benigna.
- 6) Conocer en las peticiones que presentarán los condenados a penas privativas de la libertad, con motivos de beneficios otorgados por la legislación de ejecución penitenciaria.

(Concs. Art. 35 bis. CPP Cba.).

Art. 507 - Competencia y Legislación aplicable.

Para la ejecución de la pena se aplicarán específicamente, las normas contenidas en la ley Nº 24660, a la cual adhirió la Provincia de Mendoza por la Ley Nº 6513, en lo que resulta materia de legislación local, su Decreto Reglamentario, o las que los reemplacen. Las resoluciones del Juez de Ejecución penal serán apelables por ante el Tribunal que dictó la sentencia.

(Concs. Art. 500 CPP Cba. -parcial-; Ley Nº 6513; Ley Nº 24.660)

Art. 508 - Delegación.

El Juez de Ejecución a los fines del cumplimiento de sus funciones podrá comisionar a un funcionario judicial para que practique alguna diligencia necesaria.

(Concs. Art. 501 CPP Cba.)

***Art. 509 - Incidente de Ejecución.**

El incidente deberá tramitarse en audiencia oral y pública, salvo casos de privacidad decretada por el Juez. La víctima deberá ser notificada del incidente para su intervención, quien tendrá voz en la audiencia. No obstante, podrá presentar informe escrito acerca del objeto de la audiencia, en caso de no estar presente en la misma. Siempre podrá ser asistida por un abogado de confianza. Si el Juez decidiera en contra de su opinión, deberá fundar expresamente tal negativa. Las asociaciones de defensa de las víctimas y de intereses específicos en relación con el delito cometido, tendrán el mismo derecho de participar en la audiencia.

(Concs. Art. 502 CPP Cba.)

(TEXTO SEGUN LEY 8971, ART. 32)

Art. 510 - Sentencia Absolutoria.

Cuando la sentencia sea absolutoria, el Juez o Tribunal que la dictó dispondrá inmediatamente la libertad del imputado que estuviere preso y la cesación de las restricciones cautelares impuestas, aunque aquella fuere recurrible.

(Concs. Art. 503 CPP Cba.-parcial-)

TÍTULO II. EJECUCIÓN PENAL

CAPÍTULO 1. PENAS

***Art. 511 - Cómputos.**

El Juez de Sentencia o Tribunal de Juicio practicará el cómputo de la pena, fijando la fecha de su vencimiento o su monto. Se notificará el Decreto respectivo al condenado y a su Defensor y al Ministerio Público, quienes podrán observarlo dentro de los tres (3) días. Si no se dedujera oposición en término, el cómputo será aprobado por Decreto y la sentencia se ejecutará inmediatamente, enviando los recaudos al Juez de Ejecución. En caso contrario se procederá conforme al procedimiento previsto por el Art. 509. El mismo trámite se seguirá cuando el cómputo deba ser rectificado, pudiéndose en ambos casos recurrir en Casación.

(TEXTO SEGUN LEY 7370, ART. 1)

(Concs. Art. 504 CPP Cba.)

***Art. 511 bis-**

Podrá interponerse recurso de apelación por ante la Cámara de Apelaciones de los recursos y autos emitidos por el Juez de Ejecución, relativo a la imposición de sanciones, otorgamiento de salidas transitorias, traslados de jurisdicción, denegatoria de libertad asistida, medidas alternativas a la detención, prisión discontinua o régimen de semidetención y toda otra resolución que implique una alteración sustantiva de la pena.

(TEXTO INCORPORADO POR LEY 7370, ART. 2)

***Art. 512 - Pena privativa de la libertad.**

Cuando el condenado a pena privativa de la libertad no estuviere preso, el tribunal que le impuso la condena ordenará su captura, salvo que aquélla no exceda de seis meses de prisión y no exista sospecha de fuga. En este caso, se notificará al condenado para que se constituya detenido dentro de los cinco días. Si el condenado estuviere privado de su libertad, una vez firme la sentencia condenatoria, el juez o Tribunal que la dictó, remitirá de inmediato la causa al Juez de Ejecución, quien procederá de acuerdo al Art. 511 y luego, en el plazo de veinte (20) días comunicará la sentencia remitiendo testimonio de ella y del cómputo de pena, a la autoridad administrativa competente. En el plazo de diez (10) días a partir de la recepción de la comunicación y sus recaudos, la autoridad penitenciaria correspondiente efectuará el traslado del condenado al establecimiento que ella determine para el cumplimiento de la pena, conforme al régimen de ejecución previsto por la ley penitenciaria nacional. Si el asiento del Tribunal de Sentencia,

estuviere a más de ciento cincuenta (150) kilómetros del Juez de Ejecución, el primero podrá, a pedido del imputado, realizar todos los actos señalados en este artículo. (Concs. Art. 505 CPP Cba. Parcial). (TEXTO SEGUN LEY 7116, ART. 7)

Art. 513 - Suspensión.

La ejecución de una pena privativa de la libertad podrá ser diferida en los siguientes casos:

- 1) Cuando deba cumplirla una mujer embarazada o que tenga un hijo menor de seis meses.
- 2) Si el condenado se encontrare gravemente enfermo y la inmediata ejecución pusiera en peligro su vida, según el dictamen de peritos designados de oficio.

Cuando cesen estas condiciones, la sentencia se ejecutará de inmediato.

(Concs. Art. 506 CPP Cba.)

Art. 514 - Enfermos.

Si durante la ejecución de la pena privativa de la libertad, el condenado sufre enfermedad que no pudiese ser atendida en la cárcel, el Juez de Ejecución dispondrá, previo los informes médicos necesarios, la internación del enfermo en un establecimiento adecuado, salvo que ésto importare grave peligro de fuga.

(Concs. Art. 507 CPP Cba.-parcial-)

Art. 515 - Inhabilitación Accesorio.

Cuando la pena privativa de la libertad importe la accesoria que establece el artículo 12 del Código Penal, el Juez o Tribunal de Sentencia ordenará las inscripciones y anotaciones que correspondan.

(Concs. Art. 508 CPP Cba.-parcial-)

Art. 516 - Inhabilitación Absoluta.

La parte resolutive de la sentencia que condene a inhabilitación absoluta se hará publicar en el Boletín Oficial, y se cursarán las comunicaciones a la Junta Electoral y a las Reparticiones o Poderes que correspondan, según el caso.

(Concs. Art. 509 CPP Cba.)

Art. 517 - Inhabilitación Especial.

Cuando la sentencia imponga inhabilitación especial, se harán las comunicaciones pertinentes.

(Concs. Art. 510 CPP Cba.)

Artículo 518.- Pena de multa.

La multa deberá ser abonada dentro de los diez (10) días desde que la sentencia quede firme. Vencido este término, el Juez o Tribunal de Sentencia procederá con arreglo a los artículos 21° y 22° del Código Penal. La sentencia se ejecutará a iniciativa del Ministerio Público, por el procedimiento que a ese fin establece el Código Procesal Civil, Comercial y Tributario de la Provincia de Mendoza.

En el caso que el Juez o tribunal de sentencia disponga el pago de la multa en forma fraccionada, en el supuesto previsto en el cuarto párrafo del artículo 8° de la Ley N° 27.401, fijarán el monto y la fecha de los pagos. En caso de incumplimiento de cualquiera de los mismos, se producirá el vencimiento de pleno derecho de la obligación respectiva a la fecha en que quede firme la sentencia" (Ley 9237 -11-08-20)

Art. 519 - Prisión Domiciliaria.

La prisión domiciliaria, se cumplirá bajo la vigilancia de la autoridad penitenciaria provincial, a la que se impartirán las órdenes necesarias. Del mismo modo se procederá en el caso del artículo 298. Si el detenido quebrantare la medida, el Juez ordenará su captura para su cumplimiento en el establecimiento que corresponda. Rige también para el presente artículo la excepción prevista en el Art. 298, bajo las mismas modalidades y requisitos.

(Concs. Art. 512 CPP Cba.)

Art. 520 - Revocación de Condena Condicional.

La revocación de la condena de ejecución condicional será dispuesta por el Juez o Tribunal que la impuso, salvo que proceda la acumulación de penas; en este caso, podrá ordenarla el que determine la pena única.

(Concs. Art. 513 CPP Cba.)

Art. 521 - Modificación de la Pena Impuesta.

Cuando deba quedar sin efecto o modificarse la pena impuesta, o las condiciones de su cumplimiento por haber entrado en vigencia una ley más benigna o en virtud de otra razón legal, el Juez o Tribunal de Sentencia aplicará dicha ley de oficio, a solicitud del interesado o del Ministerio Público. El incidente se tramitará conforme al artículo 509 aunque la cuestión fuere provocada de oficio.

(Concs. Art. 514 CPP Cba.-parcial-)

CAPÍTULO 2. LIBERTAD CONDICIONAL

Art. 522 - Solicitud.

La solicitud de libertad condicional podrá ser formulada por el condenado o por su defensor. Está será tramitada por intermedio del organismo administrativo competente a los efectos de la confección de los informes exigidos por el Art. 28 de la Ley N° 24660.

(Concs. Art. 515 CPP Cba.)

Art. 523 - Cómputo y Antecedentes.

Presentada la instancia, el Juez de Ejecución requerirá informe del Secretario sobre el tiempo de condena cumplido por el solicitante y sus antecedentes. En caso necesario se librará oficio al Registro Nacional de Reincidencia y los exhortos pertinentes.

(Concs. Art. 516 CPP Cba.)

Art. 524 - Informe y Dictamen.

La solicitud de libertad condicional deberá ser acompañada de un informe sobre el tiempo cumplido de condena y lo previsto por el artículo 13 de Código Penal, y del dictamen sobre la calificación de concepto (artículo 101, Ley Penitenciaria Nacional), producido por el organismo administrativo competente. En caso de omisión de estos recaudos, el Juez deberá requerirlos antes de resolver respecto a la solicitud. A tal efecto fijará un plazo de hasta cinco días.

(Concs. Art. 517 CPP Cba.)

***Art. 525 - Procedimiento.**

En cuanto al trámite, resolución y recursos se procederá de conformidad al Artículo 509. Cuando la Libertad Condicional fuere acordada, en el auto se fijarán las condiciones que establece el Art. 13 del Código Penal y el liberado deberá prometer que las cumplirá fielmente, en el acto de la notificación. El Secretario le entregará una copia de la resolución, la que deberá conservar y presentar a la autoridad encargada de vigilarlo, toda vez que le sea requerida. En todos los casos de denegación o la revocación de la libertad condicional corresponderá recurso de apelación ante la Cámara de Apelaciones.

(TEXTO SEGUN LEY 7370, ART. 3)

(Concs. Art. 518 CPP Cba.)

Art. 526 - Supervisión. Patronato.

La supervisión del liberado condicional se implementará de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 29 de la Ley N° 24660. A dicho organismo se le comunicará la libertad otorgada y en su caso, la denegatoria, remitiéndole copia del auto respectivo.

(Concs. Art. 519 CPP Cba.-parcial-)

Art. 527 - Incumplimiento.

La revocatoria de la libertad condicional podrá efectuarse de oficio o a solicitud del Ministerio Público o del Patronato. En todo caso, el libertado será oído y se le admitirán pruebas, procediéndose en la forma prescrita por el artículo 509. Si el Juez lo estimare necesario, el liberado será detenido preventivamente hasta que se resuelva la incidencia.

(Concs. Art. 520 CPP Cba.)

CAPÍTULO 3. MEDIDAS DE SEGURIDAD Y TUTELARES

Art. 528 - Vigilancia.

La ejecución provisional o definitiva de una medida de seguridad será vigilada por el Juez o Tribunal de Sentencia, cuyas decisiones serán obedecidas por las autoridades del establecimiento en que la misma se cumpla.

(Concs. Art. 521 CPP Cba.)

Art. 529 - Instrucciones.

Cuando disponga la ejecución de una medida de seguridad, el Juez o Tribunal impartirá las instrucciones necesarias a la autoridad o al encargado de ejecutarla y fijará los plazos en que deberá informársele acerca del estado de la persona sometida a la medida o sobre cualquier otra circunstancia de interés. Dichas instrucciones podrán ser modificadas en el curso de la ejecución, según sea necesario, incluso a requerimiento de la autoridad administrativa. Contra estas resoluciones no habrá recurso alguno.

(Concs. Art. 522 CPP Cba.)

Art. 530 - Internación de Anormales.

El Juez ordenará especialmente la observación psiquiátrica del sujeto, cuando disponga la aplicación de la medida que prevé el artículo 34 inciso 1º del Código Penal.

(Concs. Art. 523 CPP Cba.)

Art. 531 - Colocación de Menores.

Cuando se hubiere dispuesto la colocación privada de un menor, el encargado de su cuidado o la autoridad del establecimiento en que se encuentre, tendrá la obligación de facilitar la vigilancia dispuesta por la ley 6354.

(Concs. Art. 524 CPP Cba.)

Art. 532 - Cesación.

Para ordenar la cesación de una medida de seguridad o tutelar, el Juez o Tribunal deberá oír al Ministerio Público, al interesado, o cuando éste sea incapaz, a quien ejercite su patria potestad, tutela o curatela, y en su caso, conforme a lo dispuesto por la ley 6354. Además, en los casos del artículo 34, inc. 1 del Código Penal, deberá requerirse el informe técnico oficial del establecimiento en que la medida se cumpla y el dictamen por lo menos, de dos peritos.

(Concs. Art. 525 CPP Cba.)

CAPÍTULO 4. RESTITUCIÓN Y REHABILITACIÓN

Art. 533 - Solicitud y Competencia.

Cuando se cumplan las condiciones prescritas por el artículo 20 ter del Código Penal, el condenado a inhabilitación absoluta o relativa podrá solicitar al Tribunal que la ejecutó, personalmente o mediante un abogado defensor, que se lo restituya en el uso y goce de los derechos y capacidades de que fue privado, o su rehabilitación. Con el escrito deberá presentar copia auténtica de la sentencia respectiva y ofrecer una prueba de dichas condiciones, bajo pena de inadmisibilidad.

(Concs. Art. 526 CPP Cba.)

Art. 534 - Prueba e Instrucción.

Además de ordenar la inmediata recepción de la prueba ofrecida, el Tribunal podrá ordenar la instrucción que estime oportuna. A tales fines podrá actuar un integrante de la Cámara, librarse las comunicaciones necesarias o encomendarse información a la Policía Judicial.

(Concs. Art. 527 CPP Cba.)

Art. 535 - Vista y Decisión.

Practicada la investigación y previa vista al Ministerio Público y al interesado, el Tribunal resolverá por auto. Contra éste sólo procederá el recurso de casación.

(Concs. Art. 528 CPP Cba.)

Art. 536 - Efectos.

Si la restitución de la rehabilitación fuere concedida, se harán las anotaciones y comunicaciones necesarias para dejar sin efecto la sanción.

(Concs. Art. 529 CPP Cba.)

TÍTULO III. EJECUCIÓN CIVIL

CAPÍTULO 1. CONDENAS PECUNIARIAS

Art. 537 - Competencia.

La sentencia que condene a restitución, indemnización o reparación de daños, o al pago de costas, cuando no sea inmediatamente ejecutada o no pueda serlo por simple orden del Tribunal que la dictó, se ejecutará por el interesado ante el Juez Civil que corresponda con arreglo al Código Procesal Civil.

(Concs. Art. 530 CPP Cba.; Art. 561 CPP Mza.; Art. 464 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 538 - Sanciones Disciplinarias.

El Ministerio Público ejecutará las penas pecuniarias de carácter disciplinario, a favor del Fisco, en la forma establecida por el artículo anterior.

(Concs. Art. 531 CPP Cba.; Art. 562 CPP Mza.)

CAPÍTULO 2. GARANTÍAS

Art. 539 - Embargo o Inhibición de Oficio.

El Tribunal, de oficio o a pedido del Ministerio Fiscal, podrá ordenar el embargo de bienes del imputado en cantidad suficiente para garantizar la pena pecuniaria, las costas y la indemnización civil.

Si el imputado no tuviere bienes o lo embargado fuere insuficiente, se podrá disponer la inhibición.

(Concs. Art. 532 CPP Cba.; Art. 563 CPP Mza.)

Art. 540 - Embargo a Pedido de Parte.

El actor civil podrá pedir el embargo de bienes del imputado y del demandado civil, a fin de garantizar el pago de la indemnización que pudiera ordenarse.

(Concs. Art. 533 CPP Cba.; Art. 564 CPP Mza.)

Art. 541 - Otras Medidas Cautelares.

El Tribunal, de oficio o a pedido del Ministerio Fiscal o del actor civil, podrá ordenar cualquier otra medida cautelar.

(Concs. Art. 534 CPP Cba.)

Art. 542 - Remisión.

Serán de aplicación las normas del Código Procesal Civil, en todo lo referente a embargos y otras medidas cautelares, salvo lo dispuesto en este Capítulo.

(Concs. Art. 535 CPP Cba.)

Art. 543 - Depósito.

Para la conservación, seguridad y custodia de los bienes embargados, el Tribunal designará depositario, quien los recibirá bajo inventario y firmará la diligencia de constitución del depósito; en ella se hará constar que se le hizo saber la responsabilidad que contrae.

Los fondos públicos, los títulos de crédito, el dinero y las alhajas se depositarán en un Banco Oficial.

(Concs. Art. 536 CPP Cba.; Art. 567 CPP Mza.)

Art. 544 - Administración.

Si la naturaleza de los bienes embargados lo hiciere necesario se dispondrá la forma de su administración y la intervención que en ella tendrá el embargado.

Podrá nombrarse interventor o administrador.

(Concs. Art. 537 CPP Cba.; Art. 568 CPP Mza.)

Art. 545 - Honorarios.

El depositario, el interventor y el administrador tendrán derecho a cobrar honorarios, que regulará el Tribunal.

(Concs. Art. 538 CPP Cba.; Art. 569 CPP Mza.)

Art. 546 - Variación del Embargo.

Durante el curso de proceso el embargo podrá ser levantado, reducido o ampliado.

(Concs. Art. 539 CPP Cba.; Art. 570 CPP Mza.)

Art. 547 - Actuaciones.

Las diligencias sobre embargos y fianzas se tramitarán por cuerda separada.

(Concs. Art. 540 CPP Cba.; Art. 571 CPP Mza.)

Art. 548 - Tercerías.

Las tercerías serán sustanciadas en la forma establecida por el Código Procesal Civil.

(Concs. Art. 541 CPP Cba.; Art. 572 CPP Mza.)

CAPÍTULO 3. RESTITUCIÓN Y OBJETOS SEQUESTRADOS

Art. 549 - Objetos Confiscados.

Cuando la sentencia importe confiscación de algún objeto, a éste se le dará el destino que corresponda según su naturaleza.

(Concs. Art. 542 CPP Cba.)

Art. 550 - Cosas Secuestradas. Restitución y Retención.

Las cosas secuestradas que no estuvieren sujetas a confiscación, restitución o embargo serán devueltas a quien se le secuestraron.

Si hubieran sido entregadas en depósito antes de la sentencia, se notificará al depositario la entrega definitiva. Las cosas secuestradas de propiedad del condenado podrán ser retenidas en garantía de las costas del proceso y de la responsabilidad pecuniaria impuesta.

(Concs. Art. 543 CPP Cba.; Art. 466 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 551 - Controversia.

Si se suscitare controversia sobre la restitución o la forma de ella, se dispondrá que los interesados ocurran a la jurisdicción civil.

(Concs. Art. 544 CPP Cba.; Art. 467 CPP C.Rica)

Art. 552 - Objetos no Reclamados.

Cuando después de un año de concluido el proceso, nadie acreditare tener derecho a la restitución de cosas que no se secuestraron en poder de persona determinada, se procederá en la forma establecida en la Ley vigente que rija la materia.

(Concs. Art. 545 CPP Cba.)

CAPÍTULO 4. SENTENCIA DECLARATIVA DE FALSEDAD

Art. 553 - Rectificación.

Cuando una sentencia declare falso un instrumento público, el Tribunal que la dictó ordenará que el acto sea reconstituido, suprimido o reformado.

(Concs. Art. 546 CPP Cba.)

Art. 554 - Documento Archivado.

Si el instrumento hubiera sido extraído de un archivo, será restituido a él, con nota marginal en cada página, y se agregará copia de la sentencia que hubiese establecido la falsedad total o parcial.

(Concs. Art. 457 CPP Cba.)

Art. 555 - Documento Protocolizado.

Si se tratare de un documento protocolizado, la declaración hecha en la sentencia se anotará al margen de la matriz, en los testimonios que se hubieren presentado y en el registro respectivo.

(Concs. Art. 548 CPP Cba.)

TÍTULO IV. COSTAS

Art. 556 - Anticipación.

En todo proceso, el Estado anticipará los gastos con relación al imputado y a las demás partes que gozaren del beneficio de pobreza.

(Concs. Art. 549 CPP Cba.; Art. 265 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 557 - Resolución Necesaria.

Toda resolución que ponga término a la causa o a un incidente, deberá resolver sobre el pago de las costas procesales y a cargo de quien corresponden.

(Concs. Art. 550 CPP Cba.; Art. 266 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 558 - Imposición.

Las costas serán a cargo del condenado, pero el Tribunal podrá eximirlo total o parcialmente, cuando hubiera tenido razón plausible para litigar. En materia civil, las costas se regirán por lo dispuesto en el Código Procesal Civil.

(Concs. Art. 551 CPP Cba.; Art. 267 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 559 - Personas Exentas.

Los representantes del Ministerio Público, los abogados y mandatarios que intervengan en el proceso, no podrán ser condenados en costas, salvo los casos en que especialmente se disponga lo contrario y sin perjuicio de la responsabilidad penal o disciplinaria en que incurran.

(Concs. Art. 552 CPP Cba.; Art. 268 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 560 - Contenido.

Las costas consistirán en el pago de los impuestos que correspondan, de los honorarios devengados en el proceso y de los otros gastos que se hubieran originado durante su tramitación.

(Concs. Art. 553 CPP Cba.; Art. 269 CPP Costa Rica -parcial-)

***Art. 561 - Distribución de Costas.**

Cuando sean varios los condenados al pago de costas, el Tribunal fijará la parte proporcional que corresponda a cada uno, sin perjuicio de la solidaridad que establezca la ley civil. Hasta tanto entre en vigencia la totalidad de la presente Ley, el Juez de Instrucción será competente para resolver lo dispuesto por el artículo 29 y lo establecido en el Libro Primero, Título V, Capítulo 2 del presente Código. Si el Juez de Instrucción rechazara el pedido de participación del Querellante Particular, su resolución será apelable ante la Cámara del Crimen correspondiente.

(Concs. Art. 554 CPP Cba.; Art. 267 CPP C.Rica -parcial-)

(SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Art. 562 - Vigencia.

Esta ley empezará a regir a los dos años de su publicación en el Boletín Oficial; a excepción de lo dispuesto en los artículos 10, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 45, 46, 103, 104, 105, 106, 107, 128, 129, 130, 297, 298, 359, 365, 418, 419, 420, 452, 477, 511, 512, 513, 514, 515, 516, 517, 518, 519, 520, 521, 522, 523, 524, 525, 526, 527, 563, 565, lo que entrará en vigencia luego de transcurridos treinta días corridos de la publicación de este Código en el Boletín Oficial de la Provincia de Mendoza. Las normas procesales vigentes en la actualidad deberán ser interpretadas en beneficio de la aplicación de las normas contenidas en los artículos señalados.

***Art. 562 bis- Facultades transitorias del Juez de Instrucción.-**

Hasta tanto entre en vigencia la totalidad de la presente Ley, el Juez de Instrucción será competente para resolver lo dispuesto por el Art. 29 y lo establecido en el Libro I, Título V, Capítulo 2, del presente Código.- Si el Juez de Instrucción rechazara el pedido de participación del Querellante Particular, su resolución será apelable ante la Cámara del Crimen correspondiente.- (SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")

***Art. 562 ter- Interpretaciones.**

A los fines interpretativos de todas las disposiciones existentes y las que entrarán en vigencia de la Ley 6.730 (T.O. Ley 7.007), en razón de la convergencia de las disposiciones que se van a producir, referidas unas a la instrucción formal (procedimiento mixto) y a otras, de la investigación penal preparatoria (procedimiento acusatorio), establézcanse las siguientes equivalencias terminológicas generales y específicamente las que de inmediato se determinan: A) En los artículos 388 y 400, dónde dice «Fiscal de Instrucción», se entenderá también «Juez de Instrucción»; B) En el artículo 394, normas de investigación penal preparatoria o instrucción formal indistintamente; C) En el artículo 410, se agrega luego de «Si el

tribunal estimare durante la deliberación absolutamente necesario, ampliar las pruebas incorporadas», la expresión «con el consentimiento de las partes. (TEXTO INCORPORADO LEY 7116, ART. 9)

Art. 563 - Facultades transitorias de la Suprema Corte de Justicia.

Además de las facultades previstas en la Constitución de Mendoza, la Ley Orgánica del Poder Judicial, y leyes especiales, durante los dos primeros años de vigencia de este Código, la Suprema Corte de Justicia deberá realizar la redistribución funcional, abrir o cerrar oficinas, asignar funciones, reorganizar despachos y redistribuir la competencia territorial de los tribunales, siempre que ello resulte indispensable para la aplicación de este Código.

***Art. 564 - DEROGADO POR LEY 8929, ART. 17.**

***Art. 565 - Procesos pendientes.**

*1) Las causas ya distribuidas con motivo de la vigencia de la Ley 6.730 y las propias, que continúen con el procedimiento de la Ley 1.908, seguirán sustanciándose en los Juzgados en que se encuentren, hasta llegar a las resoluciones definitivas.

(TEXTO MODIFICADO SEGUN LEY 7933, ART. 1) 2) Los procesos que estuvieren radicados en las Fiscalías de Instrucción continuarán, sustanciándose según su estado con arreglo a las disposiciones de la presente Ley, cuando ésta entre en su plena vigencia.

3) Los juicios por delito de acción privada que se encontraran radicados en las Cámaras del Crimen, continuarán tramitándose ante ellas.

4) Las causas que estuvieren tramitando en las Fiscalías Correccionales continuarán sustanciándose en éstas hasta su conclusión.

(Concs. Art. 556 CPP Cba.)

Art. 566 - Validez de los Actos Anteriores.

Los actos cumplidos antes de la vigencia de este Código, de acuerdo con las normas del abrogado, conservarán plena validez.

(Concs. Art. 557 CPP Cba.)

Art. 567 - Derogaciones

Derogáanse las leyes, decretos-leyes; decretos o reglamentos que se opongán a lo normado por el presente Código.

Art. 568 - Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Ley 9106. JUICIO POR JURADOS POPULARES

<http://www.saij.gob.ar/9106-local-mendoza-establecen-juicio-jurados-populares-lpm0009106-2018-10-16/123456789-0abc-defg-601-9000mvoorpyel?>

MENDOZA, 16 de Octubre de 2018

Boletín Oficial, 19 de Octubre de 2018

EL SENADO Y CÁMARA DE DIPUTADOS DE LA PROVINCIA DE MENDOZA, SANCIONAN CON FUERZA DE LEY:

CAPÍTULO I

Artículo 1º- Objeto.

La presente Ley tiene por objeto establecer el Juicio por Jurados Populares en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 24 de la Constitución Nacional (**ARTÍCULO 24.-** El Congreso promoverá la reforma de la actual legislación en todos sus ramos, y el establecimiento del juicio por jurados.)

Artículo 2º- Competencia. Modificado por Ley 9387

Los Juicios por Jurados Populares se realizarán sólo respecto de los delitos previstos en los Artículos 80, 124, 165 y 79 en función del Artículo 41 bis del Código Penal de la Nación cuando se hubieren consumado y los que con ellos concurren según las reglas de los Artículos 54 y 55 de este Código, siempre que deban ser juzgados simultáneamente con aquellos. La competencia se determinará con la calificación de los hechos con los que se eleva la causa a juicio.

Cuando un hecho hubiera conmocionado a una comunidad de tal modo que no pudiera razonablemente obtenerse un jurado imparcial, el Juez podrá disponer, sólo a pedido del acusado, en audiencia pública, con la intervención de todas las partes y mediante auto fundado, que se sorteen jurados de una circunscripción judicial de la Provincia distinta a aquella en que ocurrió el hecho delictivo. Esta prórroga de la jurisdicción, es independiente del lugar físico donde se realice el debate, el que será decidido por el Juez en audiencia y previo a escuchar la opinión de las partes."

[Modificaciones] VER. Ley 9387:

Artículo 3º- Dirección del proceso.

Recibido el caso por la Oficina de Gestión Administrativa Penal (OGAP) se determinará por sorteo el Juez que tendrá a cargo la tramitación de la causa en forma exclusiva, quien tendrá a su cargo la dirección del proceso, del debate y en su caso imposición de pena.

En la misma oportunidad la OGAP fijará la audiencia preliminar prevista en el Capítulo Primero "Actos preliminares" del Título I "Juicio Común" del Libro Tercero del Código Procesal Penal, en cuanto le sea aplicable.

Es inadmisibles la acción civil en el procedimiento de Juicios por Jurados Populares y la aplicación de los Principios de Oportunidad.

No es aplicable el artículo 46 del Código Procesal Penal.

Artículo 4º- Carga pública.

La función de jurado constituye una carga pública de los ciudadanos. Para a ser miembro de un jurado popular se deberán reunir las siguientes condiciones:

- a) Ser argentino nativo o naturalizado con no menos de cinco (5) años de ciudadanía. Tener una residencia permanente no inferior a cuatro (4) años en el territorio provincial y de dos (2) años en el territorio de la jurisdicción del Tribunal Colegiado competente.
- b) Tener entre 18 y 75 años de edad.
- c) Comprender el idioma nacional, saber leer y escribir.
- d) Contar con el pleno ejercicio de los derechos políticos;

Art. 5º- No podrán ser miembros del Jurado:

- a) El Gobernador, el Vicegobernador y los Intendentes.
- b) Los Ministros, Secretarios y Subsecretarios del Poder Ejecutivo Nacional o Provincial, los funcionarios con rango equivalente o superior a Director de los Municipios o Entes Públicos Autárquicos o Descentralizados. El Fiscal de Estado, Asesor de Gobierno, Contador y Tesorero de la Provincia y otros funcionarios de igual rango; el Presidente y los Vocales del Tribunal de Cuentas de la Provincia.
- c) Los integrantes de los órganos legislativos en el orden nacional, provincial o municipal.
- d) Los Magistrados, funcionarios o empleados del Poder Judicial nacional o provincial, del Ministerio Público Fiscal, del Ministerio Público de la Defensa y Pujilar y Procurador Penitenciario.
- e) Los abogados, escribanos y procuradores en ejercicio, los profesores universitarios de disciplinas jurídicas o de medicina legal y los peritos inscriptos.
- f) Los integrantes, en servicio activo o retirados, de las fuerzas armadas, de seguridad y del Servicio Penitenciario.
- g) Los Ministros de un culto.
- h) Las autoridades directivas de los partidos políticos reconocidos por la Junta Electoral de la Provincia o por la Justicia Federal con competencia electoral.
- i) Los cesanteados o exonerados de la administración pública nacional, provincial o municipal, o de las fuerzas de seguridad, defensa y/o del Servicio Penitenciario.
- j) Los fallidos por el tiempo que dure su inhabilitación por tal causa;
- k) Los imputados que se encuentren sometidos a proceso penal en trámite.
- l) Las personas condenadas por delitos dolosos a una pena privativa de libertad, hasta después de cumplido el plazo del artículo 50 del Código Penal y los condenados a pena de inhabilitación absoluta o especial para ejercer cargos públicos, mientras no sean rehabilitados.
- m) Las personas condenadas por crímenes de lesa humanidad.
- n) Quienes conforme certificación médica de efector público no tengan aptitud física y/o psíquica suficiente o presenten una disminución sensorial, que les impida el desempeño de la función.
- ñ) Los incluidos en el Registro de Deudores Alimentarios Morosos.

Artículo 6º- Integración.

El Jurado Popular se integrará con doce (12) miembros titulares y cuatro (4) suplentes.

La composición del Jurado Popular debe respetar una equivalencia de cincuenta por ciento (50%) del género femenino y otro cincuenta por ciento (50%) del género masculino. El género de los candidatos será determinado por su Documento Nacional de Identidad.

Artículo 7º- Lista de jurados.

La Junta Electoral de la Provincia deberá elaborar anualmente el listado principal de los ciudadanos que cumplan los requisitos previstos en el artículo 4° y que no tengan las incompatibilidades e inhabilidades previstas en el artículo 5º, discriminados por circunscripción judicial y por sexo.

Artículo 8º- Exhibición de registros y observaciones.

La Junta Electoral de la Provincia deberá publicar el listado principal de Jurados en la página Web del Poder Judicial. Las observaciones al mismo por errores materiales, incumplimiento de alguno de los requisitos legales por parte de los ciudadanos incorporados en la nómina o por la omisión de incluir a quienes se encuentren en condiciones de ser incorporados, pueden ser presentadas, por cualquier ciudadano ante la Junta Electoral de la Provincia dentro de los diez (10) días contados a partir de la última publicación en el Boletín Oficial, quien deberá resolver en el término de diez (10) días sobre la inclusión o exclusión en el listado principal de Jurados.

Vigencia: El listado principal de Jurados tendrá una vigencia anual contado a partir de su publicación en la página Web del Poder Judicial.

CAPÍTULO II CONFORMACIÓN DE LOS JURADOS POPULARES

Artículo 9º- Sorteo.

Dentro de los quince (15) días hábiles previos al inicio del debate el Juez procederá en audiencia, con la presencia del Fiscal y los abogados de las partes, bajo pena de nulidad, al sorteo de cuarenta y ocho (48) ciudadanos, de entre el listado principal de Jurados. El sorteo deberá respetar la composición equivalente a la establecida en el artículo 6º de la presente Ley.

En la misma audiencia, inmediatamente después del sorteo y en el mismo acto, la OGAP fijará una nueva audiencia a celebrarse dentro de los cinco (5) días hábiles de la fecha estipulada para el inicio del debate, para tratar las recusaciones y excusaciones, quedando notificadas las partes en dicho acto.

La notificación que realice la OGAP a los ciudadanos que hayan resultado sorteados, respecto de la convocatoria a la nueva audiencia, deberá contener la fecha, hora y lugar exacto del inicio del juicio oral y público, la transcripción de las normas relativas a los requisitos, inhabilidades e incompatibilidades para el desempeño de la función, las causales de excusación y las sanciones previstas para el caso de inasistencia o falseamiento de la verdad.

El Fiscal, los abogados de las partes y el personal judicial deberán guardar secreto sobre la identidad de los ciudadanos sorteados para integrar el Jurado.

Artículo 10- Audiencia de selección del Jurado.

El día fijado para la audiencia de selección de los integrantes del Jurado, el Juez, con la presencia del Fiscal y los abogados de las partes, bajo pena de nulidad, deberá verificar los datos personales de los cuarenta y ocho (48) sorteados, el cumplimiento de los requisitos del artículo 4°, la inexistencia de incompatibilidades e inhabilidades contempladas en el artículo 5°, debiendo indagar sobre los inconvenientes prácticos que eventualmente pudieren tener para cumplir su función de Jurado.

Asimismo, el Juez deberá informar a los integrantes del Jurado sobre la naturaleza de la función que les ha sido asignada, quiénes son las personas interesadas a los fines de la excusación, los deberes y

responsabilidades que dicha función implica y las penalidades previstas para los delitos vinculados con tal desempeño.

Art. 11- Excusaciones y recusaciones.

Las excusaciones y recusaciones que correspondan al Jurado se registrarán por el Código Procesal Penal de la Provincia cuando le sean aplicables y por las específicas de esta Ley.

Artículo 12- Excusación.

Puede excusarse de integrar el Jurado quien alegue haber ejercido como Jurado en otra oportunidad durante el mismo año calendario o tenga algún impedimento o motivo legítimo de excusación, los cuales deben ser valorados por el Juez. La excusación debe plantearse hasta la audiencia de selección de Jurado, salvo que se produzca con posterioridad una nueva causal. En este último caso, puede formularse hasta antes del inicio del debate. El Juez debe resolver sobre la admisión o denegatoria de la excusación en el mismo acto.

Artículo 13- Recusación con causa.

Con posterioridad al planteo de excusaciones, en la misma audiencia, las personas seleccionadas como Jurados pueden ser recusadas por las partes, por las causales previstas en el artículo 12 y/o por prejuizamiento público y manifiesto. Para formular las recusaciones las partes podrán en forma previa examinar a los candidatos sobre posibles circunstancias que pudiesen afectar su imparcialidad e independencia, procurando excluir a aquellos que hubiesen manifestado preopiniones sustanciales respecto del caso o que tuviesen interés en el resultado del juicio, o sentimiento de resentimiento u odio hacia las partes o sus letrados. Para este cometido el Juez dará la palabra a cada una de las partes para que hagan los planteos que crean correspondientes.

Si se toma conocimiento de una causal de recusación con posterioridad al inicio del debate y hasta la emisión del veredicto, debe plantearse inmediatamente. Acto seguido, se suspende el curso del debate hasta que el Juez resuelva la cuestión luego de escuchar brevemente las manifestaciones de los interesados. Si se hace lugar a la recusación, el Jurado es reemplazado por el suplente que siga en orden de turno y si hubiera ocultado maliciosamente en el interrogatorio preliminar la causal de recusación que motivó su apartamiento, se deben remitir testimonios al Fiscal competente para que se investigue el hecho.

Artículo 14- Recusación sin causa.

La parte acusadora y la defensa pueden cada una, en oportunidad de la convocatoria prevista en el artículo 10, recusar sin causa hasta a cuatro (4) de los ciudadanos sorteados como Jurados. Las recusaciones se harán alternadamente comenzando por la acusación. En caso de existir varias partes acusadoras o acusados, deben actuar de mutuo acuerdo para indicar los candidatos que recusan sin alegación de causa. De no mediar acuerdo, se decide por sorteo el orden en que las partes acusadoras o acusados, pueden formular la recusación, hasta que se agote el cupo de recusables. A fin de analizar la recusación sin causa de los Jurados, las partes pueden interrogar a los candidatos a Jurados sobre sus circunstancias personales, el conocimiento que tengan del hecho, de los imputados y de las víctimas. Los integrantes de la lista prestarán juramento de decir la verdad y tendrán las mismas obligaciones que los testigos. Estos trámites

se realizan ante el Juez. Cuando un Jurado fuere recusado sin causa deberá ser excluido y no podrá actuar en el Juicio.

Art. 15. Sorteo. Modificado por Ley 9387

Resueltas las excusaciones y/o recusaciones y depurada la lista, se procederá al sorteo público de los doce (12) Jurados titulares y de los cuatro (4) suplentes, pudiendo en su caso los demás ser incorporados también como suplentes. Si el Jurado sorteado fuera apartado se debe designar sucesivamente a los restantes de la lista, según el orden del sorteo. Finalmente, se advertirá a los seleccionados de la importancia y deberes de sus cargos, que desde ese momento no deberán emitir criterios sobre la causa ni tomar contacto con las partes y se les comunicará en ese acto que quedan afectados al Juicio."

Artículo 16- Aspectos prácticos.

Una vez finalizada la audiencia de selección de los Jurados, se debe notificar a cada Jurado sobre el régimen de remuneraciones previsto en la normativa y se debe disponer las medidas necesarias para comunicar a sus respectivos empleadores sobre su condición de tales y las previsiones legales al respecto. En caso de resultar integrantes del Jurado personas con discapacidad, el Juez debe arbitrar todas las medidas necesarias para facilitar su participación en igualdad de condiciones.

Artículo 17- Deber de informar y de reserva.

Los Jurados deben comunicar al Juez los cambios de domicilio y cualquier circunstancia sobreviniente que los inhabilite para integrar el Jurado o que constituya una causal de excusación o de incompatibilidad de acuerdo con las disposiciones de esta Ley. El ciudadano que hubiera participado de la audiencia de selección de Jurados contemplada en el artículo 10 y que resulte excluido de la conformación definitiva del jurado, debe guardar reserva y no puede dar a conocer la identidad de los otros convocados.

Artículo 18- Retribución y gastos.

Las personas que se desempeñen como Jurado deberán ser retribuidos por el Estado Provincial de la siguiente manera: 1) Cuando se trate de empleados públicos o privados, mediante declaratoria en comisión con goce de haberes, de carácter obligatorio para el empleador. En este último supuesto se establecerá compensación económica al empleador. Los empleadores deben conservar a sus dependientes en sus cargos mientras estén en actividad como integrantes del Jurado y mantener sus privilegios laborales como si hubieran prestado servicios durante ese lapso. 2) En caso de trabajadores independientes, desempleados o que no trabajan podrán ser retribuidos a su pedido.

En el caso de corresponder, los gastos de transporte y manutención diaria deben ser resarcidos inmediatamente de acuerdo con los valores y procedimientos que se fijen. Cuando corresponda el Juez debe arbitrar las medidas necesarias para disponer el alojamiento de los miembros del Jurado a cargo del erario público.

Artículo 19- Previsión presupuestaria y administración de los recursos.

El Poder Ejecutivo Provincial debe establecer por vía reglamentaria el alcance de lo que debe ser abonado en concepto de retribución y viáticos. El proyecto de Ley de Presupuesto Provincial que anualmente remita el Poder Ejecutivo a la Legislatura Provincial, debe prever dentro de la Jurisdicción correspondiente al Poder Judicial, los recursos para hacer frente a los gastos derivados de la vigencia de esta Ley.

CAPÍTULO III ORGANIZACIÓN DEL DEBATE

Artículo 20- Inicio.

Constituido el Juez el día y hora indicado, los Jurados titulares y los suplentes convocados se incorporarán en la oportunidad prevista para el juicio, prestando juramento solemne ante el Juez. Los Jurados se pondrán de pie y el Juez pronunciará la siguiente fórmula: "¿Prometéis en vuestra calidad de Jurados, en nombre del Pueblo, a examinar y juzgar con imparcialidad y máxima atención la causa, dando en su caso el veredicto según vuestro leal saber y entender, de acuerdo a prueba producida y observando la Constitución de la Nación y de la Provincia de Mendoza y las Leyes vigentes?", a lo cual se responderá con un "Sí, prometo". Realizada la promesa el Juez declarará abierto el debate, advirtiendo al imputado sobre la importancia y el significado de lo que va a suceder. Los Jurados suplentes deberán estar presentes en todo el desarrollo del debate hasta el momento en que el Jurado titular se retire para las deliberaciones.

Artículo 21- Incomunicación.

Si las circunstancias del caso lo requirieran, de oficio o a pedido de parte, el Juez puede fundadamente disponer que los integrantes titulares del Jurado y los suplentes no mantengan contacto con terceros, debiendo disponer el alojamiento en lugares adecuados y los viáticos correspondientes.

Artículo 22- Inmunidades.

A partir del juramento, ningún Jurado titular o suplente puede ser molestado en el desempeño de su función, ni privado de su libertad, salvo el caso de flagrante delito o cuando exista orden emanada de Magistrado competente. Ante estos últimos supuestos, se debe proceder conforme lo previsto para el caso de recusación con causa.

Artículo 23- Facultades del Juez.

El debate deberá ser dirigido por el Juez, quien debe ejercer todas las facultades de dirección, policía y disciplina. El Juez no puede ordenar la producción o incorporación de prueba que no fuera ofrecida o solicitada por las partes, ni interrogar al acusado, a los testigos, peritos e intérpretes.

Artículo 24- Reglas para el debate.

Se aplicarán en el debate público con Jurados las reglas establecidas en la presente Ley y subsidiariamente, en cuanto sean compatibles, las normas del Código Procesal Penal. Las pruebas obtenidas durante el proceso, serán valoradas por el jurado conforme su íntima convicción. Los intervinientes se dispondrán del siguiente modo en la sala de audiencia: el Juez se ubicará en el estrado del centro; quienes depongan se sentarán al costado del Juez y de cara al público; el Jurado se ubicará en el mismo costado de los que depongan de modo que puedan ver y escuchar claramente a quienes deberán deponer; las partes se ubicarán de espaldas al público y de frente al Juez. Toda vez que las partes deseen acercarse al estrado durante el interrogatorio deberán pedir autorización al Juez. Las audiencias de debate se realizarán con estricta continuidad, en jornada completa y en días consecutivos, inclusive en los que fueran inhábiles. Asimismo se deberán evitar cualquier tipo de demora o dilación.

Artículo 25- Alegatos de apertura.

Una vez abierto el debate, las partes, comenzando por el representante del Ministerio Público Fiscal y los otros acusadores, deben presentar el caso brevemente al jurado, explicando lo que pretenden probar. Seguidamente se le requerirá al defensor que explique su defensa.

Artículo 26- Examen de testigos y peritos. Objeciones.

Los testigos, peritos e intérpretes prestarán promesa de decir verdad ante el Juez, bajo sanción de nulidad. Serán interrogados primeramente en examen directo por la parte que los propuso, quien no podrá efectuar preguntas sugestivas ni indicativas, salvo en la acreditación inicial del testigo.

Seguidamente quedarán sujetos al contraexamen de las otras partes intervinientes, quienes podrán efectuar preguntas sugestivas.

En ningún caso se admitirán preguntas engañosas, repetitivas, ambiguas o destinadas a coaccionar ilegítimamente al testigo o perito.

No se podrá autorizar un nuevo interrogatorio del contraexamen, salvo cuando fuere indispensable para considerar información novedosa que no hubiera sido consultada en el examen directo.

Las partes podrán objetar las preguntas inadmisibles indicando el motivo. El Juez hará lugar de inmediato al planteo si fuere manifiesto el exceso o decidir en el acto luego de permitir la réplica de la contraparte.

El Juez procurará que no se utilicen las objeciones para alterar la continuidad de los interrogatorios.

"Artículo 27º- Excepciones a la oralidad. Modificado por Ley 9387

Sólo pueden ser incorporados al debate por su lectura o exhibición audiovisual aquellos actos que hubiesen sido controlados por las partes que por su naturaleza y características fueran definitivos y de imposible reproducción. La lectura o la exhibición de los elementos esenciales de esta prueba en la audiencia no pueden omitirse ni siquiera con el acuerdo de las partes. Las declaraciones previas de los testigos fallecidos, sólo podrán ser introducidas al debate mediante declaración del funcionario que la tomó. Toda otra prueba que se pretenda introducir al juicio por su lectura o exhibición no tiene valor alguno, sin perjuicio de la presentación de documentos al testigo, perito o al acusado para facilitar su memoria o dar explicaciones sobre lo que allí consta, previa autorización del Juez. Solo deben valorarse los dichos vertidos en la audiencia."

Artículo 28- Prohibición.

Los integrantes del Jurado no pueden conocer las constancias recogidas fuera de la audiencia, excepto las mencionadas en el artículo 27 que el Juez autorice incorporar al debate, ni interrogar a los imputados, los testigos, peritos o intérpretes.

Artículo 29- Actuaciones fuera de la sala de audiencias.

Si fuera necesaria la realización de actos fuera de la sala de audiencias, se deben arbitrar los medios para la concurrencia de los Jurados. Si por la naturaleza del acto esto no es posible, se debe proceder a la filmación de la totalidad de lo ocurrido con el fin de su posterior exhibición a los jurados en la sala de audiencias al continuarse con el debate oral y público.

Artículo 30- Nulidad del debate.

La violación a cualquiera de las reglas previstas en los artículos 25, 27 y 28, provocará la nulidad del debate.

Artículo 31- Conclusiones.

Terminada la recepción de las pruebas, las partes deben presentar oralmente sus conclusiones frente al Jurado Popular, proponiendo su veredicto. El representante del Ministerio Público Fiscal, los otros acusadores y el defensor del imputado, pueden replicar al sólo efecto de refutar argumentos adversos a su postura que antes no hubieran sido discutidos. La última palabra siempre le corresponde al defensor del imputado.

CAPÍTULO IV VEREDICTO Y DETERMINACIÓN DE LA PENA

"Artículo 32º- Instrucciones para la deliberación y el veredicto. Modificado por Ley 9387

El Juez, una vez clausurado el debate, debe explicar al Jurado las normas que rigen la deliberación y debe informar sobre su deber de pronunciar un veredicto, en sesión secreta y continua y sobre las disposiciones legales aplicables al caso, expresando su significado y alcance en forma clara. Previamente, debe invitar a los Jurados a retirarse de la sala y debe celebrar una audiencia que será registrada en forma audiovisual, bajo pena de nulidad, con los letrados de las partes a fin de que presenten sus propuestas para la elaboración de las instrucciones. Tras ello, debe decidir en forma definitiva cuáles serán las instrucciones a impartir a los Jurados. Sin perjuicio de la videoregistración, las partes deberán especificar sus disidencias u oposiciones para el caso de interposición de recursos contra el fallo. Los letrados pueden anticipar sus propuestas de instrucción presentándolas por escrito, entregando copia al Juez y los letrados de las demás partes."

"Artículo 33º- Lectura de las instrucciones. Deliberación y veredicto. Modificado por Ley 9387

Una vez finalizada la audiencia prevista en el Artículo 32, el Juez debe hacer ingresar al Jurado a la sala de debate y le debe impartir las instrucciones, acompañándose asimismo una copia de ellas por escrito. Inmediatamente después, el jurado pasa a deliberar en sesión secreta y continua, en la que deberán estar sus doce (12) miembros, estando vedado el ingreso a cualquier otra persona, bajo pena de nulidad.

Si durante la deliberación los integrantes del Jurado tuviesen dudas sobre el alcance de las instrucciones, en cualquiera de sus aspectos, lo deben hacer saber al Juez por escrito y se repetirá el procedimiento previsto en el Artículo 32 para su posterior aclaración.

Durante la deliberación los jurados podrán requerir la exhibición de la prueba material y la reproducción de la prueba que consideren necesaria y que se haya rendido durante el debate.

Los Jurados deberán elegir un presidente por simple mayoría de votos, bajo cuya dirección analizarán los hechos y realizarán la votación, la que deberá ser secreta.

El veredicto deberá versar, respecto del hecho y en relación a cada acusado, sobre las siguientes cuestiones:

a) ¿Está probado o no el hecho que dio motivo a la acusación? b) ¿Es culpable o no es culpable el acusado?

El Jurado podrá declarar al acusado culpable de la comisión de cualquier delito menor comprendido en el hecho penal que se le imputa bajo las instrucciones impartidas por el Juez.

El Jurado admitirá una sola de las propuestas de veredicto por el voto unánime de sus doce (12) integrantes. La sesión terminará cuando se consiga un veredicto, pero en casos excepcionales, a solicitud del presidente del Colegio de Jurados el Juez puede autorizar el aplazamiento de la deliberación por un lapso breve destinado al descanso."

Artículo 34-

El Juez y las partes, procurarán acordar todas las medidas necesarias que permitan asistir al Jurado para superar el estancamiento, tales como la reapertura de ciertos puntos de prueba, nuevos argumentos o alegatos de las partes o una nueva instrucción del Juez. A ese fin, el Juez podrá preguntarle al Jurado si desean ponerle en su conocimiento, mediante breve nota escrita el o los puntos que les impiden acordar, sin revelar ningún aspecto o detalle de las deliberaciones ni del número de votos a favor de una u otra postura.

Si el Jurado no lograre un veredicto unánime en un plazo razonable, conforme las particularidades del caso, el juicio se declarará estancado y el Juez preguntará al acusador si continuará con el ejercicio de la acusación. En caso negativo el Juez absolverá inmediatamente al acusado. En caso afirmativo el Juez procederá a la disolución del Jurado y se dispondrá la realización de un nuevo juicio con otro Jurado.

Si el nuevo Jurado también se declarase estancado, el Juez absolverá al acusado.

Artículo 35- Obligación de denunciar presiones para el voto.

Los miembros del Jurado tienen la obligación de denunciar ante el Juez por escrito, sobre cualquier tipo de presiones, influencias o inducciones externas que hubiesen recibido para emitir su voto en un sentido determinado.

Artículo 36- Reserva de opinión.

Los miembros del Jurado están obligados a mantener en absoluta reserva su opinión y la forma en que han votado. Las boletas utilizadas para la votación deben ser destruidas de inmediato una vez obtenido el veredicto, cuidándose de que no tomen conocimiento de ellas personas ajenas al Jurado.

Artículo 37- Pronunciamiento del veredicto.

Cuando se haya logrado el veredicto, una vez presente la totalidad del Jurado y todas las partes en la sala de audiencia el Juez preguntará en voz alta al Presidente del Jurado si han llegado a un veredicto. En caso afirmativo le ordenará que lo lea en voz alta. De acuerdo al veredicto, se debe declarar en nombre del pueblo, culpable o no culpable al o los imputados. Con el pronunciamiento del veredicto finaliza la intervención de los jurados.

"Artículo 38º- Determinación de la pena Modificado por Ley 9387.

a) Si el veredicto fuere de culpabilidad, por un delito que tenga prevista la pena de prisión perpetua, inmediatamente después, el Juez impondrá la pena.

b) Si el veredicto fuere de culpabilidad, por un delito que no tenga prevista la pena de prisión perpetua, el Juez fijará nueva audiencia señalando día y hora en el plazo máximo de cinco (5) días. Para la determinación de la condena, las partes podrán ofrecer nuevas pruebas a los fines exclusivamente de fijar la pena, quedando notificadas todas las partes en el mismo acto. El Juez resolverá la admisión o rechazo inmediatamente.

c) El procedimiento descrito en el inciso anterior se aplicará también para los casos en que se haya decidido la no culpabilidad del acusado en razón de su inimputabilidad, y corresponda aplicar medidas de seguridad conforme al Artículo 34 del Código Penal de la Nación.

La audiencia de cesura, comenzará con la recepción de pruebas según las normas comunes.

Terminada la recepción de la prueba, el Juez escuchará los alegatos finales de las partes, los mismos se limitarán exclusivamente a fundar las consecuencias jurídicas del veredicto del Jurado; a continuación, impondrá la pena.

En caso de que las partes no ofrezcan prueba, el Juez escuchará los alegatos sobre el monto de la condena e impondrá inmediatamente la pena, para lo cual puede pasar a un breve cuarto intermedio.

d) Si el veredicto es de no culpable, será obligatorio para el Juez y hará cosa juzgada material, concluyendo definitiva e irrevocablemente el procedimiento y la persecución penal en contra del acusado

Contra el veredicto de no culpabilidad y la sentencia absolutoria correspondiente no se admite recurso alguno, salvo que el acusador demuestre fehacientemente que el veredicto de no culpabilidad fue producto de soborno.

Tampoco se admitirá recurso alguno contra la sentencia absolutoria dictada por el Juez ante un Jurado estancado, salvo que fuera producto de soborno."

Artículo 39- Sentencia.

La sentencia debe ajustarse a las reglas del Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza, pero debe contener en lugar de los fundamentos de la decisión sobre los hechos probados y la culpabilidad del imputado, la transcripción de las instrucciones dadas al Jurado sobre las disposiciones aplicables al caso y del veredicto del Jurado. Rigen supletoriamente y en la medida en que sean compatibles las causales de nulidad previstas para la sentencia en los procedimientos sin Jurados.

Artículo 40- Pedido de absolución.

Cuando por razones fundadas en el curso del debate, aún antes de la etapa de alegatos, el representante del Ministerio Público Fiscal decide solicitar la absolución, debe cesar de inmediato la función de los jurados y el Juez debe dictar sentencia absolutoria. Si el pedido de absolución no es por todos los hechos investigados o a favor de todos los imputados, se debe plantear al momento de los alegatos y vincula al Juez en la medida requerida.

Artículo 41- Recursos contra el fallo.

Son aplicables las reglas generales del recurso de casación contra las sentencias condenatorias o las que impongan medidas de seguridad que prevé el Código Procesal Penal. Sin embargo constituirán motivos específicos para su interposición: a) la inobservancia o errónea aplicación de las reglas referidas a la constitución o recusación del Jurado y a la capacidad de sus miembros; b) la arbitrariedad de la decisión que rechace o admita medidas de prueba, de modo que se hubiera cercenado el derecho de defensa en juicio y condicionado la decisión del jurado; c) cuando se hubieren cuestionado las instrucciones brindadas al jurado y se entendieran que éstas pudieron condicionar su decisión; d) cuando la sentencia condenatoria o la que impone medidas de seguridad se derive de un veredicto de culpabilidad del Jurado que sea arbitrario o se aparte manifiestamente de la prueba producida en el debate.

CAPÍTULO V DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS

Artículo 42- Desobediencia.

Las personas designadas para integrar un Jurado, que se nieguen a comparecer al debate se les extraerá compulsas a fin de que se investigue la comisión del delito previsto en el artículo 239 del Código Penal.

Artículo 43- Mal desempeño.

Las personas designadas para integrar un Jurado que de cualquier modo falten a los deberes y obligaciones previstos en la presente Ley, se les extraerá compulsas a fin de que se investigue la comisión del delito previsto en el artículo 248 del Código Penal

Artículo 44- Violación de secretos.

Las personas designadas para integrar un Jurado que de cualquier modo violen los deberes de reserva establecidos en esta Ley, se les extraerá compulsas a fin de que se investigue la comisión del delito previsto en el artículo 157 del Código Penal

Artículo 45-

Todas las audiencias previstas en la presente Ley y el debate, deberán ser registradas informáticamente mediante video grabación.

CAPÍTULO VI DISPOSICIONES FINALES

Artículo 46- Difusión y capacitación.

El Poder Judicial, debe organizar en toda la Provincia cursos de capacitación para los ciudadanos, a fin de promover el conocimiento y adecuado cumplimiento de la función judicial. La asistencia a dichos cursos no constituye un requisito para ejercer la función de Jurado, pero acredita idoneidad suficiente para cumplirla. La Dirección General de Escuelas, podrá incorporar el conocimiento y capacitación sobre la presente Ley, en sus contenidos curriculares.

Artículo 47- Aplicación supletoria.

Son de aplicación supletoria a las disposiciones de la presente Ley, las disposiciones contenidas en el Código Procesal Penal de la Provincia.

Artículo 48- Reglamentación.

El Poder Ejecutivo debe reglamentar dentro del plazo de seis (6) meses, computados a partir de la entrada en vigencia de esta Ley, la implementación del Juicio por Jurados Populares.

Artículo 49-

La presente Ley, entrará en vigencia a los quince (15) días de su publicación en el Boletín Oficial y se aplicará a los procesos iniciados con posterioridad incluyendo a todas aquellas causas en trámite que no tuvieran fijada Audiencia de debate.

Artículo 50-

Se conformará una Comisión de Seguimiento, que tendrá por fin analizar y revisar la implementación en la Provincia del Juicio por Jurados y la posibilidad de ampliar la competencia respecto de otros delitos no comprendidos en la presente.

La misma, se constituirá al año de entrar en vigencia la presente Ley y deberá emitir opinión al respecto dentro de los dos (2) años posteriores a la constitución. La mencionada Comisión, estará compuesta por siete (7) miembros: uno (1) designado por la Suprema Corte de Justicia, uno (1) por el Poder Ejecutivo de

la Provincia, uno (1) por el Ministerio Público Fiscal, uno (1) por el Colegio de Abogados y Procuradores, uno (1) por la Asociación de Magistrados, y dos (2) Legisladores a propuesta de ambas Cámaras.

Artículo 51- Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Firmantes

LAURA G. MONTERO - NESTOR PARES - ANDREA JULIANA LARA - MARIA CAROLINA LETRY

Ley 24417. PROTECCION CONTRA LA VIOLENCIA FAMILIAR

Ley Nº 24.417

Sancionada: diciembre 7 de 1994

Promulgada: diciembre 28 de 1994

El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina reunidos en Congreso, etc., sancionan con fuerza de Ley:

ARTÍCULO 1º — Toda persona que sufriendo lesiones o maltrato físico o psíquico por parte de alguno de los integrantes del grupo familiar podrá denunciar estos hechos en forma verbal o escrita ante el juez con competencia en asuntos de familia y solicitar medidas cautelares conexas. A los efectos de esta ley se entiende por grupo familiar el originado en el matrimonio o en las uniones de hecho.

ARTÍCULO 2º — Cuando los damnificados fuesen menores o incapaces, ancianos o discapacitados, los hechos deberán ser denunciados por sus representantes legales y/o el ministerio público. También estarán obligados a efectuar la denuncia los servicios asistenciales sociales o educativos, públicos o privados, los profesionales de la salud y todo funcionario público en razón de su labor. El menor o incapaz puede directamente poner en conocimiento de los hechos al ministerio público.

ARTÍCULO 3º — El juez requerirá un diagnóstico de interacción familiar efectuado por peritos de diversas disciplinas para determinar los daños físicos y psíquicos sufridos por la víctima, la situación de peligro y el medio social y ambiental de la familia. Las partes podrán solicitar otros informes técnicos.

ARTÍCULO 4º — El juez podrá adoptar, al tomar conocimiento de los hechos motivo de la denuncia, las siguientes medidas cautelares:

- a) Ordenar la exclusión del autor, de la vivienda donde habita el grupo familiar;
- b) Prohibir el acceso del autor, al domicilio del damnificado como a los lugares de trabajo o estudio;
- c) Ordenar el reintegro al domicilio a petición de quien ha debido salir del mismo por razones de seguridad personal, excluyendo al autor;
- d) Decretar provisoriamente alimentos, tenencia y derecho de comunicación con los hijos.

El juez establecerá la duración de las medidas dispuestas de acuerdo a los antecedentes de la causa.

ARTÍCULO 5º — El juez, dentro de las 48 horas de adoptadas las medidas precautorias, convocará a las partes y al ministerio público a una audiencia de mediación instando a las mismas y su grupo familiar a asistir a programas educativos o terapéuticos, teniendo en cuenta el informe del artículo 3.

ARTÍCULO 6º — La reglamentación de esta ley preverá las medidas conducentes a fin de brindar al imputado y su grupo familiar asistencia médica psicológica gratuita.

ARTÍCULO 7º — De las denuncias que se presente se dará participación al Consejo Nacional del Menor y la Familia a fin de atender la coordinación de los servicios públicos y privados que eviten y, en su caso, superen las causas del maltrato, abusos y todo tipo de violencia dentro de la familia.

Para el mismo efecto podrán ser convocados por el juez los organismos públicos y entidades no gubernamentales dedicadas a la prevención de la violencia y asistencia de las víctimas.

ARTÍCULO 8º — Incorporase como segundo párrafo al artículo 310 del Código Procesal Penal de la Nación (Ley 23.984) el siguiente:

En los procesos por alguno de los delitos previstos en el libro segundo, títulos I, II, III, V y VI, y título V capítulo I del Código Penal cometidos dentro de un grupo familiar conviviente, aunque estuviese constituido por uniones de hecho, y las circunstancias del caso hicieren presumir fundadamente que puede repetirse, el juez podrá disponer como medida cautelar la exclusión del hogar del procesado. Si el procesado tuviese deberes de asistencia familiar y la exclusión hiciere peligrar la subsistencia de los alimentados, se dará intervención al asesor de menores para que se promuevan las acciones que correspondan.

ARTÍCULO 9º — Invítase a las provincias a dictar normas de igual naturaleza a las previstas en la presente.

ARTÍCULO 10. — Comuníquese al Poder Ejecutivo Nacional. — ALBERTO R. PIERRI. — EDUARDO MENEM. — Esther H. Pereyra Arandía de Pérez Pardo. — Edgardo Piuizzi.

DADA EN LA SALA DE SESIONES DEL CONGRESO ARGENTINO, EN BUENOS AIRES, A LOS SIETE DIAS DEL MES DE DICIEMBRE DEL AÑO MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y CUATRO.

Ley 26485. LEY DE PROTECCION INTEGRAL A LAS MUJERES.

Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales

Sancionada: Marzo 11 de 2009.

Promulgada de Hecho: Abril 1 de 2009.

El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina reunidos en Congreso, etc. sancionan con fuerza de Ley:

LEY DE PROTECCION INTEGRAL PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES EN LOS AMBITOS EN QUE DESARROLLEN SUS RELACIONES INTERPERSONALES

TÍTULO I. DISPOSICIONES GENERALES. Art. 1 a 6

ARTÍCULO 1º — Ámbito de aplicación. Orden Público. Las disposiciones de la presente ley son de orden público y de aplicación en todo el territorio de la República, con excepción de las disposiciones de carácter procesal establecidas en el Capítulo II del Título III de la presente.

ARTÍCULO 2º — Objeto. La presente ley tiene por objeto promover y garantizar:

- a) La eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida;
- b) El derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia;
- c) Las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos;
- d) El desarrollo de políticas públicas de carácter interinstitucional sobre violencia contra las mujeres; 1947)
- e) La remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres;
- f) El acceso a la justicia de las mujeres que padecen violencia;
- g) La asistencia integral a las mujeres que padecen violencia en las áreas estatales y privadas que realicen actividades programáticas destinadas a las mujeres y/o en los servicios especializados de violencia.

ARTÍCULO 3º — Derechos Protegidos.

Esta ley garantiza todos los derechos reconocidos por la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos de los Niños y la Ley 26.061 de Protección Integral de los derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes y, en especial, los referidos a:

- a) Una vida sin violencia y sin discriminaciones;
- b) La salud, la educación y la seguridad personal;
- c) La integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial;
- d) Que se respete su dignidad;
- e) Decidir sobre la vida reproductiva, número de embarazos y cuándo tenerlos, de conformidad con la Ley 25.673 de Creación del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable;
- f) La intimidad, la libertad de creencias y de pensamiento;
- g) Recibir información y asesoramiento adecuado;
- h) Gozar de medidas integrales de asistencia, protección y seguridad;
- i) Gozar de acceso gratuito a la justicia en casos comprendidos en el ámbito de aplicación de la presente ley;
- j) La igualdad real de derechos, oportunidades y de trato entre varones y mujeres;
- k) Un trato respetuoso de las mujeres que padecen violencia, evitando toda conducta, acto u omisión que produzca revictimización.

ARTÍCULO 4º — Definición.

Se entiende por violencia contra las mujeres toda conducta, por acción u omisión, basada en razones de género, que, de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, participación política, como así también su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes.

Se considera violencia indirecta, a los efectos de la presente ley, toda conducta, acción, omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón.

(Artículo sustituido por art. 2º de la [Ley N° 27.533](#) B.O. 20/12/2019)

ARTÍCULO 5º — Tipos. Quedan especialmente comprendidos en la definición del artículo precedente, los siguientes tipos de violencia contra la mujer:

1.- Física: La que se emplea contra el cuerpo de la mujer produciendo dolor, daño o riesgo de producirlo y cualquier otra forma de maltrato agresión que afecte su integridad física.

2.- Psicológica: La que causa daño emocional y disminución de la autoestima o perjudica y perturba el pleno desarrollo personal o que busca degradar o controlar sus acciones, comportamientos, creencias y decisiones, mediante **amenaza, acoso, hostigamiento**, restricción, humillación, deshonra, descrédito, manipulación aislamiento. Incluye también la culpabilización, vigilancia constante, exigencia de obediencia sumisión, coerción verbal, persecución, insulto, indiferencia, abandono, celos excesivos, chantaje, ridiculización, explotación y limitación del derecho de circulación o cualquier otro medio que cause perjuicio a su salud psicológica y a la autodeterminación.

3.- Sexual: Cualquier acción que implique la vulneración en todas sus formas, con o sin acceso genital, del derecho de la mujer de decidir voluntariamente acerca de su vida sexual o reproductiva a través de amenazas, coerción, uso de la fuerza o intimidación, incluyendo la violación dentro del matrimonio o de otras relaciones vinculares o de parentesco, exista o no convivencia, así como la prostitución forzada, explotación, esclavitud, acoso, abuso sexual y trata de mujeres.

4.- Económica y patrimonial: La que se dirige a ocasionar un menoscabo en los recursos económicos o patrimoniales de la mujer, a través de:

a) La perturbación de la posesión, tenencia o propiedad de sus bienes;

b) La pérdida, sustracción, destrucción, retención o distracción indebida de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores y derechos patrimoniales;

c) La limitación de los recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades o privación de los medios indispensables para vivir una vida digna;

d) La limitación o control de sus ingresos, así como la percepción de un salario menor por igual tarea, dentro de un mismo lugar de trabajo.

5.- Simbólica: La que, a través de patrones estereotipados, mensajes, valores, íconos o signos transmita y reproduzca dominación, desigualdad y discriminación en las relaciones sociales, naturalizando la subordinación de la mujer en la sociedad.

6.- Política: La que se dirige a menoscabar, anular, impedir, obstaculizar o restringir la participación política de la mujer, vulnerando el derecho a una vida política libre de violencia y/o el derecho a participar en los asuntos públicos y políticos en condiciones de igualdad con los varones. *(Inciso incorporado por art.*

3º de la [Ley N° 27.533](#) B.O. 20/12/2019)

ARTÍCULO 6º — Modalidades. A los efectos de esta ley se entiende por modalidades las formas en que se manifiestan los distintos tipos de violencia contra las mujeres en los diferentes ámbitos, quedando especialmente comprendidas las siguientes:

a) Violencia doméstica contra las mujeres: aquella ejercida contra las mujeres por un integrante del grupo familiar, independientemente del espacio físico donde ésta ocurra, que dañe la dignidad, el bienestar, la integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, la libertad, comprendiendo la libertad reproductiva y el derecho al pleno desarrollo de las mujeres. Se entiende por grupo familiar el originado en el parentesco sea por consanguinidad o por afinidad, el matrimonio, las uniones de hecho y las parejas o noviazgos. Incluye las relaciones vigentes o finalizadas, no siendo requisito la convivencia;

b) Violencia institucional contra las mujeres: aquella realizada por las/los funcionarias/os, profesionales, personal y agentes pertenecientes a cualquier órgano, ente o institución pública, que tenga como fin retardar, obstaculizar o impedir que las mujeres tengan acceso a las políticas públicas y ejerzan los derechos previstos en esta ley. Quedan comprendidas, además, las que se ejercen en los partidos políticos, sindicatos, organizaciones empresariales, deportivas y de la sociedad civil;

c) Violencia laboral contra las mujeres: aquella que discrimina a las mujeres en los ámbitos de trabajo públicos o privados y que obstaculiza su acceso al empleo, contratación, ascenso, estabilidad o permanencia en el mismo, exigiendo requisitos sobre estado civil, maternidad, edad, apariencia física o la realización de test de embarazo. Constituye también violencia contra las mujeres en el ámbito laboral quebrantar el derecho de igual remuneración por igual tarea o función. Asimismo, incluye el hostigamiento psicológico en forma sistemática sobre una determinada trabajadora con el fin de lograr su exclusión laboral;

d) Violencia contra la libertad reproductiva: aquella que vulnere el derecho de las mujeres a decidir libre y responsablemente el número de embarazos o el intervalo entre los nacimientos, de conformidad con la Ley 25.673 de Creación del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable;

e) Violencia obstétrica: aquella que ejerce el personal de salud sobre el cuerpo y los procesos reproductivos de las mujeres, expresada en un trato deshumanizado, un abuso de medicalización y patologización de los procesos naturales, de conformidad con la Ley 25.929.

f) Violencia mediática contra las mujeres: aquella publicación o difusión de mensajes e imágenes estereotipados a través de cualquier medio masivo de comunicación, que de manera directa o indirecta promueva la explotación de mujeres o sus imágenes, injurie, difame, discrimine, deshonre, humille o atente contra la dignidad de las mujeres, como así también la utilización de mujeres, adolescentes y niñas en mensajes e imágenes pornográficas, legitimando la desigualdad de trato o construya patrones socioculturales reproductores de la desigualdad o generadores de violencia contra las mujeres.

g) Violencia contra las mujeres en el espacio público: aquella ejercida contra las mujeres por una o más personas, en lugares públicos o de acceso público, como medios de transporte o centros comerciales, a través de conductas o expresiones verbales o no verbales, con connotación sexual, que afecten o dañen su dignidad, integridad, libertad, libre circulación o permanencia y/o generen un ambiente hostil u ofensivo. *(Inciso incorporado por art. 1º de la [Ley N° 27.501](#) B.O. 8/5/2019)*

h) Violencia pública-política contra las mujeres: aquella que, fundada en razones de género, mediando intimidación, hostigamiento, deshonra, descrédito, persecución, acoso y/o amenazas, impida o limite el desarrollo propio de la vida política o el acceso a derechos y deberes políticos, atentando contra la normativa vigente en materia de representación política de las mujeres, y/o desalentando o menoscabando el ejercicio político o la actividad política de las mujeres, pudiendo ocurrir en cualquier

espacio de la vida pública y política, tales como instituciones estatales, recintos de votación, partidos políticos, organizaciones sociales, asociaciones sindicales, medios de comunicación, entre otros. *(Inciso incorporado por art. 4° de la [Ley N° 27.533](#) B.O. 20/12/2019)*

TÍTULO II. POLITICAS PUBLICAS. Art. 7 a 16

CAPITULO I. PRECEPTOS RECTORES

ARTÍCULO 7º — Preceptos rectores.

Los tres poderes del Estado, sean del ámbito nacional o provincial, adoptarán las medidas necesarias y ratificarán en cada una de sus actuaciones el respeto irrestricto del derecho constitucional a la igualdad entre mujeres y varones. Para el cumplimiento de los fines de la presente ley deberán garantizar los siguientes preceptos rectores:

- a) La eliminación de la discriminación y las desiguales relaciones de poder sobre las mujeres;
- b) La adopción de medidas tendientes a sensibilizar a la sociedad, promoviendo valores de igualdad y deslegitimación de la violencia contra las mujeres;
- c) La asistencia en forma integral y oportuna de las mujeres que padecen cualquier tipo de violencia, asegurándoles el acceso gratuito, rápido, transparente y eficaz en servicios creados a tal fin, así como promover la sanción y reeducación de quienes ejercen violencia;
- d) La adopción del principio de transversalidad** estará presente en todas las medidas así como en la ejecución de las disposiciones normativas, articulando interinstitucionalmente y coordinando recursos presupuestarios;
- e) El incentivo a la cooperación y participación de la sociedad civil, comprometiendo a entidades privadas y actores públicos no estatales;
- f) El respeto del derecho a la confidencialidad y a la intimidad, prohibiéndose la reproducción para uso particular o difusión pública de la información relacionada con situaciones de violencia contra la mujer, sin autorización de quien la padece;
- g) La garantía de la existencia y disponibilidad de recursos económicos que permitan el cumplimiento de los objetivos de la presente ley;
- h) Todas las acciones conducentes a efectivizar los principios y derechos reconocidos por la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres.

CAPITULO II. ORGANISMO COMPETENTE

ARTÍCULO 8º — Organismo competente.

El Consejo Nacional de la Mujer será el organismo rector encargado del diseño de las políticas públicas para efectivizar las disposiciones de la presente ley.

ARTÍCULO 9º — Facultades. El Consejo Nacional de la Mujer, para garantizar el logro de los objetivos de la presente ley, deberá:

- a) Elaborar, implementar y monitorear un Plan Nacional de Acción para la Prevención, Asistencia y Erradicación de la Violencia contra las Mujeres;
- b) Articular y coordinar las acciones para el cumplimiento de la presente ley, con las distintas áreas involucradas a nivel nacional, provincial y municipal, y con los ámbitos universitarios, sindicales, empresariales, religiosos, las organizaciones de defensa de los derechos de las mujeres y otras de la sociedad civil con competencia en la materia;
- c) Convocar y constituir un Consejo Consultivo ad honórem, integrado por representantes de las organizaciones de la sociedad civil y del ámbito académico especializadas, que tendrá por función asesorar

y recomendar sobre los cursos de acción y estrategias adecuadas para enfrentar el fenómeno de la violencia;

d) Promover en las distintas jurisdicciones la creación de servicios de asistencia integral y gratuita para las mujeres que padecen violencia;

e) Garantizar modelos de abordaje tendientes a empoderar a las mujeres que padecen violencia que respeten la naturaleza social, política y cultural de la problemática, no admitiendo modelos que contemplen formas de mediación o negociación;

f) Generar los estándares mínimos de detección precoz y de abordaje de las situaciones de violencia;

g) Desarrollar programas de asistencia técnica para las distintas jurisdicciones destinados a la prevención, detección precoz, asistencia temprana, reeducación, derivación interinstitucional y a la elaboración de protocolos para los distintos niveles de atención;

h) Brindar capacitación permanente, formación y entrenamiento en la temática a los funcionarios públicos en el ámbito de la Justicia, las fuerzas policiales y de seguridad, y las Fuerzas Armadas, las que se impartirán de manera integral y específica según cada área de actuación, a partir de un módulo básico respetando los principios consagrados en esta ley;

i) Coordinar con los ámbitos legislativos la formación especializada, en materia de violencia contra las mujeres e implementación de los principios y derechos reconocidos por la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres destinada a legisladores/as y asesores/as;

j) Impulsar a través de los colegios y asociaciones de profesionales la capacitación del personal de los servicios que, en razón de sus actividades, puedan llegar a intervenir en casos de violencia contra las mujeres;

k) Diseñar e implementar Registros de situaciones de violencia contra las mujeres de manera interjurisdiccional e interinstitucional, en los que se establezcan los indicadores básicos aprobados por todos los Ministerios y Secretarías competentes, independientemente de los que determine cada área a los fines específicos, y acordados en el marco de los Consejos Federales con competencia en la materia;

l) Desarrollar, promover y coordinar con las distintas jurisdicciones los criterios para la selección de datos, modalidad de registro e indicadores básicos desagregados —como mínimo— por edad, sexo, estado civil y profesión u ocupación de las partes, vínculo entre la mujer que padece violencia y el hombre que la ejerce, naturaleza de los hechos, medidas adoptadas y sus resultados, y sanciones impuestas a la persona violenta. Se deberá asegurar la reserva en relación con la identidad de las mujeres que padecen violencias;

m) Coordinar con el Poder Judicial los criterios para la selección de datos, modalidad de Registro e indicadores que lo integren que obren en ambos poderes, independientemente de los que defina cada uno a los fines que le son propios;

n) Analizar y difundir periódicamente los datos estadísticos y resultados de las investigaciones a fin de monitorear y adecuar las políticas públicas a través del Observatorio de la Violencia Contra las Mujeres;

ñ) Diseñar y publicar una Guía de Servicios en coordinación y actualización permanente con las distintas jurisdicciones, que brinde información sobre los programas y los servicios de asistencia directa;

o) Implementar una línea telefónica gratuita y accesible en forma articulada con las provincias a través de organismos gubernamentales pertinentes, destinada a dar contención, información y brindar asesoramiento sobre recursos existentes en materia de prevención de la violencia contra las mujeres y asistencia a quienes la padecen, incluida la modalidad de “violencia contra las mujeres en el espacio público” conocida como “acoso callejero”.

La información recabada por las denuncias efectuadas a esta línea debe ser recopilada y sistematizada por el Consejo Nacional de las Mujeres a fin de elaborar estadísticas confiables para la prevención y erradicación de las diversas modalidades de violencia contra las mujeres. *(Inciso sustituido por art. 2° de la Ley N° 27.501 B.O. 8/5/2019)*

- p) Establecer y mantener un Registro de las organizaciones no gubernamentales especializadas en la materia en coordinación con las jurisdicciones y celebrar convenios para el desarrollo de actividades preventivas, de control y ejecución de medidas de asistencia a las mujeres que padecen violencia y la rehabilitación de los hombres que la ejercen;
- q) Promover campañas de sensibilización y concientización sobre la violencia contra las mujeres informando sobre los derechos, recursos y servicios que el Estado garantiza e instalando la condena social a toda forma de violencia contra las mujeres. Publicar materiales de difusión para apoyar las acciones de las distintas áreas;
- r) Celebrar convenios con organismos públicos y/o instituciones privadas para toda acción conducente al cumplimiento de los alcances y objetivos de la presente ley;
- s) Convocar y poner en funciones al Consejo, Consultivo de organizaciones de la sociedad civil y redactar su reglamento de funcionamiento interno;
- t) Promover en el ámbito comunitario el trabajo en red, con el fin de desarrollar modelos de atención y prevención interinstitucional e intersectorial, que unifiquen y coordinen los esfuerzos de las instituciones públicas y privadas;
- u) Garantizar el acceso a los servicios de atención específica para mujeres privadas de libertad.

CAPITULO III. LINEAMIENTOS BASICOS PARA LAS POLITICAS ESTATALES

ARTÍCULO 10. — Fortalecimiento técnico a las jurisdicciones. El Estado nacional deberá promover y fortalecer interinstitucionalmente a las distintas jurisdicciones para la creación e implementación de servicios integrales de asistencia a las mujeres que padecen violencia y a las personas que la ejercen, debiendo garantizar:

- 1.- Campañas de educación y capacitación orientadas a la comunidad para informar, concientizar y prevenir la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales.
- 2.- Unidades especializadas en violencia en el primer nivel de atención que trabajen en la prevención y asistencia de hechos de violencia, las que coordinarán sus actividades según los estándares, protocolos y registros establecidos y tendrán un abordaje integral de las siguientes actividades:
 - a) Asistencia interdisciplinaria para la evaluación, diagnóstico y definición de estrategias de abordaje;
 - b) Grupos de ayuda mutua;
 - c) Asistencia y patrocinio jurídico gratuito;
 - d) Atención coordinada con el área de salud que brinde asistencia médica y psicológica;
 - e) Atención coordinada con el área social que brinde los programas de asistencia destinados a promover el desarrollo humano.
- 3.- Programas de asistencia económica para el autovalimiento de la mujer.
- 4.- Programas de acompañantes comunitarios para el sostenimiento de la estrategia de autovalimiento de la mujer.
- 5.- Centros de día para el fortalecimiento integral de la mujer.
- 6.- Instancias de tránsito para la atención y albergue de las mujeres que padecen violencia en los casos en que la permanencia en su domicilio o residencia implique una amenaza inminente a su integridad física,

psicológica o sexual, o la de su grupo familiar, debiendo estar orientada a la integración inmediata a su medio familiar, social y laboral.

7.- Programas de reeducación destinados a los hombres que ejercen violencia.

ARTÍCULO 11. — Políticas públicas. El Estado nacional implementará el desarrollo de las siguientes acciones prioritarias, promoviendo su articulación y coordinación con los distintos Ministerios y Secretarías del Poder Ejecutivo nacional, jurisdicciones provinciales y municipales, universidades y organizaciones de la sociedad civil con competencia en la materia:

1.- Jefatura de Gabinete de Ministros – Secretaría de Gabinete y Gestión Pública:

a) Impulsar políticas específicas que implementen la normativa vigente en materia de acoso sexual en la administración pública nacional y garanticen la efectiva vigencia de los principios de no discriminación e igualdad de derechos, oportunidades y trato en el empleo público;

b) Promover, a través del Consejo Federal de la Función Pública, acciones semejantes en el ámbito de las jurisdicciones provinciales.

2.- Ministerio de Desarrollo Social de la Nación:

a) Promover políticas tendientes a la revinculación social y laboral de las mujeres que padecen violencia;

b) Elaborar criterios de priorización para la inclusión de las mujeres en los planes y programas de fortalecimiento y promoción social y en los planes de asistencia a la emergencia;

c) Promover líneas de capacitación y financiamiento para la inserción laboral de las mujeres en procesos de asistencia por violencia;

d) Apoyar proyectos para la creación y puesta en marcha de programas para atención de la emergencia destinadas a mujeres y al cuidado de sus hijas/os;

e) Celebrar convenios con entidades bancarias a fin de facilitarles líneas de créditos a mujeres que padecen violencia;

f) Coordinar con la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia y el Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia los criterios de atención que se fijen para las niñas y adolescentes que padecen violencia.

3.- Ministerio de Educación de la Nación:

a) Articular en el marco del Consejo Federal de Educación la inclusión en los contenidos mínimos curriculares de la perspectiva de género, el ejercicio de la tolerancia, el respeto y la libertad en las relaciones interpersonales, la igualdad entre los sexos, la democratización de las relaciones familiares y la vigencia de los derechos humanos y la deslegitimación de modelos violentos de resolución de conflictos y de la “violencia contra las mujeres en el espacio público” conocida como “acoso callejero”; (*Inciso sustituido por art. 3° de la [Ley N° 27.501](#) B.O. 8/5/2019*)

b) Promover medidas para que se incluya en los planes de formación docente la detección precoz de la violencia contra las mujeres;

c) Recomendar medidas para prever la escolarización inmediata de las/os niñas/os y adolescentes que se vean afectadas/os, por un cambio de residencia derivada de una situación de violencia, hasta que se sustancie la exclusión del agresor del hogar;

d) Promover la incorporación de la temática de la violencia contra las mujeres en las currículas terciarias y universitarias, tanto en los niveles de grado como de post grado;

e) Promover la revisión y actualización de los libros de texto y materiales didácticos con la finalidad de eliminar los estereotipos de género y los criterios discriminatorios, fomentando la igualdad de derechos, oportunidades y trato entre mujeres y varones;

f) Las medidas anteriormente propuestas se promoverán en el ámbito del Consejo Federal de Educación.

4.- Ministerio de Salud de la Nación:

a) Incorporar la problemática de la violencia contra las mujeres en los programas de salud integral de la mujer;

b) Promover la discusión y adopción de los instrumentos aprobados por el Ministerio de Salud de la Nación en materia de violencia contra las mujeres en el ámbito del Consejo Federal de Salud;

c) Diseñar protocolos específicos de detección precoz y atención de todo tipo y modalidad de violencia contra las mujeres, prioritariamente en las áreas de atención primaria de salud, emergencias, clínica médica, obstetricia, ginecología, traumatología, pediatría, y salud mental, que especifiquen el procedimiento a seguir para la atención de las mujeres que padecen violencia, resguardando la intimidad de la persona asistida y promoviendo una práctica médica no sexista. El procedimiento deberá asegurar la obtención y preservación de elementos probatorios;

d) Promover servicios o programas con equipos interdisciplinarios especializados en la prevención y atención de la violencia contra las mujeres y/o de quienes la ejerzan con la utilización de protocolos de atención y derivación;

e) Impulsar la aplicación de un Registro de las personas asistidas por situaciones de violencia contra las mujeres, que coordine los niveles nacionales y provinciales.

f) Asegurar la asistencia especializada de los/as hijos/as testigos de violencia;

g) Promover acuerdos con la Superintendencia de Servicios de Salud u organismo que en un futuro lo reemplace, a fin de incluir programas de prevención y asistencia de la violencia contra las mujeres, en los establecimientos médico-asistenciales, de la seguridad social y las entidades de medicina prepaga, los que deberán incorporarlas en su cobertura en igualdad de condiciones con otras prestaciones;

h) Alentar la formación continua del personal médico sanitario con el fin de mejorar el diagnóstico precoz y la atención médica con perspectiva de género;

i) Promover, en el marco del Consejo Federal de Salud, el seguimiento y monitoreo de la aplicación de los protocolos. Para ello, los organismos nacionales y provinciales podrán celebrar convenios con instituciones y organizaciones de la sociedad civil.

5.- Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación:

5.1. Secretaría de Justicia:

a) Promover políticas para facilitar el acceso de las mujeres a la Justicia mediante la puesta en marcha y el fortalecimiento de centros de información, asesoramiento jurídico y patrocinio jurídico gratuito;

b) Promover la aplicación de convenios con Colegios Profesionales, instituciones académicas y organizaciones de la sociedad civil para brindar asistencia jurídica especializada y gratuita;

c) Promover la unificación de criterios para la elaboración de los informes judiciales sobre la situación de peligro de las mujeres que padecen violencia;

d) Promover la articulación y cooperación entre las distintas instancias judiciales involucradas a fin de mejorar la eficacia de las medidas judiciales;

e) Promover la elaboración de un protocolo de recepción de denuncias de violencia contra las mujeres a efectos de evitar la judicialización innecesaria de aquellos casos que requieran de otro tipo de abordaje;

f) Propiciar instancias de intercambio y articulación con la Corte Suprema de Justicia de la Nación para incentivar en los distintos niveles del Poder Judicial la capacitación específica referida al tema;

g) Alentar la conformación de espacios de formación específica para profesionales del derecho;

h) Fomentar las investigaciones sobre las causas, la naturaleza, la gravedad y las consecuencias de la violencia contra las mujeres, así como de la eficacia de las medidas aplicadas para impedirla y reparar sus efectos, difundiendo periódicamente los resultados;

i) Garantizar el acceso a los servicios de atención específica para mujeres privadas de libertad.

5.2. Secretaría de Seguridad:

a) Fomentar en las fuerzas policiales y de seguridad, el desarrollo de servicios interdisciplinarios que brinden apoyo a las mujeres que padecen violencia para optimizar su atención, derivación a otros servicios y cumplimiento de disposiciones judiciales;

b) Elaborar en el ámbito del Consejo de Seguridad Interior, los procedimientos básicos para el diseño de protocolos específicos para las fuerzas policial y de seguridad a fin de brindar las respuestas adecuadas para evitar la revictimización, facilitar la debida atención, asistencia y protección policial a las mujeres que acudan a presentar denuncias en sede policial;

c) Promover la articulación de las fuerzas policial y de seguridad que intervengan en la atención de la violencia contra las mujeres con las instituciones gubernamentales y las organizaciones de la sociedad civil;

d) Sensibilizar y capacitar a las fuerzas policial y de seguridad en la temática de la violencia contra las mujeres en el marco del respeto de los derechos humanos;

e) Incluir en los programas de formación de las fuerzas policial y de seguridad asignaturas y/o contenidos curriculares específicos sobre los derechos humanos de las mujeres y en especial sobre violencia con perspectiva de género.

f) Instar a las fuerzas policiales y de seguridad a actuar en protección de las mujeres víctimas de violencia de género cuando la violencia ocurre en el espacio público o de acceso público, incluida la modalidad de “violencia contra las mujeres en los espacios públicos” conocida como “acoso callejero”. *(Inciso incorporado por art. 4° de la [Ley N° 27.501](#) B.O. 8/5/2019)*

5.3. Secretaría de Derechos Humanos e Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI):

a) Promover la inclusión de la problemática de la violencia contra las mujeres en todos los programas y acciones de la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación y del INADI, en articulación con el Consejo Federal de Derechos Humanos.

6.- Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación:

a) Desarrollar programas de sensibilización, capacitación e incentivos a empresas y sindicatos para eliminar la violencia laboral contra las mujeres y promover la igualdad de derechos, oportunidades y trato en el ámbito laboral, debiendo respetar el principio de no discriminación en:

1. El acceso al puesto de trabajo, en materia de convocatoria y selección;
2. La carrera profesional, en materia de promoción y formación;
3. La permanencia en el puesto de trabajo;
4. El derecho a una igual remuneración por igual tarea o función.

b) Promover, a través de programas específicos la prevención del acoso sexual contra las mujeres en el ámbito de empresas y sindicatos;

c) Promover políticas tendientes a la formación e inclusión laboral de mujeres que padecen violencia;

d) Promover el respeto de los derechos laborales de las mujeres que padecen violencia, en particular cuando deban ausentarse de su puesto de trabajo a fin de dar cumplimiento a prescripciones profesionales, tanto administrativas como las emanadas de las decisiones judiciales.

7.- Ministerio de Defensa de la Nación:

- a) Adecuar las normativas, códigos y prácticas internas de las Fuerzas Armadas a la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres;
- b) Impulsar programas y/o medidas de acción positiva tendientes a erradicar patrones de discriminación en perjuicio de las mujeres en las Fuerzas Armadas para el ingreso, promoción y permanencia en las mismas;
- c) Sensibilizar a los distintos niveles jerárquicos en la temática de la violencia contra las mujeres en el marco del respeto de los derechos humanos;
- d) Incluir en los programas de formación asignaturas y/o contenidos específicos sobre los derechos humanos de las mujeres y la violencia con perspectiva de género.

8.- Secretaría de Medios de Comunicación de la Nación:

- a) Impulsar desde el Sistema Nacional de Medios la difusión de mensajes y campañas permanentes de sensibilización y concientización dirigida a la población en general y en particular a las mujeres sobre el derecho de las mismas a vivir una vida libre de violencias;
- b) Promover en los medios masivos de comunicación el respeto por los derechos humanos de las mujeres y el tratamiento de la violencia desde la perspectiva de género;
- c) Brindar capacitación a profesionales de los medios masivos de comunicación en violencia contra las mujeres;
- d) Alentar la eliminación del sexismo en la información;
- e) Promover, como un tema de responsabilidad social empresaria, la difusión de campañas publicitarias para prevenir y erradicar la violencia contra las mujeres.

CAPITULO IV. OBSERVATORIO DE LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES

ARTÍCULO 12. — Creación. Créase el Observatorio de la Violencia contra las Mujeres en el ámbito del Consejo Nacional de la Mujer, destinado al monitoreo, recolección, producción, registro y sistematización de datos e información sobre la violencia contra las mujeres.

ARTÍCULO 13. — Misión. El Observatorio tendrá por misión el desarrollo de un sistema de información permanente que brinde insumos para el diseño, implementación y gestión de políticas públicas tendientes a la prevención y erradicación de la violencia contra las mujeres.

ARTÍCULO 14. — Funciones. Serán funciones del Observatorio de la Violencia contra las Mujeres:

- a) Recolectar, procesar, registrar, analizar, publicar y difundir información periódica y sistemática y comparable diacrónica y sincrónicamente sobre violencia contra las mujeres;
- b) Impulsar el desarrollo de estudios e investigaciones sobre la evolución, prevalencia, tipos y modalidades de violencia contra las mujeres, sus consecuencias y efectos, identificando aquellos factores sociales, culturales, económicos y políticos que de alguna manera estén asociados o puedan constituir causal de violencia;
- c) Incorporar los resultados de sus investigaciones y estudios en los informes que el Estado nacional eleve a los organismos regionales e internacionales en materia de violencia contra las mujeres;
- d) Celebrar convenios de cooperación con organismos públicos o privados, nacionales o internacionales, con la finalidad de articular interdisciplinariamente el desarrollo de estudios e investigaciones;
- e) Crear una red de información y difundir a la ciudadanía los datos relevados, estudios y actividades del Observatorio, mediante una página web propia o vinculada al portal del Consejo Nacional de la Mujer. Crear y mantener una base documental actualizada permanentemente y abierta a la ciudadanía;

- f) Examinar las buenas prácticas en materia de prevención y erradicación de la violencia contra las mujeres y las experiencias innovadoras en la materia y difundirlas a los fines de ser adoptadas por aquellos organismos e instituciones nacionales, provinciales o municipales que lo consideren;
- g) Articular acciones con organismos gubernamentales con competencia en materia de derechos humanos de las mujeres a los fines de monitorear la implementación de políticas de prevención y erradicación de la violencia contra las mujeres, para evaluar su impacto y elaborar propuestas de actuaciones o reformas;
- h) Fomentar y promover la organización y celebración periódica de debates públicos, con participación de centros de investigación, instituciones académicas, organizaciones de la sociedad civil y representantes de organismos públicos y privados, nacionales e internacionales con competencia en la materia, fomentando el intercambio de experiencias e identificando temas y problemas relevantes para la agenda pública;
- i) Brindar capacitación, asesoramiento y apoyo técnico a organismos públicos y privados para la puesta en marcha de los Registros y los protocolos;
- j) Articular las acciones del Observatorio de la Violencia contra las Mujeres con otros Observatorios que existan a nivel provincial, nacional e internacional;
- k) Publicar el informe anual sobre las actividades desarrolladas, el que deberá contener información sobre los estudios e investigaciones realizadas y propuestas de reformas institucionales o normativas. El mismo será difundido a la ciudadanía y elevado a las autoridades con competencia en la materia para que adopten las medidas que corresponda.

ARTÍCULO 15. — Integración. El Observatorio de la Violencia contra las Mujeres estará integrado por:

- a) Una persona designada por la Presidencia del Consejo Nacional de la Mujer, quien ejercerá la Dirección del Observatorio, debiendo tener acreditada formación en investigación social y derechos humanos;
- b) Un equipo interdisciplinario idóneo en la materia.

TÍTULO III. PROCEDIMIENTOS. Art. 16 a 40

CAPITULO I. DISPOSICIONES GENERALES

ARTÍCULO 16. — **Derechos y garantías mínimas de procedimientos judiciales y administrativos.**

Los organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativo, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por la Nación Argentina, la presente ley y las leyes que en consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías:

- a) A la gratuidad de las actuaciones judiciales y del patrocinio jurídico preferentemente especializado;
- b) A obtener una respuesta oportuna y efectiva;
- c) A ser oída personalmente por el juez y por la autoridad administrativa competente;
- d) A que su opinión sea tenida en cuenta al momento de arribar a una decisión que la afecte;
- e) A recibir **protección judicial urgente y preventiva** cuando se encuentren amenazados o vulnerados cualquiera de los derechos enunciados en el artículo 3º de la presente ley;
- f) A la protección de su intimidad, garantizando la confidencialidad de las actuaciones;
- g) A participar en el procedimiento recibiendo información sobre el estado de la causa;
- h) A recibir un trato humanizado, evitando la revictimización;
- i) A la **amplitud probatoria** para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son sus naturales testigos;

j) A oponerse a la realización de **inspecciones sobre su cuerpo** por fuera del estricto marco de la orden judicial. En caso de consentirlas y en los peritajes judiciales tiene derecho a ser acompañada por alguien de su confianza y a que sean realizados por personal profesional especializado y formado con perspectiva de género;

k) A contar con mecanismos eficientes para denunciar a los funcionarios por el incumplimiento de los plazos establecidos y demás irregularidades.

ARTÍCULO 17. — *Procedimientos Administrativos.*

Las jurisdicciones locales podrán fijar los procedimientos previos o posteriores a la instancia judicial para el cumplimiento de esta ley, la que será aplicada por los municipios, comunas, comisiones de fomento, juntas, delegaciones de los Consejos Provinciales de la Mujer o áreas descentralizadas, juzgados de paz u organismos que estimen convenientes.

ARTÍCULO 18. — *Denuncia.*

Las personas que se desempeñen en servicios asistenciales, sociales, educativos y de salud, en el ámbito público o privado, que con motivo o en ocasión de sus tareas tomen conocimiento de un hecho de violencia contra las mujeres en los términos de la presente ley, estarán obligados a formular las denuncias, según corresponda, aun en aquellos casos en que el hecho no configure delito.

CAPITULO II. PROCEDIMIENTO

ARTÍCULO 19. — *Ambito de aplicación.*

Las jurisdicciones locales, en el ámbito de sus competencias, dictarán sus normas de procedimiento o adherirán al régimen procesal previsto en la presente ley.

ARTÍCULO 20. — *Características del procedimiento.*

El procedimiento será gratuito y sumarísimo.

ARTÍCULO 21. — *Presentación de la denuncia.*

La presentación de la denuncia por violencia contra las mujeres podrá efectuarse ante cualquier juez/jueza de cualquier fuero e instancia o ante el Ministerio Público, en forma oral o escrita.

Se guardará reserva de identidad de la persona denunciante.

ARTÍCULO 22. — *Competencia.*

Entenderá en la causa el/la juez/a que resulte competente en razón de la materia según los tipos y modalidades de violencia de que se trate.

Aún en caso de incompetencia, el/la juez/a interviniente podrá disponer las medidas preventivas que estime pertinente.

ARTÍCULO 23. — *Exposición policial.*

En el supuesto que al concurrir a un servicio policial sólo se labrase exposición y de ella surgiere la posible existencia de violencia contra la mujer, corresponderá remitirla a la autoridad judicial competente dentro de las VEINTICUATRO (24) horas.

ARTÍCULO 24. — *Personas que pueden efectuar la denuncia.*

Las denuncias podrán ser efectuadas:

- a) Por la mujer que se considere afectada o su representante legal sin restricción alguna;
- b) La niña o la adolescente directamente o través de sus representantes legales de acuerdo lo establecido en la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes;
- c) Cualquier persona cuando la afectada tenga discapacidad, o que por su condición física o psíquica no pudiese formularla;

d) En los casos de violencia sexual, la mujer que la haya padecido es la única legitimada para hacer la denuncia. Cuando la misma fuere efectuada por un tercero, se citará a la mujer para que la ratifique o rectifique en VEINTICUATRO (24) horas. La autoridad judicial competente tomará los recaudos necesarios para evitar que la causa tome estado público.

e) La denuncia penal será obligatoria para toda persona que se desempeñe laboralmente en servicios asistenciales, sociales, educativos y de salud, en el ámbito público o privado, que con motivo o en ocasión de sus tareas tomaren conocimiento de que una mujer padece violencia siempre que los hechos pudieran constituir un delito.

ARTÍCULO 25. — *Asistencia protectora.*

En toda instancia del proceso se admitirá la presencia de un/a acompañante como ayuda protectora ad honórem, siempre que la mujer que padece violencia lo solicite y con el único objeto de preservar la salud física y psicológica de la misma.

ARTÍCULO 26. — *Medidas preventivas urgentes.*

a) Durante cualquier etapa del proceso el/la juez/a interviniente podrá, de oficio o a petición de parte, ordenar una o más de las siguientes medidas preventivas de acuerdo a los tipos y modalidades de violencia contra las mujeres definidas en los artículos 5º y 6º de la presente ley:

a. 1. Ordenar la prohibición de acercamiento del presunto agresor al lugar de residencia, trabajo, estudio, esparcimiento o a los lugares de habitual concurrencia de la mujer que padece violencia;

a.2. Ordenar al presunto agresor que cese en los actos de perturbación o intimidación que, directa o indirectamente, realice hacia la mujer;

a.3. Ordenar la restitución inmediata de los efectos personales a la parte peticionante, si ésta se ha visto privada de los mismos;

a.4. Prohibir al presunto agresor la compra y tenencia de armas, y ordenar el secuestro de las que estuvieren en su posesión;

a.5. Proveer las medidas conducentes a brindar a quien padece o ejerce violencia, cuando así lo requieran, asistencia médica o psicológica, a través de los organismos públicos y organizaciones de la sociedad civil con formación especializada en la prevención y atención de la violencia contra las mujeres;

a.6. Ordenar medidas de seguridad en el domicilio de la mujer;

a.7. Ordenar toda otra medida necesaria para garantizar la seguridad de la mujer que padece violencia, hacer cesar la situación de violencia y evitar la repetición de todo acto de perturbación o intimidación, agresión y maltrato del agresor hacia la mujer.

b) Sin perjuicio de las medidas establecidas en el inciso a) del presente artículo, en los casos de la modalidad de violencia doméstica contra las mujeres, el/la juez/a podrá ordenar las siguientes **medidas preventivas urgentes:**

b.1. Prohibir al presunto agresor enajenar, disponer, destruir, ocultar o trasladar bienes gananciales de la sociedad conyugal o los comunes de la pareja conviviente;

b.2. Ordenar la exclusión de la parte agresora de la residencia común, independientemente de la titularidad de la misma;

b.3. Decidir el reintegro al domicilio de la mujer si ésta se había retirado, previa exclusión de la vivienda del presunto agresor;

b.4. Ordenar a la fuerza pública, el acompañamiento de la mujer que padece violencia, a su domicilio para retirar sus efectos personales;

b.5. En caso de que se trate de una pareja con hijos/as, se fijará una cuota alimentaria provisoria, si correspondiese, de acuerdo con los antecedentes obrantes en la causa y según las normas que rigen en la materia;

b.6. En caso que la víctima fuere menor de edad, el/la juez/a, mediante resolución fundada y teniendo en cuenta la opinión y el derecho a ser oída de la niña o de la adolescente, puede otorgar la guarda a un miembro de su grupo familiar, por consanguinidad o afinidad, o con otros miembros de la familia ampliada o de la comunidad.

b.7. Ordenar la suspensión provisoria del régimen de visitas;

b.8. Ordenar al presunto agresor abstenerse de interferir, de cualquier forma, en el ejercicio de la guarda, crianza y educación de los/as hijos/as;

b.9. Disponer el inventario de los bienes gananciales de la sociedad conyugal y de los bienes propios de quien ejerce y padece violencia. En los casos de las parejas convivientes se dispondrá el inventario de los bienes de cada uno;

b.10. Otorgar el uso exclusivo a la mujer que padece violencia, por el período que estime conveniente, del mobiliario de la casa.

ARTÍCULO 27. — Facultades del/la juez/a.

El/ la juez/a podrá dictar más de una medida a la vez, determinando **la duración de las mismas** de acuerdo a las circunstancias del caso, y debiendo establecer un plazo máximo de duración de las mismas, por auto fundado.

ARTÍCULO 28. — Audiencia.

El/la juez/a interviniente fijará una audiencia, la que deberá tomar personalmente bajo pena de nulidad, dentro de CUARENTA Y OCHO (48) horas de ordenadas las medidas del artículo 26, o si no se adoptara ninguna de ellas, desde el momento que tomó conocimiento de la denuncia.

El presunto agresor estará obligado a comparecer bajo apercibimiento de ser llevado ante el juzgado con auxilio de la fuerza pública.

En dicha audiencia, escuchará a las partes por separado bajo pena de nulidad, y ordenará las medidas que estime pertinentes.

Si la víctima de violencia fuere niña o adolescente deberá contemplarse lo estipulado por la Ley 26.061 sobre Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

Quedan prohibidas las audiencias de mediación o conciliación.

ARTÍCULO 29. — Informes.

Siempre que fuere posible el/la juez/a interviniente podrá requerir un informe efectuado por un equipo interdisciplinario para determinar los daños físicos, psicológicos, económicos o de otro tipo sufridos por la mujer y la situación de peligro en la que se encuentre.

Dicho informe será remitido en un plazo de CUARENTA Y OCHO (48) horas, a efectos de que pueda aplicar otras medidas, interrumpir o hacer cesar alguna de las mencionadas en el artículo 26.

El/la juez/a interviniente también podrá considerar los informes que se elaboren por los equipos interdisciplinarios de la administración pública sobre los daños físicos, psicológicos, económicos o de otro tipo sufridos por la mujer y la situación de peligro, evitando producir nuevos informes que la revictimicen.

También podrá considerar informes de profesionales de organizaciones de la sociedad civil idóneas en el tratamiento de la violencia contra las mujeres.

ARTÍCULO 30. — Prueba, principios y medidas.

El/la juez/a tendrá amplias facultades para ordenar e impulsar el proceso, pudiendo disponer las medidas que fueren necesarias para indagar los sucesos, ubicar el paradero del presunto agresor, y proteger a quienes corran el riesgo de padecer nuevos actos de violencia, rigiendo el principio de obtención de la verdad material.

ARTÍCULO 31. — Resoluciones.

Regirá el principio de amplia libertad probatoria para acreditar los hechos denunciados, evaluándose las pruebas ofrecidas de acuerdo con el principio de la sana crítica. Se considerarán las presunciones que contribuyan a la demostración de los hechos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes.

ARTÍCULO 32. — Sanciones.

Ante el incumplimiento de las medidas ordenadas, el/la juez/a podrá evaluar la conveniencia de modificar las mismas, pudiendo ampliarlas u ordenar otras.

Frente a un nuevo incumplimiento y sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales que correspondan, el/la Juez/a deberá aplicar alguna/s de las siguientes sanciones:

- a) Advertencia o llamado de atención por el acto cometido;
- b) Comunicación de los hechos de violencia al organismo, institución, sindicato, asociación profesional o lugar de trabajo del agresor;
- c) Asistencia obligatoria del agresor a programas reflexivos, educativos o terapéuticos tendientes a la modificación de conductas violentas.

Asimismo, cuando el incumplimiento configure desobediencia u otro delito, el juez deberá poner el hecho en conocimiento del/la juez/a con competencia en materia penal.

ARTÍCULO 33. — Apelación.

Las resoluciones que concedan, rechacen, interrumpan, modifiquen o dispongan el cese de alguna de las medidas preventivas urgentes o impongan sanciones, serán apelables dentro del plazo de TRES (3) días hábiles.

La apelación contra resoluciones que concedan medidas preventivas urgentes se concederá en relación y con efecto devolutivo.

La apelación contra resoluciones que dispongan la interrupción o el cese de tales medidas se concederá en relación y con efecto suspensivo.

ARTÍCULO 34. — Seguimiento.

Durante el trámite de la causa, por el tiempo que se juzgue adecuado, el/la juez/a deberá controlar la eficacia de las medidas y decisiones adoptadas, ya sea a través de la comparecencia de las partes al tribunal, con la frecuencia que se ordene, y/o mediante la intervención del equipo interdisciplinario, quienes elaborarán informes periódicos acerca de la situación.

ARTÍCULO 35. — Reparación.

La parte damnificada podrá reclamar la reparación civil por los daños y perjuicios, según las normas comunes que rigen la materia.

ARTÍCULO 36. — Obligaciones de los/as funcionarios/as.

Los/as funcionarios/as policiales, judiciales, agentes sanitarios, y cualquier otro/a funcionario/a público/a a quien acudan las mujeres afectadas, tienen la obligación de informar sobre:

- a) Los derechos que la legislación le confiere a la mujer que padece violencia, y sobre los servicios gubernamentales disponibles para su atención;
- b) Cómo y dónde conducirse para ser asistida en el proceso;
- c) Cómo preservar las evidencias.

ARTÍCULO 37. — Registros.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación llevará registros sociodemográficos de las denuncias efectuadas sobre hechos de violencia previstos en esta ley, especificando, como mínimo, edad, estado civil, profesión u ocupación de la mujer que padece violencia, así como del agresor; vínculo con el agresor, naturaleza de los hechos, medidas adoptadas y sus resultados, así como las sanciones impuestas al agresor.

Los juzgados que intervienen en los casos de violencia previstos en esta ley deberán remitir anualmente la información pertinente para dicho registro.

El acceso a los registros requiere motivos fundados y previa autorización judicial, garantizando la confidencialidad de la identidad de las partes.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación elaborará estadísticas de acceso público que permitan conocer, como mínimo, las características de quienes ejercen o padecen violencia y sus modalidades, vínculo entre las partes, tipo de medidas adoptadas y sus resultados, y tipo y cantidad de sanciones aplicadas.

ARTÍCULO 38. — *Colaboración de organizaciones públicas o privadas.*

El/la juez/a podrán solicitar o aceptar en carácter de amicus curiae la colaboración de organizaciones o entidades públicas o privadas dedicadas a la protección de los derechos de las mujeres.

ARTÍCULO 39. — *Exención de cargas.*

Las actuaciones fundadas en la presente ley estarán exentas del pago de sellado, tasas, depósitos y cualquier otro impuesto, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 68 del Código Procesal, Civil y Comercial de la Nación en materia de costas.

ARTÍCULO 40. — *Normas supletorias.*

Serán de aplicación supletoria los regímenes procesales que correspondan, según los tipos y modalidades de violencia denunciados.

TÍTULO IV. DISPOSICIONES FINALES. Art. 41 a 45

ARTÍCULO 41. — **En ningún caso** las conductas, actos u omisiones previstas en la presente ley importarán la **creación de nuevos tipos penales**, ni la modificación o derogación de los vigentes.

ARTÍCULO 42. — La Ley 24.417 de Protección contra la Violencia Familiar, será de aplicación en aquellos casos de violencia doméstica **no previstos** en la presente ley.

ARTÍCULO 43. — Las partidas que resulten necesarias para el cumplimiento de la presente ley serán previstas anualmente en la Ley de Presupuesto General de la Administración Nacional.

ARTÍCULO 44. — La ley entrará en vigencia a partir de su publicación en el Boletín Oficial de la Nación.

ARTÍCULO 45. — Comuníquese al Poder Ejecutivo nacional.

DADA EN LA SALA DE SESIONES DEL CONGRESO ARGENTINO, EN BUENOS AIRES, A LOS ONCE DIAS DEL MES DE MARZO DEL AÑO DOS MIL NUEVE.

— REGISTRADO BAJO EL Nº 26.485 —

JULIO C. C. COBOS. — EDUARDO A. FELLNER. — Enrique Hidalgo. — Juan H. Estrada.

Ley 27372. LEY DE DERECHOS Y GARANTÍAS DE LAS PERSONAS VÍCTIMAS DE DELITOS

Disposiciones generales.

El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina reunidos en Congreso, etc. sancionan con fuerza de

Ley:

LEY DE DERECHOS Y GARANTÍAS DE LAS PERSONAS VÍCTIMAS DE DELITOS

Capítulo I. Disposiciones generales

ARTÍCULO 1°- Las disposiciones de esta ley son de orden público.

ARTÍCULO 2°- Se considera víctima:

- a) A la persona ofendida directamente por el delito;
- b) Al cónyuge, conviviente, padres, hijos, hermanos, tutores o guardadores en los delitos cuyo resultado sea la muerte de la persona con la que tuvieren tal vínculo, o si el ofendido hubiere sufrido una afectación psíquica o física que le impida ejercer sus derechos.

Capítulo II. Principios rectores

ARTÍCULO 3°- El objeto de esta ley es:

- a) Reconocer y garantizar los derechos de las víctimas del delito y de violaciones a derechos humanos, en especial, el derecho al asesoramiento, asistencia, representación, protección, verdad, acceso a la justicia, tratamiento justo, reparación, celeridad y todos los demás derechos consagrados en la Constitución Nacional, en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos de los que el Estado nacional es parte, demás instrumentos legales internacionales ratificados por ley nacional, las constituciones provinciales y los ordenamientos locales;
- b) Establecer y coordinar las acciones y medidas necesarias para promover, hacer respetar, proteger, garantizar y permitir el ejercicio efectivo de los derechos de las víctimas, así como implementar los mecanismos para que todas las autoridades, en el ámbito de sus respectivas competencias, cumplan con sus obligaciones de prevenir, investigar, sancionar delitos y lograr la reparación de los derechos conculcados;
- c) Establecer recomendaciones y protocolos sobre los deberes y obligaciones específicos a cargo de las autoridades y de todo aquel que intervenga en los procedimientos relacionados con las víctimas de delito.

ARTÍCULO 4º- La actuación de las autoridades responderá a los siguientes principios:

- a) Rápida intervención: las medidas de ayuda, atención, asistencia y protección que requiera la situación de la víctima se adoptarán con la mayor rapidez posible, y si se tratare de necesidades apremiantes, serán satisfechas de inmediato, si fuere posible, o con la mayor urgencia;
- b) Enfoque diferencial: las medidas de ayuda, atención, asistencia y protección de la víctima se adoptarán atendiendo al grado de vulnerabilidad que ella presente, entre otras causas, en razón de la edad, género, preferencia u orientación sexual, etnia, condición de discapacidad u otras análogas;
- c) **No revictimización:** la víctima no será tratada como responsable del hecho sufrido, y las molestias que le ocasione el proceso penal se limitarán a las estrictamente imprescindibles.

Capítulo III. Derechos de la víctima

ARTÍCULO 5º- La víctima tendrá los siguientes derechos:

- a) A que se le reciba de inmediato la denuncia del delito que la afecta;
- b) A recibir un trato digno y respetuoso y que sean mínimas las molestias derivadas del procedimiento;
- c) A que se respete su intimidad en la medida que no obstruya la investigación;
- d) A requerir medidas de protección para su seguridad, la de sus familiares y la de los testigos que declaren en su interés, a través de los órganos competentes;
- e) A ser asistida en forma especializada con el objeto de propender a su recuperación psíquica, física y social, durante el tiempo que indiquen los profesionales intervinientes;
- f) A ser informada sobre sus derechos cuando realice la denuncia o en su primera intervención en el procedimiento;
- g) A que en las causas en que se investiguen delitos contra la propiedad, las pericias y diligencias sobre las cosas sustraídas sean realizadas con la mayor celeridad posible;
- h) A intervenir como querellante o actor civil en el procedimiento penal, conforme a lo establecido por la garantía constitucional del debido proceso y las leyes de procedimiento locales;
- i) A examinar documentos y actuaciones, y a ser informada verbalmente sobre el estado del proceso y la situación del imputado;
- j) A aportar información y pruebas durante la investigación;

k) A ser escuchada antes de cada decisión que implique la extinción o suspensión de la acción penal, y aquellas que dispongan medidas de coerción o la libertad del imputado durante el proceso, siempre que lo solicite expresamente;

l) A ser notificada de las resoluciones que puedan afectar su derecho a ser escuchada;

m) A solicitar la revisión de la desestimación, el archivo o la aplicación de un criterio de oportunidad solicitado por el representante del Ministerio Público Fiscal, cuando hubiera intervenido en el procedimiento como querellante;

n) A que se adopten prontamente las medidas de coerción o cautelares que fueren procedentes para impedir que el delito continúe en ejecución o alcance consecuencias ulteriores;

ñ) A que le sean reintegrados los bienes sustraídos con la mayor urgencia;

o) Al sufragio de los gastos que demande el ejercicio de sus derechos, cuando por sus circunstancias personales se encontrare económicamente imposibilitada de solventarlos. Esta enumeración no es taxativa y no será entendida como negación de otros derechos no enumerados.

ARTÍCULO 6°- Cuando la víctima presente situaciones de vulnerabilidad, entre otras causas, en razón de su edad, género, preferencia u orientación sexual, etnia, condición de discapacidad, o cualquier otra análoga, las autoridades deberán dispensarle atención especializada. Se presumirá situación de especial vulnerabilidad en los siguientes casos:

a) Si la víctima fuere menor de edad o mayor de setenta (70) años, o se tratase de una persona con discapacidad;

b) Si existiere una relación de dependencia económica, afectiva, laboral o de subordinación entre la víctima y el supuesto autor del delito.

ARTÍCULO 7°- La autoridad que reciba la denuncia deberá:

a) Asesorarla acerca de los derechos que le asisten y de los medios con que cuente para hacerlos valer;

b) Informarle los nombres del juez y el fiscal que intervendrán en el caso, y la ubicación de sus despachos;

c) Informarle la ubicación del centro de asistencia a la víctima más cercano, y trasladarla hasta allí en el plazo más breve posible, si la víctima lo solicitare y no contare con medio propio de locomoción.

ARTÍCULO 8°- En los supuestos del inciso d) del artículo 5°, se presumirá la existencia de peligro si se tratase de víctimas de los siguientes delitos:

- a) Delitos contra la vida;
- b) Delitos contra la integridad sexual;
- c) Delitos de terrorismo;
- d) Delitos cometidos por una asociación ilícita u organización criminal;
- e) Delitos contra la mujer, cometidos con violencia de género;
- f) Delitos de trata de personas.

La autoridad deberá adoptar de inmediato las medidas necesarias para neutralizar el peligro. En especial, podrá reservar la información sobre su domicilio o cualquier otro dato que revele su ubicación. La reserva se levantará cuando el derecho de defensa del imputado lo hiciera imprescindible.

ARTÍCULO 9º- La autoridad deberá atender al sufragio de los gastos de traslado, hospedaje temporal y sostén alimentario de urgencia que fueren necesarios, cuando por sus circunstancias personales, la víctima se encontrare económicamente imposibilitada para hacerlo.

ARTÍCULO 10.- Las autoridades adoptarán todas las medidas que prevengan un injustificado aumento de las molestias que produzca la tramitación del proceso, concentrando las intervenciones de la víctima en la menor cantidad de actos posibles, evitando convocatorias recurrentes y contactos innecesarios con el imputado.

A tal fin se podrán adoptar las siguientes medidas:

- a) La víctima podrá prestar declaración en su domicilio o en una dependencia especialmente adaptada a tal fin;
- b) En el acto en que la víctima participe, podrá disponerse el acompañamiento de un profesional;
- c) La víctima podrá prestar testimonio en la audiencia de juicio, sin la presencia del imputado o del público.

ARTÍCULO 11.- La víctima tiene derecho a recibir gratuitamente el patrocinio jurídico que solicite para ejercer sus derechos, y en su caso para querellar, si por sus circunstancias personales se encontrare imposibilitada de solventarlo.

ARTÍCULO 12.- Durante la ejecución de la pena la víctima tiene derecho a ser informada y a expresar su opinión y todo cuanto estime conveniente, ante el juez de ejecución o juez competente, cuando se sustancie cualquier planteo en el que se pueda decidir la incorporación de la persona condenada a:

- a) Salidas transitorias;

- b) Régimen de semilibertad;
- c) Libertad condicional;
- d) Prisión domiciliaria;
- e) Prisión discontinua o semidetención;
- f) Libertad asistida;
- g) Régimen preparatorio para su liberación.

El Tribunal a cargo del juicio, al momento del dictado de la sentencia condenatoria, deberá consultar a la víctima si desea ser informada acerca de los planteos referidos en el párrafo que antecede. En ese caso, la víctima deberá fijar un domicilio, podrá designar un representante legal, proponer peritos y establecer el modo en que recibirá las comunicaciones.

ARTÍCULO 13.- En los casos referidos en el artículo anterior, si la gravedad del hecho que motivó la condena y las circunstancias del caso permitieran presumir peligro para la víctima, la autoridad deberá adoptar las medidas precautorias necesarias para prevenirlo.

A efectos de evaluar la posibilidad de peligro se tendrá especialmente en cuenta lo establecido en los artículos 6° y 8° de esta ley.

Capítulo IV. Modificaciones al Código Procesal Penal de la Nación (ley 23.984)

ARTÍCULO 14.- Sustitúyese el artículo 79 del Código Procesal Penal de la Nación (ley 23.984), por el siguiente:

Artículo 79: Desde el inicio de un proceso penal hasta su finalización, el Estado nacional garantizará a las víctimas de un delito y a los testigos convocados a la causa por un órgano judicial el pleno respeto de los siguientes derechos:

- a) A recibir un trato digno y respetuoso y que sean mínimas las molestias derivadas del procedimiento;
- b) Al sufragio de los gastos de traslado al lugar que la autoridad competente disponga;
- c) A la protección de la integridad física y psíquica propia y de sus familiares;
- d) A ser informado sobre los resultados del acto procesal en el que ha participado;

e) Cuando se tratase de persona mayor de setenta (70) años, mujer embarazada o enfermo grave, a cumplir el acto procesal en el lugar de su residencia; tal circunstancia deberá ser comunicada a la autoridad competente con la debida anticipación.

ARTÍCULO 15.- Sustitúyese el artículo 80 del Código Procesal Penal de la Nación (ley 23.984), por el siguiente:

Artículo 80: Sin perjuicio de lo establecido en el artículo precedente, la víctima del delito tendrá derecho:

a) A ser informada sobre sus derechos cuando realice la denuncia o en su primera intervención en el procedimiento;

b) A examinar documentos y actuaciones, y a ser informada sobre el estado del proceso y la situación del imputado;

c) A aportar información y pruebas durante la investigación;

d) A que en las causas en que se investiguen delitos contra la propiedad, las pericias y diligencias sobre las cosas sustraídas sean realizadas con la mayor celeridad posible, para el pronto reintegro de los bienes sustraídos;

e) Cuando fuere menor o incapaz, el órgano judicial podrá autorizar que durante los actos procesales en los cuales intervenga sea acompañado por una persona de su confianza, siempre que ello no coloque en peligro el interés de obtener la verdad de lo ocurrido;

f) A ser escuchada antes de cada decisión que implique la extinción o suspensión de la acción penal, y de aquellas que dispongan medidas de coerción o la libertad del imputado durante el proceso, siempre que lo solicite expresamente;

g) A ser notificada de las resoluciones que puedan requerir su revisión;

h) A solicitar la revisión de la desestimación o el archivo, aún si no hubiera intervenido en el procedimiento como querellante.

ARTÍCULO 16.- Sustitúyese el artículo 81 del Código Procesal Penal de la Nación (ley 23.984), por el siguiente:

Artículo 81: Durante el proceso penal, el Estado garantizará a la víctima del delito los derechos reconocidos en la Ley de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos. A tal fin, las disposiciones procesales de este Código serán interpretadas y ejecutadas del modo que mejor garantice los derechos reconocidos a la víctima.

Los derechos reconocidos en este Capítulo deberán ser enunciados por el órgano judicial competente, al momento de practicar la primera citación de la víctima o del testigo.

ARTÍCULO 17.- Sustitúyese el artículo 82 del Código Procesal Penal de la Nación (ley 23.984), por el siguiente:

Derecho de querrela

Artículo 82: Toda persona con capacidad civil particularmente ofendida por un delito de acción pública tendrá derecho a constituirse en parte querellante y como tal impulsar el proceso, proporcionar elementos de convicción, argumentar sobre ellos y recurrir con los alcances que en este Código se establezcan.

Cuando se trate de un incapaz, actuará por él su representante legal.

Cuando se trate de un delito cuyo resultado sea la muerte o la desaparición de una persona, podrán ejercer este derecho el cónyuge, el conviviente, los padres, los hijos y los hermanos de la persona muerta o desaparecida; si se tratare de un menor, sus tutores o guardadores, y en el caso de un incapaz, su representante legal.

Si el querellante particular se constituyera a la vez en actor civil, podrá así hacerlo en un solo acto, observando los requisitos para ambos institutos.

ARTÍCULO 18.- Sustitúyese el artículo 180 del Código Procesal Penal de la Nación (ley 23.984), por el siguiente:

Denuncia ante el juez

Artículo 180: El juez que reciba una denuncia la transmitirá inmediatamente al agente fiscal. Dentro del término de veinticuatro (24) horas, salvo que por la urgencia del caso aquél fije uno menor, el agente fiscal formulará requerimiento conforme al artículo 188 o pedirá que la denuncia sea desestimada o remitida a otra jurisdicción.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, el juez de instrucción que reciba una denuncia podrá, dentro del término de veinticuatro (24) horas, salvo que por la urgencia del caso fije uno menor, hacer uso de la facultad que le acuerda el artículo 196, primer párrafo, en cuyo caso el agente fiscal asumirá la dirección de la investigación conforme a las reglas establecidas en el título II, del libro II de este Código o pedirá que la denuncia sea desestimada o remitida a otra jurisdicción.

La denuncia será desestimada cuando los hechos referidos en ella no constituyan delito, o cuando no se pueda proceder. La resolución que disponga la desestimación de la denuncia o su remisión a otra jurisdicción, será apelable por la víctima o por quien pretendía ser tenido por parte querellante.

ARTÍCULO 19.- Sustitúyese el artículo 293 del Código Procesal Penal de la Nación (ley 23.984), por el siguiente:

Suspensión del proceso a prueba

Artículo 293: En la oportunidad que la ley penal permita la suspensión del proceso a prueba, el órgano judicial competente podrá conceder el beneficio, en audiencia única, donde las partes tendrán derecho a expresarse. Se citará a la víctima aún cuando no se hubiese presentado como parte querellante.

Cuando así ocurra, el órgano judicial competente en la misma audiencia especificará concretamente las instrucciones y reglas de conducta a las que deba someterse el imputado y deberá comunicar inmediatamente al juez de ejecución la resolución que somete al imputado a prueba.

ARTÍCULO 20.- Sustitúyese el artículo 496 del Código Procesal Penal de la Nación (ley 23.984), por el siguiente:

Salidas transitorias

Artículo 496: Sin que esto importe suspensión de la pena, el tribunal de ejecución podrá autorizar las salidas transitorias permitidas por Ley de Ejecución de la Pena Privativa de Libertad. La víctima, aun cuando no se hubiese constituido en querellante, será informada de la iniciación del trámite y sus necesidades deberán ser evaluadas.

Asimismo, el tribunal de ejecución podrá autorizar que el penado salga del establecimiento carcelario en que se encuentre, por un plazo prudencial, y sea trasladado, bajo debida custodia, para cumplir sus deberes morales en caso de muerte o de grave enfermedad de un pariente próximo. También gozarán de este beneficio los procesados privados de su libertad.

ARTÍCULO 21.- Sustitúyese el artículo 505 del Código Procesal Penal de la Nación (ley 23.984), por el siguiente:

Solicitud

Artículo 505: La solicitud de libertad condicional se cursará de inmediato por intermedio de la dirección del establecimiento donde se encuentre el condenado, quien podrá nombrar un defensor para que actúe en el trámite. En todos los casos la víctima, aun cuando no se hubiese constituido en querellante, deberá ser informada de la iniciación del trámite, y ser oídas sus necesidades.

Capítulo V. Creación del Centro de Asistencia a las Víctimas de Delitos

ARTÍCULO 22.- Créase en el ámbito de la Secretaría de Justicia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, el Centro de Asistencia a las Víctimas de Delitos (CENAVID).

El CENAVID tendrá a su cargo la asistencia a las víctimas de delitos de competencia de la justicia federal en todo el país, y en forma coadyuvante, la asistencia a las víctimas de delitos de competencia de la justicia ordinaria a requerimiento de las jurisdicciones locales.

ARTÍCULO 23.- Las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que ya cuenten con organismos o instituciones especializadas en la asistencia a las víctimas de delitos de competencia local evaluarán su situación y, si fuese el caso, adoptarán las medidas necesarias para dotarlos de suficiente estructura, capacitación y financiación.

El CENAVID desarrollará las acciones a su alcance para colaborar en la creación de tales organismos, en las provincias que no cuenten con ellos.

ARTÍCULO 24.- El CENAVID tendrá las siguientes funciones:

a) Atender de inmediato a las víctimas que requieran su intervención. A tal fin deberá implementar un servicio de urgencia que funcione fuera del horario de atención de sus oficinas, que le permita garantizar la asistencia de la víctima en los casos que requieran perentoria intervención;

b) Adoptar los cursos de acción necesarios para garantizar la seguridad de la víctima y de sus familiares, en los casos que correspondan. A tal fin convendrá con los organismos a cargo de la seguridad pública protocolos de actuación que permitan su rápida intervención;

c) Adoptar los cursos de acción necesarios para brindarle a la víctima un hospedaje temporal y sostén alimentario de urgencia en los casos que corresponda. A tal fin convendrá con los organismos e instituciones capacitados para brindar los protocolos de actuación que permitan su rápida intervención;

d) Adoptar los cursos de acción necesarios para la atención médica y psicológica de la víctima, en los casos que correspondan. A tal fin convendrá con las instituciones a cargo de la salud pública, protocolos de actuación que permitan su rápida intervención;

e) Adoptar los cursos de acción necesarios para garantizar el patrocinio y representación jurídica de la víctima, dándole intervención al Ministerio Público de la Defensa cuando corresponda. Asimismo acordará mecanismos de cooperación con colegios profesionales, instituciones educativas o académicas u otras asociaciones y organizaciones de la sociedad civil que se encuentren capacitados para brindarlas.

ARTÍCULO 25.- Para el cumplimiento de sus obligaciones en territorios provinciales, el CENAVID suscribirá acuerdos de colaboración con los organismos o instituciones de atención a las víctimas que localmente se hayan creado. Si fuese necesario, el CENAVID podrá crear sedes propias.

ARTÍCULO 26.- El CENAVID será dirigido por un director ejecutivo designado por el Ministro de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, que deberá ser un profesional con reconocida trayectoria en la materia.

El director ejecutivo, en el plazo más breve posible, someterá a la aprobación del Ministro de Justicia y Derechos Humanos de la Nación el organigrama de la organización del CENAVID y el programa de acuerdos de colaboración y cooperación con organismos públicos, colegios profesionales, instituciones educativas o académicas u otras asociaciones y organizaciones de la sociedad civil, que sean necesarios para el cumplimiento de esta ley.

ARTÍCULO 27.- El director ejecutivo del CENAVID tendrá los siguientes deberes y atribuciones:

- a) Ejercer la dirección del personal, asignar sus tareas y controlar su cumplimiento;
- b) Aprobar los protocolos de actuación internos del CENAVID y los que el CENAVID convenga con organismos e instituciones;
- c) Promover la unificación de protocolos de actuación y criterios de registro de información con los organismos locales de atención a las víctimas;
- d) Organizar actividades que propendan a la formación, capacitación técnica y actualización normativa de las autoridades y el personal que intervengan en la atención de víctimas de delitos;
- e) Formular propuestas legislativas que permitan ampliar y profundizar los objetivos de esta ley.

ARTÍCULO 28.- Los gastos que demande la presente serán imputados a la partida presupuestaria correspondiente al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. El Poder Ejecutivo deberá afectar los recursos materiales y humanos en cantidad y calificación necesarias para el cumplimiento de la presente ley.

Capítulo VI. Del Defensor Público de Víctimas

ARTÍCULO 29.- Créanse veinticuatro (24) cargos de Defensor Público de Víctimas, según se establece en el Anexo I de la presente ley.

ARTÍCULO 30.- Los actuales Secretarios Letrados del Ministerio Público de la Defensa se transforman en Defensores Públicos Coadyuvantes, de conformidad con lo previsto en el inciso b) del artículo 15 de la ley 27.149.

ARTÍCULO 31.- Los actuales Prosecretarios Letrados del Ministerio Público de la Defensa se transforman en Defensores Públicos Coadyuvantes, de conformidad con lo previsto en el inciso b) del artículo 15 de la ley 27.149.

ARTÍCULO 32.- La transformación de los cargos dispuesta en los artículos precedentes no implica un nuevo nombramiento, en los términos del artículo 79 inciso a) de la ley de impuesto a las ganancias, reformado por la ley 27.346.

ARTÍCULO 33.- Sustitúyese el artículo 11 de la ley 27.149, el que quedará redactado de la siguiente manera:

Artículo 11: Asistencia y patrocinio jurídico a víctimas de delitos en procesos penales. La Defensoría General de la Nación garantizará, conforme los requisitos y asignaciones funcionales que determine la reglamentación, y según lo previsto en los artículos 37 bis y 37 ter de la presente ley, la asistencia técnica y patrocinio jurídico de las víctimas de delitos, si por la limitación de sus recursos económicos o vulnerabilidad resultara necesaria la intervención del Ministerio Público de la Defensa, en atención a la especial gravedad de los hechos investigados.

ARTÍCULO 34: Sustitúyese el artículo 15 de la ley 27.149, el que quedará redactado de la siguiente manera:

Artículo 15: El Ministerio Público de la Defensa está integrado por:

a) Magistrados:

1. Defensor General de la Nación.
2. Defensores Generales Adjuntos.
3. Defensores Públicos Oficiales y Defensores Públicos de Menores e Incapaces ante las Cámaras de Casación.
4. Defensores Públicos de Coordinación.
5. Defensores Públicos Oficiales de la Defensoría General de la Nación, Defensores Públicos Oficiales de Instancia Única en lo Penal Nacional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Defensores Públicos Oficiales de Instancia Única en lo Penal Federal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Defensores Públicos Oficiales de Instancia Única en lo Penal Económico de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Defensores Públicos Oficiales de Instancia Única en lo Penal de Menores de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Defensores Públicos Oficiales de Instancia Única en la Ejecución de la Pena de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y Defensores Públicos Oficiales ante la Cámara Nacional de Apelaciones en las Relaciones de Consumo.
6. Defensores Públicos de Menores e Incapaces de Instancia Única en lo Penal Nacional y Federal y Defensores Públicos de Menores e Incapaces ante los Tribunales de Segunda Instancia.
7. Defensores Públicos Oficiales ante los Tribunales Federales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y Defensores Públicos Oficiales Federales del interior del país.
8. Defensores Públicos Oficiales Adjuntos de la Defensoría General de la Nación, Defensores Públicos de Menores e Incapaces de Primera Instancia, Defensores Públicos Oficiales ante los Jueces y Cámaras de

Apelaciones, Defensores Públicos Oficiales en las Relaciones de Consumo, Defensores Públicos Oficiales ante los Juzgados Federales de Ejecuciones Fiscales Tributarias y Defensores Públicos de Víctimas.

9. Defensores Públicos Tutores y Defensores Públicos Curadores.

10. Defensores Auxiliares de la Defensoría General de la Nación.

b) Defensores Públicos Coadyuvantes;

c) Otros funcionarios y empleados administrativos y de maestranza.

ARTÍCULO 35.- Incorpórase como artículo 37 bis a la ley 27.149 el siguiente:

Artículo 37 bis: Sin perjuicio de lo establecido en el artículo precedente, los Defensores Públicos Coadyuvantes colaboran con los Defensores Públicos de Víctimas en el ejercicio de las funciones y bajo las condiciones previstas en esta ley, cuando ello sea dispuesto por el Defensor General de la Nación a fin de asegurar una efectiva prestación del servicio.

ARTÍCULO 36.- Incorpórase como artículo 37 ter a la ley 27.149 el siguiente:

Defensores Públicos de Víctimas

Artículo 37 ter: Funciones. Los Defensores Públicos de Víctimas son los magistrados de la Defensoría General de la Nación que, según los fueros e instancias asignados, ejercen la asistencia técnica y patrocinio jurídico de las víctimas de delitos en procesos penales, en atención a la especial gravedad de los hechos investigados y siempre que la limitación de recursos económicos o situación de vulnerabilidad hicieran necesaria la intervención del Ministerio Público de la Defensa.

Capítulo VII. Disposiciones finales

ARTÍCULO 37.- Se invita a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a readecuar su legislación procesal a efectos de garantizar en sus jurisdicciones los derechos de las víctimas que se reconocen en la presente ley.

ARTÍCULO 38.- El Poder Ejecutivo reglamentará la presente ley dentro de los ciento veinte (120) días posteriores a su promulgación.

ARTÍCULO 39.- Comuníquese al Poder Ejecutivo nacional.

DADA EN LA SALA DE SESIONES DEL CONGRESO ARGENTINO, EN BUENOS AIRES, EL DÍA VEINTIUNO DE JUNIO DEL AÑO DOS MIL DIECISIETE.

— REGISTRADO BAJO EL Nº 27372 —

MARTA G. MICHETTI. — EMILIO MONZÓ. — Eugenio Inchausti. — Juan P. Tunessi.

.....

Ciudad de Buenos Aires, 12 de Julio de 2017

En virtud de lo prescripto en el artículo 80 de la Constitución Nacional, certifico que la Ley Nº 27.372 (IF-2017-14067897-APN-SST#SLYT) sancionada por el HONORABLE CONGRESO DE LA NACION el 21 de junio de 2017, ha quedado promulgada de hecho el día 11 de julio de 2017.

Dése para su publicación a la Dirección Nacional del Registro Oficial, gírese copia al HONORABLE CONGRESO DE LA NACION y, para su conocimiento y demás efectos, remítase al MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. Cumplido, archívese. — Pablo Clusellas.

e. 13/07/2017 N° 50220/17 v. 13/07/2017

Ley 27499. Ley Micaela

LEY MICAELA DE CAPACITACIÓN OBLIGATORIA EN GÉNERO PARA TODAS LAS PERSONAS QUE INTEGRAN LOS TRES PODERES DEL ESTADO

Ley 27499

Disposiciones.

El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina reunidos en Congreso, etc. sancionan con fuerza de Ley:

LEY MICAELA DE CAPACITACIÓN OBLIGATORIA EN GÉNERO PARA TODAS LAS PERSONAS QUE INTEGRAN LOS TRES PODERES DEL ESTADO

Artículo 1° - Establécese la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra las mujeres para todas las personas que se desempeñen en la función pública en todos sus niveles y jerarquías en los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial de la Nación.

Art. 2° - Las personas referidas en el artículo 1° deben realizar las capacitaciones en el modo y forma que establezcan los respectivos organismos en los que desempeñan sus funciones.

Art. 3° - El Instituto Nacional de las Mujeres es autoridad de aplicación de la presente ley.

Art. 4° - Las máximas autoridades de los organismos referidos en el artículo 1°, con la colaboración de sus áreas, programas u oficinas de género si estuvieren en funcionamiento, y las organizaciones sindicales correspondientes, son responsables de garantizar la implementación de las capacitaciones que comenzarán a impartirse dentro del año de la entrada en vigencia de la presente ley.

Para tal fin, los organismos públicos podrán realizar adaptaciones de materiales y/o programas, o desarrollar uno propio, debiendo regirse por la normativa, recomendaciones y otras disposiciones que establecen al respecto los organismos de monitoreo de las convenciones vinculadas a la temática de género y violencia contra las mujeres suscriptas por el país.

Art. 5° - El Instituto Nacional de las Mujeres certificará la calidad de las capacitaciones que elabore e implemente cada organismo, que deberán ser enviadas dentro de los seis (6) meses siguientes a la entrada en vigencia de la presente ley, pudiéndose realizar modificaciones y sugerencias para su mayor efectividad.

Art. 6° - La capacitación de las máximas autoridades de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial de la Nación estará a cargo del Instituto Nacional de las Mujeres.

Art. 7° - El Instituto Nacional de las Mujeres, en su página web, deberá brindar acceso público y difundir el grado de cumplimiento de las disposiciones de la presente en cada uno de los organismos referidos en el artículo 1°.

En la página se identificará a las/os responsables de cumplir con las obligaciones que establece la presente ley en cada organismo y el porcentaje de personas capacitadas, desagregadas según su jerarquía.

Anualmente, el Instituto Nacional de las Mujeres publicará en esta página web un informe anual sobre el cumplimiento de lo dispuesto en la presente ley, incluyendo la nómina de altas autoridades del país que se han capacitado.

Además de los indicadores cuantitativos, el Instituto Nacional de las Mujeres elaborará indicadores de evaluación sobre el impacto de las capacitaciones realizadas por cada organismo. Los resultados deberán integrar el informe anual referido en el párrafo anterior.

En la página web del Instituto Nacional de las Mujeres se publicará una reseña biográfica de la vida de Micaela García y su compromiso social, así como las acciones del Estado vinculadas a la causa penal por su femicidio.

Art. 8° - Las personas que se negaren sin justa causa a realizar las capacitaciones previstas en la presente ley serán intimadas en forma fehaciente por la autoridad de aplicación a través y de conformidad con el organismo de que se trate. El incumplimiento de dicha intimación será considerado falta grave dando lugar a la sanción disciplinaria pertinente, siendo posible hacer pública la negativa a participar en la capacitación en la página web del Instituto Nacional de las Mujeres.

Art. 9° - Los gastos que demande la presente ley se tomarán de los créditos que correspondan a las partidas presupuestarias de los organismos públicos de que se trate.

Art. 10. - Invítase a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y a las provincias a adherir a la presente ley.

Cláusula Transitoria: De conformidad con lo previsto en el artículo 4º, los organismos que a la entrada en vigencia de la presente ley no hayan elaborado o adaptado programas de capacitación en género, deberán utilizar los programas, cursos u otras plataformas de capacitación diseñados por el Instituto Nacional de las Mujeres.

Art. 11. — Comuníquese al Poder Ejecutivo nacional.

DADA EN LA SALA DE SESIONES DEL CONGRESO ARGENTINO, EN BUENOS AIRES, A LOS DIECINUEVE DIAS DEL MES DE DICIEMBRE DEL AÑO DOS MIL DIECIOCHO.

REGISTRADA BAJO EL N° 27499

MARTA G. MICHETTI - EMILIO MONZO - Eugenio Inchausti - Juan P. Tunessi

CONVENCION BELEN DO PARA

Aprobada por Ley 24632.

CONVENCION INTERAMERICANA PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER "CONVENCION DE BELEM DO PARA"

LOS ESTADOS PARTES DE LA PRESENTE CONVENCION,

RECONOCIENDO que el respeto irrestricto a los derechos humanos ha sido consagrado en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y reafirmado en otros instrumentos internacionales y regionales;

AFIRMANDO que la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales y limita total o parcialmente a la mujer el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades;

PREOCUPADOS porque la violencia contra la mujer es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres;

RECORDANDO la Declaración sobre la Erradicación de la Violencia contra la Mujer, adoptada por la Vigésimoquinta Asamblea de Delegadas de la Comisión Interamericana de Mujeres, y afirmando que la violencia contra la mujer trasciende todos los sectores de la sociedad independientemente de su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad o religión y afecta negativamente sus propias bases;

CONVENCIDOS de que la eliminación de la violencia contra la mujer es condición indispensable para su desarrollo individual y social y su plena e igualitaria participación en todas las esferas de vida, y

CONVENCIDOS de que la adopción de una convención para prevenir, sancionar y erradicar toda forma de violencia contra la mujer, en el ámbito de la Organización de los Estados Americanos, constituye una positiva contribución para proteger los derechos de la mujer y eliminar las situaciones de violencia que puedan afectarlas,

HAN CONVENIDO en lo siguiente:

CAPITULO I. DEFINICION Y AMBITO DE APLICACION

Artículo 1

Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado.

Artículo 2

Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica:

- a. que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual;
- b. que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y
- c. que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra.

CAPITULO II. DERECHOS PROTEGIDOS

Artículo 3

Toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado.

Artículo 4

Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros:

- a. el derecho a que se respete su vida;
- b. el derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral;
- c. el derecho a la libertad y a la seguridad personales;
- d. el derecho a no ser sometida a torturas;
- e. el derecho a que se respete la dignidad inherente a su persona y que se proteja a su familia;
- f. el derecho a igualdad de protección ante la ley y de la ley;

g. el derecho a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos;

h. el derecho a libertad de asociación;

i. el derecho a la libertad de profesar la religión y las creencias propias dentro de la ley, y

j. el derecho a tener igualdad de acceso a las funciones públicas de su país y a participar en los asuntos públicos, incluyendo la toma de decisiones.

Artículo 5

Toda mujer podrá ejercer libre y plenamente sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales y contará con la total protección de esos derechos consagrados en los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Los Estados Partes reconocen que la violencia contra la mujer impide y anula el ejercicio de esos derechos.

Artículo 6

El derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros:

a. el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación, y

b. el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación.

CAPITULO III. DEBERES DE LOS ESTADOS

Artículo 7

Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente:

a. abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación;

b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer;

c. incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso;

- d. adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad;
- e. tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer;
- f. establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos;
- g. establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces, y
- h. adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva esta Convención.

Artículo 8

Los Estados Partes convienen en adoptar, en forma progresiva, medidas específicas, inclusive programas para:

- a. fomentar el conocimiento y la observancia del derecho de la mujer a una vida libre de violencia, y el derecho de la mujer a que se respeten y protejan sus derechos humanos;
- b. modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, incluyendo el diseño de programas de educación formales y no formales apropiados a todo nivel del proceso educativo, para contrarrestar prejuicios y costumbres y todo otro tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer que legitimizan o exacerban la violencia contra la mujer;
- c. fomentar la educación y capacitación del personal en la administración de justicia, policial y demás funcionarios encargados de la aplicación de la ley, así como del personal a cuyo cargo esté la aplicación de las políticas de prevención, sanción y eliminación de la violencia contra la mujer;
- d. suministrar los servicios especializados apropiados para la atención necesaria a la mujer objeto de violencia, por medio de entidades de los sectores público y privado, inclusive refugios, servicios de orientación para toda la familia, cuando sea del caso, y cuidado y custodia de los menores afectados;

e. fomentar y apoyar programas de educación gubernamentales y del sector privado destinados a concientizar al público sobre los problemas relacionados con la violencia contra la mujer, los recursos legales y la reparación que corresponda;

f. ofrecer a la mujer objeto de violencia acceso a programas eficaces de rehabilitación y capacitación que le permitan participar plenamente en la vida pública, privada y social;

g. alentar a los medios de comunicación a elaborar directrices adecuadas de difusión que contribuyan a erradicar la violencia contra la mujer en todas sus formas y a realzar el respeto a la dignidad de la mujer;

h. garantizar la investigación y recopilación de estadísticas y demás información pertinente sobre las causas, consecuencias y frecuencia de la violencia contra la mujer, con el fin de evaluar la eficacia de las medidas para prevenir, sancionar y eliminar la violencia contra la mujer y de formular y aplicar los cambios que sean necesarios, y

i. promover la cooperación internacional para el intercambio de ideas y experiencias y la ejecución de programas encaminados a proteger a la mujer objeto de violencia.

Artículo 9

Para la adopción de las medidas a que se refiere este capítulo, los Estados Partes tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada. En igual sentido se considerará a la mujer que es objeto de violencia cuando está embarazada, es discapacitada, menor de edad, anciana, o está en situación socioeconómica desfavorable o afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad.

CAPITULO IV. MECANISMOS INTERAMERICANOS DE PROTECCION

Artículo 10

Con el propósito de proteger el derecho de la mujer a una vida libre de violencia, en los informes nacionales a la **Comisión Interamericana de Mujeres**, los Estados Partes deberán incluir información sobre las medidas adoptadas para prevenir y erradicar la violencia contra la mujer, para asistir a la mujer afectada por la violencia, así como sobre las dificultades que observen en la aplicación de las mismas y los factores que contribuyan a la violencia contra la mujer.

Artículo 11

Los Estados Partes en esta Convención y la Comisión Interamericana de Mujeres, podrán requerir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos opinión consultiva sobre la interpretación de esta Convención.

Artículo 12

Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos peticiones que contengan denuncias o quejas de violación del artículo 7 de la presente Convención por un Estado Parte, y la Comisión las considerará de acuerdo con las normas y los requisitos de procedimiento para la presentación y consideración de peticiones estipulados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Estatuto y el Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

CAPITULO V. DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 13

Nada de lo dispuesto en la presente Convención podrá ser interpretado como restricción o limitación a la legislación interna de los Estados Partes que prevea iguales o mayores protecciones y garantías de los derechos de la mujer y salvaguardias adecuadas para prevenir y erradicar la violencia contra la mujer.

Artículo 14

Nada de lo dispuesto en la presente Convención podrá ser interpretado como restricción o limitación a la Convención Americana sobre Derechos Humanos o a otras convenciones internacionales sobre la materia que prevean iguales o mayores protecciones relacionadas con este tema.

Artículo 15

La presente Convención está abierta a la firma de todos los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos.

Artículo 16

La presente Convención está sujeta a ratificación. Los instrumentos de ratificación se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

Artículo 17

La presente Convención queda abierta a la adhesión de cualquier otro Estado. Los instrumentos de adhesión se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

Artículo 18

Los Estados podrán formular reservas a la presente Convención al momento de aprobarla, firmarla, ratificarla o adherir a ella, siempre que:

- a. no sean incompatibles con el objeto y propósito de la Convención;
- b. no sean de carácter general y versen sobre una o más disposiciones específicas.

Artículo 19

Cualquier Estado Parte puede someter a la Asamblea General, por conducto de la Comisión Interamericana de Mujeres, una propuesta de emienda a esta Convención.

Las enmiendas entrarán en vigor para los Estados ratificantes de las mismas en la fecha en que dos tercios de los Estados Partes hayan depositado el respectivo instrumento de ratificación. En cuanto al resto de los Estados Partes, entrarán en vigor en la fecha en que depositen sus respectivos instrumentos de ratificación.

Artículo 20

Los Estados Partes que tengan dos o más unidades territoriales en las que rijan distintos sistemas jurídicos relacionados con cuestiones tratadas en la presente Convención podrán declarar, en el momento de la firma, ratificación o adhesión, que la Convención se aplicará a todas sus unidades territoriales o solamente a una o más de ellas.

Tales declaraciones podrán ser modificadas en cualquier momento mediante declaraciones ulteriores, que especificarán expresamente la o las unidades territoriales a las que se aplicará la presente Convención. Dichas declaraciones ulteriores se transmitirán a la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos y surtirán efecto treinta días después de recibidas.

Artículo 21

La presente Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que se haya depositado el segundo instrumento de ratificación. Para cada Estado que ratifique o adhiera a la Convención después de haber sido depositado el segundo instrumento de ratificación, entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o adhesión.

Artículo 22

El Secretario General informará a todos los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos de la entrada en vigor de la Convención.

Artículo 23

El Secretario General de la Organización de los Estados Americanos presentará un informe anual a los Estados miembros de la Organización sobre el estado de esta Convención, inclusive sobre las firmas,

depósitos de instrumentos de ratificación, adhesión o declaraciones, así como las reservas que hubieren presentado los Estados Partes y, en su caso, el informe sobre las mismas.

Artículo 24

La presente Convención regirá indefinidamente, pero cualquiera de los Estados Partes podrá denunciarla mediante el depósito de un instrumento con ese fin en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Un año después a partir de la fecha del depósito del instrumento de denuncia, la Convención cesará en sus efectos para el Estado denunciante, quedando subsistente para los demás Estados Partes.

Artículo 25

El instrumento original de la presente Convención, cuyos textos en español, francés, inglés y portugués son igualmente auténticos, será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, la que enviará copia certificada de su texto para su registro y publicación a la Secretaría de las Naciones Unidas, de conformidad con el artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas.

EN FE DE LO CUAL, los plenipotenciarios infrascritos, debidamente autorizados por sus respectivos gobiernos, firman el presente Convenio, que se llamará Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención de Belem do Pará".

HECHA EN LA CIUDAD DE BELEM DO PARA, BRASIL, el nueve de junio de mil novecientos noventa y cuatro.

[Estado de Firmas y Ratificaciones]

CEDAW.

Apruébase la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer. (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women),

LEY N° 23179

Snacionada: Mayo 8 de 1985

Promulgada: Mayo 27 de 1985

EL SENADO Y CAMARA DE DIPUTADOS DE LA NACION ARGENTINA REUNIDOS EN CONGRESO, ETC.;

SANCIONAN CON FUERZA DE LEY:

ARTÍCULO 1º — Apruébase la convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada por resolución 34/180 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 18 de diciembre de **1979**, y suscripta por la República Argentina el 17 de julio de 1980, cuyo texto forma parte de la presente ley.

ARTÍCULO 2º — En oportunidad de depositarse el instrumento de ratificación deberá formularse la siguiente reserva:

El gobierno argentino manifiesta que no se considera obligado por el párrafo 1º del artículo 29 de la convención sobre la eliminación de todas las formas, de discriminación contra la mujer.

ARTÍCULO 3º — Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Dada en la Sala de Sesiones del Congreso Argentino, en Buenos Aires, a los ocho días del mes de mayo del año mil novecientos ochenta y cinco.

ROBERTO P. SILVA VICTOR H. MARTINEZ

Carlos A. Bravo Antonio J. Macris

— Registrada bajo el N° 23.179—

CONVENCION SOBRE LA ELIMINACION DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACION CONTRA LA MUJER

Los Estados partes en la presente convención.

Considerando que la carta de las Naciones Unidas reafirma la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de los derechos del hombre y la mujer.

Considerando que la Declaración Universal de Derechos Humanos 1/ reafirma el principio de la no discriminación y proclama que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y que toda persona puede invocar todos los derechos y libertades proclamados en esa declaración, sin distinción alguna y, por ende, sin distinción de sexo.

Considerando que los Estados partes en los pactos internacionales de derechos humanos 2/ tienen la obligación de garantizar al hombre y la mujer la igualdad en el goce de todos los derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos.

Teniendo en cuenta las convenciones internacionales concertadas bajo los auspicios de las Naciones Unidas y de los organismos especializados para favorecer la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer.

Teniendo en cuenta asimismo las resoluciones, declaraciones y recomendaciones aprobadas por las Naciones Unidas y de los organismos especializados para favorecer la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer.

Preocupados, sin embargo, al comprobar que a pesar de estos diversos instrumentos las mujeres siguen siendo objeto de importantes discriminaciones.

Recordando que la discriminación contra la mujer viola los principios de la igualdad de derechos y del respeto de la dignidad humana, que dificulta la participación de la mujer, en las mismas condiciones que el hombre, en la vida política, social, económica y cultural de su país, que constituye un obstáculo para el alimento del bienestar de la sociedad y de la familia y que entorpece el pleno desarrollo de las posibilidades de la mujer para prestar servicio a su país y a la humanidad.

Preocupados por el hecho de que en situaciones de pobreza la mujer tiene un acceso mínimo a la alimentación, la salud, la enseñanza, la capacitación y las oportunidades de empleo, así como a la satisfacción de otras necesidades.

Convencidos de que el establecimiento del nuevo orden económico internacional basado en la equidad y la justicia contribuirá significativamente a la promoción de la igualdad entre el hombre y la mujer.

Subrayando que la eliminación del apartheid, de todas las formas de racismo, de discriminación racial, colonialismo, neocolonialismo, agresión, ocupación y dominación extranjeras y de la injerencia en los asuntos internos de los Estados es indispensable para el disfrute cabal de los derechos del hombre y de la mujer.

Afirmando que el fortalecimiento de la paz y la seguridad internacionales, el alivio de la tensión internacional, la cooperación mutua entre todos los Estados con independencia de sus sistemas económicos y sociales, el desarme nuclear bajo un control internacional estricto y efectivo, la afirmación de los principios de la justicia, la igualdad y el provecho mutuo en las relaciones entre países y la realización del derecho de los pueblos sometidos a dominación colonial y extranjera o a ocupación extranjera a la libre determinación y la independencia, así como el respeto de la soberanía nacional y de la integridad territorial, promoverán el progreso y el desarrollo sociales y, en consecuencia contribuirán al logro de la plena igualdad entre el hombre y la mujer.

Convencidos de que la máxima participación de la mujer, en igualdad de condiciones con el hombre, en todos los campos, es indispensable para el desarrollo pleno y completo de un país, el bienestar del mundo y la causa de la paz.

Teniendo presente el gran aporte de la mujer al bienestar de la familia y al desarrollo de la sociedad, hasta ahora no plenamente reconocido, la importancia social de la maternidad y la función de los padres en la familia y en la educación de los hijos, y conscientes de que el papel de la mujer en la procreación no debe ser causa de discriminación sino que la educación de los niños exige la responsabilidad compartida entre hombres y mujeres y la sociedad en su conjunto.

Reconociendo que para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer es necesario modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia.

Resueltos a aplicar los principios enunciados en la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y, para ello, a adoptar las medidas necesarias a fin de suprimir esta discriminación en todas sus formas y manifestaciones,

Han convenido en lo siguiente:

PARTE I

ARTÍCULO 1

A los efectos de la presente convención, la expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión o restricción, basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

ARTÍCULO 2

Los Estados partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto se comprometen a:

- a) Consagrar, si aún no lo han hecho en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio.
- b) Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer.
- c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales o competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación.
- d) Abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación.
- e) Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas.
- f) Adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer.
- g) Derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer.

ARTÍCULO 3

Los Estados partes tomarán en todas las esferas, y en particular en las esferas política, social, económica y cultural todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre.

ARTÍCULO 4

1. La adopción por los Estados partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas, estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato.

2. La adopción por los Estados partes de medidas especiales, incluso las contenidas en la presente Convención, encaminadas a proteger la maternidad no se considerará discriminatoria.

ARTÍCULO 5

Los Estados partes tomarán todas las medidas apropiadas para:

- a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres.
- b) Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos.

ARTÍCULO 6

Los Estados partes tomarán todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para suprimir todas las formas de trata de mujeres y explotación de la prostitución de la mujer.

PARTE II

ARTÍCULO 7

Los Estados partes tomarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la vida política y pública del país y en particular, garantizarán en igualdad de condiciones con los hombres el derecho a:

- a) Votar en todas las elecciones y referéndums públicos y ser elegible para todos los organismos cuyos miembros sean objeto de elecciones públicas.
- b) Participar en la formulación de las políticas gubernamentales y en la ejecución de éstas, y ocupar cargos públicos y ejercer todas las funciones públicas en todos los planos gubernamentales.
- c) Participar en organizaciones y asociaciones no gubernamentales que se ocupen de la vida pública y política del país.

ARTÍCULO 8

Los Estados partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar a la mujer, en igualdad de condiciones con el hombre y sin discriminación alguna, la oportunidad de representar a su gobierno en el plano internacional y de participar en la labor de las organizaciones internacionales.

ARTÍCULO 9

1. Los Estados partes otorgarán a las mujeres iguales derechos que a los hombres para adquirir, cambiar o conservar su nacionalidad. Garantizarán en particular, que ni el matrimonio con un extranjero ni el cambio de nacionalidad del marido durante el matrimonio cambien automáticamente la nacionalidad de la esposa, la conviertan en apátrida o la obliguen a adoptar la nacionalidad del cónyuge.
2. Los Estados partes otorgarán a la mujer los mismos derechos que al hombre con respecto a la nacionalidad de sus hijos.

PARTE III

ARTÍCULO 10

Los Estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer, con el fin de asegurarle la igualdad de derechos con el hombre en la esfera de la educación y en particular para asegurar en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:

- a) Las mismas condiciones de orientación en materia de carreras y capacitación profesional, acceso a los estudios y obtención de diplomas en las instituciones de enseñanza de todas las categorías, tanto en zonas rurales como urbanas; esta igualdad deberá asegurarse en la enseñanza preescolar, general, técnica y profesional, incluida la educación técnica superior, así como todos los tipos de capacitación profesional.
- b) Acceso a los mismos programas de estudios y los mismos exámenes, personal docente del mismo nivel profesional y locales y equipos escolares de la misma calidad.
- c) La eliminación de todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino en todos los niveles y en todas las formas de enseñanza mediante el estímulo de la educación mixta y de otros tipos de educación que contribuyan a lograr este objetivo y, en particular, mediante la modificación de los libros y programas escolares y la adaptación de los métodos de enseñanza.
- d) Las mismas oportunidades para la obtención de becas y otras subvenciones para cursar estudios.
- e) Las mismas oportunidades de acceso a los programas de educación complementaria, incluidos los programas de alfabetización funcional y de adultos, con miras en particular a reducir lo antes posible la diferencia de conocimientos existentes entre el hombre y la mujer.

- f) La reducción de la tasa de abandono femenino de los estudios y la organización de programas para aquellas jóvenes y mujeres que hayan dejado los estudios prematuramente.
- g) Las mismas oportunidades para participar activamente en el deporte y la educación física.
- h) Acceso al material informativo específico que contribuya a asegurar la salud y el bienestar de la familia incluida la información y el asesoramiento sobre planificación de la familia.

ARTÍCULO 11

1. Los Estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo con el fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular:

- a) El derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano.
- b) El derecho a las mismas oportunidades de empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección en cuestiones de empleo.
- c) El derecho a elegir libremente profesión y empleo, el derecho al ascenso, a la estabilidad en el empleo y a todas las prestaciones y otras condiciones de servicio, y el derecho al acceso a la formación profesional y al readiestramiento, incluido el aprendizaje, la formación profesional superior y el adiestramiento periódico.
- d) El derecho a igual remuneración, inclusive prestaciones, y a igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor, así como igualdad de trato con respecto a la evaluación de la calidad del trabajo.
- e) El derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar, así como el derecho a vacaciones pagadas.
- f) El derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción.

2. Con el fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y, asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados partes tomarán medidas adecuadas para:

- a) Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil.
- b) Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o beneficios sociales.
- c) Alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños.
- d) Prestar protección especial a la mujer durante embarazo en los tipos de trabajos que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella.

3. La legislación protectora relacionada con las cuestiones comprendidas en este artículo será examinada periódicamente a la luz de los conocimientos científicos y tecnológicos y será revisada, derogada o ampliada según corresponda.

ARTÍCULO 12

1. Los Estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 supra, los Estados partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios

gratuitos cuando fuere necesario y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia.

ARTÍCULO 13

Los Estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en otras esferas de la vida económica y social a fin de asegurar en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos en particular:

- a) El derecho a prestaciones familiares.
- b) El derecho a obtener préstamos bancarios, hipotecas y otras formas de crédito financiero.
- c) El derecho a participar en actividades de esparcimiento, deportes y en todos los aspectos de la vida cultural.

ARTÍCULO 14

1. Los Estados partes tendrán en cuenta los problemas especiales a que hace frente la mujer rural y el importante papel que desempeña en la supervivencia económica de su familia, incluido su trabajo en los sectores no monetarios de la economía, y tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar la aplicación de las disposiciones de la presente convención a la mujer de las zonas rurales.

2. Los Estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en las zonas rurales a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, su participación en el desarrollo rural y en sus beneficios, y en particular le asegurarán el derecho a:

- a) Participar en la elaboración y ejecución de los planes de desarrollo a todos los niveles.
- b) Tener acceso a servicios adecuados de atención médica, inclusive información, asesoramiento y servicios en materia de planificación de la familia.
- c) Beneficiarse directamente de los programas de seguridad social.
- d) Obtener todos los tipos de educación y de formación, académica y no académica, incluidos los relacionados con la alfabetización funcional, así como, entre otros, los beneficios de todos los servicios comunitarios y de divulgación a fin de aumentar su capacidad técnica.
- e) Organizar grupos de autoayuda y cooperativas a fin de obtener igualdad de acceso a las oportunidades económicas mediante el empleo por cuenta propia o por cuenta ajena.
- f) Participar en todas las actividades comunitarias.
- g) Obtener acceso a los créditos y préstamos agrícolas, a los servicios de comercialización y a las tecnologías apropiadas, y recibir un trato igual en los planes de reforma agraria y de reasentamiento.
- h) Gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de la vivienda, los servicios sanitarios, la electricidad y el abastecimiento de agua, de transporte y las comunicaciones.

PARTE IV

ARTÍCULO 15

1. Los Estados partes reconocerán a la mujer la igualdad con el hombre ante la ley.

2. Los Estados partes reconocerán a la mujer, en materias civiles, una capacidad jurídica idéntica a la del hombre y las mismas oportunidades para el ejercicio de esa capacidad. En particular le reconocerán a la mujer iguales derechos para firmar contratos y administrar bienes y le dispensarán un trato igual en todas las etapas del procedimiento en las cortes de justicia y los tribunales.

3. Los Estados partes convienen en que todo contrato o cualquier otro instrumento privado con efecto jurídico que tienda a limitar la capacidad jurídica de la mujer se considerará nulo.

4. Los Estados partes reconocerán al hombre y a la mujer los mismos derechos con respecto a la legislación relativa al derecho de las personas a circular libremente y a la libertad para elegir su residencia y domicilio.

ARTÍCULO 16

1. Los Estados partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:

- a) El mismo derecho para contraer matrimonio.
- b) El mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y su pleno consentimiento.
- c) Los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución.
- d) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos los intereses de los hijos serán la consideración primordial.
- e) Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos.
- f) Los mismos derechos y responsabilidades respecto de la tutela, curatela, custodia y adopción de los hijos, o instituciones análogas cuando quiera que estos conceptos existan en la legislación nacional; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial.
- g) Los mismos derechos personales como marido y mujer, entre ellos el derecho a elegir apellido, profesión y ocupación.
- h) Los mismos derechos a cada uno de los cónyuges en materia de propiedad, compras, gestión, administración, goce y disposición de los bienes, tanto a título gratuito como oneroso.

2. No tendrán ningún efecto jurídico los responsables y el matrimonio de niños y se adoptarán todas las medidas necesarias, incluso de carácter legislativo, para fijar una edad mínima para la celebración del matrimonio y hacer obligatoria la inscripción del matrimonio en un registro oficial.

PARTE V

ARTÍCULO 17

1. Con el fin de examinar los progresos realizados en la aplicación de la presente convención, se establecerá un Comité sobre la Eliminación de la Discriminación contra la mujer (denominado en adelante Comité) compuesto, en el momento de la entrada en vigor de la Convención, de dieciocho y, después de su ratificación o adhesión por el trigésimo quinto Estado parte, de veintitrés expertos de gran prestigio moral y competencia en la esfera abarcada por la convención. Los expertos serán elegidos por los Estados partes entre sus nacionales, y ejercerán sus funciones a título personal, se tendrán en cuenta una distribución geográfica equitativa y la representación de las diferentes formas de civilización, así como los principales sistemas jurídicos.

2. Los miembros del Comité serán elegidos en votación secreta de una lista de personas designadas por los Estados partes. Cada uno de los Estados partes podrá designar una persona entre sus propios nacionales.

3. La elección inicial se celebrará seis meses después de la fecha de entrada en vigor de la presente Convención. Al menos tres meses antes de la fecha de cada elección, el secretario general de las Naciones Unidas dirigirá una carta a los Estados Partes invitándolos a presentar sus candidaturas en un plazo de dos meses. El secretario general preparará una lista por orden alfabético de todas las personas designadas de este modo, indicando los Estados partes que las han designado, y la comunicará a los Estados partes.

4. Los miembros del Comité serán elegidos en una reunión de los Estados partes que será convocada por el secretario general y se celebrará en la sede de las Naciones Unidas. En esta reunión, para la cual formarán quórum dos tercios de los Estados partes, se considerarán elegidos para el Comité los candidatos que obtengan el mayor número de votos y la mayoría absoluta de los votos de los representantes de los estados partes presentes y votantes.

5. Los miembros del Comité serán elegidos por cuatro años. No obstante, el mandato de nueve de los miembros elegidos en la primera elección expirará al cabo de dos años, inmediatamente después de la primera elección el presidente del Comité designará por sorteo los nombres de esos nueve miembros.

6. La elección de los cinco miembros adicionales del Comité se celebrará de conformidad con lo dispuesto en los párrafos 2, 3 y 4 del presente artículo, después que el trigésimo quinto Estado parte haya ratificado la convención o se haya adherido a ella. El mandato de dos de los miembros adicionales elegidos en esta ocasión, cuyos nombres designará por sorteo el presidente del Comité, expirará al cabo de dos años.

7. Para cubrir las vacantes imprevistas, el estado parte cuyo experto haya cesado en sus funciones como miembro del Comité designará entre sus nacionales a otro experto a reserva de la aprobación del Comité.

8. Los miembros del Comité, previa aprobación de la Asamblea General, percibirán emolumentos de los fondos de las Naciones Unidas en la forma y condiciones que la Asamblea determine, teniendo en cuenta la importancia de las funciones del Comité.

9. El secretario general de las Naciones Unidas proporcionará el personal y los servicios necesarios para el desempeño eficaz de las funciones del Comité en virtud de la presente convención.

ARTÍCULO 18

1. Los Estados partes se comprometen a someter al secretario general de las Naciones Unidas, para que lo examine el Comité, un informe sobre las medidas legislativas, judiciales, administrativas o de otra índole que hayan adoptado para hacer efectivas las disposiciones de la presente Convención y sobre los progresos realizados en este sentido:

- a) En el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de la Convención para el estado de que se trate, y
- b) En lo sucesivo por lo menos cada cuatro años y, además, cuando el Comité lo solicite.

2. Se podrán indicar en los informes los factores y las dificultades que afecten al grado de cumplimiento de las obligaciones impuestas por la presente Convención.

ARTÍCULO 19

1. El Comité aprobará su propio reglamento.
2. El Comité elegirá su mesa por un período de dos años.

ARTÍCULO 20

1. El Comité se reunirá normalmente todos los años por un período que no exceda de dos semanas para examinar los informes que se le presenten de conformidad con el artículo 18 de la presente Convención.
2. Las reuniones del Comité se celebrarán normalmente en la sede de las Naciones Unidas o en cualquier otro sitio conveniente que determine el Comité.

(Nota Infoleg: Ver enmienda [Ley N° 26.486](#) B.O. 13/4/2009)

ARTÍCULO 21

1. El Comité, por conducto del Consejo Económico y Social, informará anualmente a la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre sus actividades y podrá hacer sugerencias y recomendaciones de carácter general basadas en el examen de los informes y de los datos transmitidos por los Estados partes. Estas sugerencias y recomendaciones de carácter general se incluirán en el informe del Comité junto con las observaciones, si las hubiere, de los Estados partes.

2. El secretario general transmitirá los informes del Comité a la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer para su información.

ARTÍCULO 22

Los organismos especializados tendrán derecho a estar representados en el examen de la aplicación de las disposiciones de la presente Convención que correspondan a la esfera de sus actividades. El Comité podrá invitar a los organismos especializados a que presenten informes sobre la aplicación de la Convención en las áreas que correspondan a la esfera de sus actividades.

PARTE VI

ARTÍCULO 23

Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a disposición alguna que sea más conducente al logro de la igualdad entre hombres y mujeres y que pueda formar parte de:

- a) La legislación de un Estado parte, o
- b) Cualquier otra convención, tratado o acuerdo internacional vigente en ese Estado.

ARTÍCULO 24

Los Estados partes se comprometen a adoptar todas las medidas necesarias en el ámbito nacional para conseguir la plena realización de los derechos reconocidos en la presente Convención.

ARTÍCULO 25

1. La presente Convención estará abierta a la firma de todos los Estados.
2. Se designa al secretario general de las Naciones Unidas depositario de la presente Convención.
3. La presente Convención está sujeta a ratificación. Los instrumentos de ratificación se depositarán en poder del secretario general de las Naciones Unidas.
4. La presente Convención estará abierta a la adhesión de todos los Estados. La adhesión se efectuará depositando un instrumento de adhesión en poder del secretario general de las Naciones Unidas.

ARTÍCULO 26

1. En cualquier momento, cualquiera de los Estados partes podrá formular una solicitud de revisión de la presente Convención mediante comunicación escrita dirigida al secretario general de las Naciones Unidas.
2. La Asamblea General de las Naciones Unidas decidirá las medidas que, en su caso, hayan de adoptarse en lo que respecta a esa solicitud.

ARTÍCULO 27

1. La presente convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado en poder del secretario general de las Naciones Unidas el vigésimo instrumento de ratificación o de adhesión.
2. Para cada Estado que ratifique la Convención o se adhiera a ella después de haber sido depositado el vigésimo instrumento de ratificación o de adhesión, la Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o adhesión.

ARTÍCULO 28

1. El secretario general de las Naciones Unidas recibirá y comunicará a todos los Estados el texto de las reservas formuladas por los Estados en el momento de la ratificación o de la adhesión.
2. No se aceptará ninguna reserva incompatible con el objeto y el propósito de la presente Convención.
3. Toda reserva podrá ser retirada en cualquier momento por medio de una notificación a estos efectos dirigida al secretario general de las Naciones Unidas, quien informará de ello a todos los Estados. Esta notificación surtirá efecto en la fecha de su recepción.

ARTÍCULO 29

1. Toda controversia que surja entre dos o más Estados partes con respecto a la interpretación o aplicación de la presente Convención que no se solucione mediante negociaciones se someterá al arbitraje a petición de uno de ellos. Si en plazo de seis meses contados a partir de la fecha de presentación de solicitud de arbitraje las partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre la forma del mismo, cualquiera de las partes podrá someter la controversia a la Corte Internacional de Justicia mediante una solicitud presentada de conformidad con el estatuto de la Corte.

2. Todo Estado parte en el momento de la firma o ratificación de la presente Convención o de su adhesión a la misma, podrá declarar que no se considera obligado por el párrafo 1 del presente artículo. Los demás Estados partes no estarán obligados por ese párrafo ante ningún Estado parte que haya formulado esa reserva.

3. Todo Estado parte que haya formulado la reserva prevista en el párrafo 2 del presente artículo podrá retirarla en cualquier momento notificándolo al secretario general de las Naciones Unidas.

ARTÍCULO 30

La presente Convención, cuyos textos en árabe, chino, español, francés, inglés y ruso son igualmente auténticos, se depositará en poder del secretario general de las Naciones Unidas.

En testimonio de lo cual, los infrascritos, debidamente autorizados, firman la presente Convención.

100 REGLAS DE BRASILIA

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La Cumbre Judicial Iberoamericana, dentro del marco de los trabajos de su XIV edición, ha considerado necesaria la elaboración de unas Reglas Básicas relativas al acceso a la justicia de las personas que se encuentran en condición de vulnerabilidad. De esta manera, se desarrollan los principios recogidos en la “Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano” (Cancún 2002), específicamente los que se incluyen en la parte titulada “Una justicia que protege a los más débiles” (apartados 23 a 34).

En los trabajos preparatorios de estas Reglas también han participado las principales redes iberoamericanas de operadores y servidores del sistema judicial: la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos, la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas, la Federación Iberoamericana de Ombudsmán y la Unión Iberoamericana de Colegios y Agrupaciones de Abogados. Sus aportaciones han enriquecido de forma indudable el contenido del presente documento.

El sistema judicial se debe configurar, y se está configurando, como un instrumento para la defensa efectiva de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad. Poca utilidad tiene que el Estado reconozca formalmente un derecho si su titular no puede acceder de forma efectiva al sistema de justicia para obtener la tutela de dicho derecho. Si bien la dificultad de garantizar la eficacia de los derechos afecta con carácter general a todos los ámbitos de la política pública, es aún mayor cuando se trata de personas en condición de vulnerabilidad dado que éstas encuentran obstáculos mayores para su ejercicio. Por ello, se deberá llevar a cabo una actuación más intensa para vencer, eliminar o mitigar dichas limitaciones. De esta manera, el propio sistema de justicia puede contribuir de forma importante a la reducción de las desigualdades sociales, favoreciendo la cohesión social. Las presentes Reglas no se limitan a establecer unas bases de reflexión sobre los problemas del acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sino que también recogen recomendaciones para los órganos públicos y para quienes prestan sus servicios en el sistema judicial. No solamente se refieren a la promoción de políticas públicas que garanticen el acceso a la justicia de estas personas, sino también al trabajo cotidiano de todos los servidores y operadores del sistema judicial y quienes intervienen de una u otra forma en su funcionamiento. Este documento se inicia con un Capítulo que, tras concretar su finalidad, define tanto sus beneficiarios como sus destinatarios.

El siguiente Capítulo contiene una serie de reglas aplicables a aquellas personas en condición de vulnerabilidad que han de acceder o han accedido a la justicia, como parte del proceso, para la defensa de sus derechos. Posteriormente contiene aquellas reglas que resultan de aplicación a cualquier persona en condición de vulnerabilidad que participe en un acto judicial, ya sea como parte que ejercita una acción o que defiende su derecho frente a una acción, ya sea en calidad de testigo, víctima o en cualquier otra condición. El último Capítulo Reglas Básicas de Acceso a la Justicia de las Personas Vulnerables 5 contempla una serie de medidas destinadas a fomentar la efectividad de estas Reglas, de tal manera que puedan contribuir de manera eficaz a la mejora de las condiciones de acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. La Cumbre Judicial Iberoamericana es consciente de que la promoción de una efectiva mejora del acceso a la justicia exige una serie de medidas dentro de la competencia del poder judicial. Asimismo, y teniendo en cuenta la importancia del presente documento para garantizar el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, se recomienda a todos los poderes públicos que, cada uno dentro de su respectivo ámbito de competencia, promuevan reformas legislativas y adopten medidas que hagan efectivo el contenido de estas Reglas. Asimismo, se hace un llamamiento a

las Organizaciones Internacionales y Agencias de Cooperación para que tengan en cuenta estas Reglas en sus actividades, incorporándolas en los distintos programas y proyectos de modernización del sistema judicial en que participen.

CAPÍTULO I: PRELIMINAR

Sección 1ª.- Finalidad

(1) Las presentes Reglas tienen como objetivo garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna, englobando el conjunto de políticas, medidas, facilidades y apoyos que permitan a dichas personas el pleno goce de los servicios del sistema judicial.

(2) Se recomienda la elaboración, aprobación, implementación y fortalecimiento de políticas públicas que garanticen el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Los servidores y operadores del sistema de justicia otorgarán a las personas en condición de vulnerabilidad un trato adecuado a sus circunstancias singulares. Asimismo, se recomienda priorizar actuaciones destinadas a facilitar el acceso a la justicia de aquellas personas que se encuentren en situación de mayor vulnerabilidad, ya sea por la concurrencia de varias causas o por la gran incidencia de una de ellas.

Sección 2ª.- Beneficiarios de las Reglas

1.- Concepto de las personas en situación de vulnerabilidad

(3) Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para Reglas Básicas de Acceso a la Justicia de las Personas Vulnerables 6 ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. (4) Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad. La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico.

2.- Edad . (Niños, niñas, adolescentes y ancianos)

(5) Se considera **niño**, niña y adolescente a toda persona menor de dieciocho años de edad, salvo que haya alcanzado antes la mayoría de edad en virtud de la legislación nacional aplicable. Todo niño, niña y adolescente debe ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia en consideración a su desarrollo evolutivo.

(6) El **envejecimiento** también puede constituir una causa de vulnerabilidad cuando la persona adulta mayor encuentre **especiales dificultades**, atendiendo a sus capacidades funcionales, para ejercitar sus derechos ante el sistema de justicia.

3.- Discapacidad

(7) Se entiende por **discapacidad la deficiencia física, mental o sensorial**, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social.

(8) Se procurará establecer las condiciones necesarias para garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad al sistema de justicia, incluyendo aquellas medidas conducentes a utilizar todos los servicios judiciales requeridos y disponer de todos los recursos que garanticen su seguridad, movilidad, comodidad, comprensión, privacidad y comunicación.

4.- Pertenencia a comunidades indígenas

(9) Las personas integrantes de las comunidades indígenas pueden encontrarse en condición de vulnerabilidad cuando ejercitan sus derechos ante el sistema de justicia estatal. Se promoverán las condiciones destinadas a posibilitar que las personas y los pueblos indígenas puedan ejercitar con plenitud tales derechos ante dicho sistema de justicia, sin discriminación alguna que pueda fundarse en su origen o identidad indígenas. Los poderes judiciales asegurarán que el trato que reciban por parte de los órganos de la Reglas Básicas de Acceso a la Justicia de las Personas Vulnerables 7 administración de justicia estatal sea respetuoso con su dignidad, lengua y tradiciones culturales. Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en la Regla 48 sobre las formas de resolución de conflictos propios de los pueblos indígenas, propiciando su armonización con el sistema de administración de justicia estatal.

5.- Victimización

(10) A efectos de las presentes Reglas, se considera víctima toda persona física que ha sufrido un daño ocasionado por una infracción penal, incluida tanto la lesión física o psíquica, como el sufrimiento moral y el perjuicio económico. El término víctima también podrá incluir, en su caso, a la familia inmediata o a las personas que están a cargo de la víctima directa.

(11) Se considera en condición de vulnerabilidad aquella víctima del delito que tenga una relevante limitación para evitar o mitigar los daños y perjuicios derivados de la infracción penal o de su contacto con el sistema de justicia, o para afrontar los riesgos de sufrir una nueva victimización. La vulnerabilidad puede proceder de sus propias características personales o bien de las circunstancias de la infracción penal. Destacan a estos efectos, **entre otras víctimas, las personas menores de edad, las víctimas de violencia doméstica o intrafamiliar, las víctimas de delitos sexuales, los adultos mayores, así como los familiares de víctimas de muerte violenta.**

(12) Se alentará la adopción de aquellas medidas que resulten adecuadas para mitigar los efectos negativos del delito (**victimización primaria**) Asimismo procurarán que el daño sufrido por la víctima del delito no se vea incrementado como consecuencia de su contacto con el sistema de justicia (**victimización secundaria**) Y procurarán garantizar, en todas las fases de un procedimiento penal, la protección de la integridad física y psicológica de las víctimas, sobre todo a favor de aquéllas que corran riesgo de intimidación, de represalias o de victimización reiterada o repetida (una misma persona es víctima de más de una infracción penal durante un periodo de tiempo). También podrá resultar necesario otorgar una protección particular a aquellas víctimas que van a prestar testimonio en el proceso judicial. Se prestará una especial atención en los casos de violencia intrafamiliar, así como en los momentos en que sea puesta en libertad la persona a la que se le atribuye la comisión del delito.

6.- Migración y desplazamiento interno

(13) El desplazamiento de una persona fuera del territorio del Estado de su nacionalidad puede constituir una causa de vulnerabilidad, especialmente en los supuestos de los trabajadores migratorios y sus familiares. Se considera trabajador migratorio toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional. Asimismo se reconocerá una protección especial a los beneficiarios del estatuto de refugiado Reglas Básicas de Acceso a la Justicia de las Personas Vulnerables 8 conforme a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, así como a los solicitantes de asilo.

(14) También pueden encontrarse en condición de vulnerabilidad los desplazados internos, entendidos como personas o grupos de personas que se han visto forzadas u obligadas a escapar o huir de su hogar o de su lugar de residencia habitual, en particular como resultado o para evitar los efectos de un conflicto

armado, de situaciones de violencia generalizada, de violaciones de los derechos humanos o de catástrofes naturales o provocadas por el ser humano, y que no han cruzado una frontera estatal internacionalmente reconocida.

7.- Pobreza

(15) La pobreza constituye una causa de exclusión social, tanto en el plano económico como en los planos social y cultural, y supone un serio obstáculo para el acceso a la justicia especialmente en aquellas personas en las que también concurre alguna otra causa de vulnerabilidad.

(16) Se promoverá la cultura o alfabetización jurídica de las personas en situación de pobreza, así como las condiciones para mejorar su efectivo acceso al sistema de justicia.

8.- Género

(17) La discriminación que la mujer sufre en determinados ámbitos supone un obstáculo para el acceso a la justicia, que se ve agravado en aquellos casos en los que concurra alguna otra causa de vulnerabilidad.

(18) Se entiende por discriminación contra la mujer toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

(19) Se considera violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado, mediante el empleo de la violencia física o psíquica.

(20) Se impulsarán las medidas necesarias para eliminar la discriminación contra la mujer en el acceso al sistema de justicia para la tutela de sus derechos e intereses legítimos, logrando la igualdad efectiva de condiciones. Se prestará una especial atención en los supuestos de violencia contra la mujer, estableciendo mecanismos eficaces destinados a la protección de sus bienes jurídicos, al acceso a los procesos judiciales y a su tramitación ágil y oportuna.

9.- Pertenencia a minorías

(21) Puede constituir una causa de vulnerabilidad la pertenencia de una persona a una minoría nacional o étnica, religiosa y lingüística, debiéndose respetar su dignidad cuando tenga contacto con el sistema de justicia.

10.- Privación de libertad

(22) La privación de la libertad, ordenada por autoridad pública competente, puede generar dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia el resto de derechos de los que es titular la persona privada de libertad, especialmente cuando concurre alguna causa de vulnerabilidad enumerada en los apartados anteriores.

(23) A efectos de estas Reglas, se considera privación de libertad la que ha sido ordenada por autoridad pública, ya sea por motivo de la investigación de un delito, por el cumplimiento de una condena penal, por enfermedad mental o por cualquier otro motivo. Sección 3ª.- Destinatarios: actores del sistema de justicia

(24) Serán destinatarios del contenido de las presentes Reglas:

a) Los responsables del diseño, implementación y evaluación de políticas públicas dentro del sistema judicial;

- b) Los Jueces, Fiscales, Defensores Públicos, Procuradores y demás servidores que laboren en el sistema de Administración de Justicia de conformidad con la legislación interna de cada país;
- c) Los Abogados y otros profesionales del Derecho, así como los Colegios y Agrupaciones de Abogados;
- d) Las personas que desempeñan sus funciones en las instituciones de Ombudsman.
- e) Policías y servicios penitenciarios.
- f) Y, con carácter general, todos los operadores del sistema judicial y quienes intervienen de una u otra forma en su funcionamiento.

CAPÍTULO II: EFECTIVO ACCESO A LA JUSTICIA PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS

El presente Capítulo es aplicable a aquellas personas en condición de vulnerabilidad que han de acceder o han accedido a la justicia, como parte del proceso, para la defensa de sus derechos.

(25) Se promoverán las condiciones necesarias para que la tutela judicial de los derechos reconocidos por el ordenamiento sea efectiva, adoptando aquellas medidas que mejor se adapten a cada condición de vulnerabilidad.

Sección 1ª.- Cultura jurídica

(26) Se promoverán actuaciones destinadas a proporcionar información básica sobre sus derechos, así como los procedimientos y requisitos para garantizar un efectivo acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. (

27) Se incentivará la participación de funcionarios y operadores del sistema de justicia en la labor de diseño, divulgación y capacitación de una cultura cívica jurídica, en especial de aquellas personas que colaboran con la administración de justicia en zonas rurales y en áreas desfavorecidas de las grandes ciudades.

Sección 2ª.- Asistencia legal y defensa pública

1.- Promoción de la asistencia técnico jurídica de la persona en condición de vulnerabilidad

(28) Se constata la relevancia del asesoramiento técnico-jurídico para la efectividad de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad:

- En el ámbito de la asistencia legal, es decir, la consulta jurídica sobre toda cuestión susceptible de afectar a los derechos o intereses legítimos de la persona en condición de vulnerabilidad, incluso cuando aún no se ha iniciado un proceso judicial;
- En el ámbito de la defensa, para defender derechos en el proceso ante todas las jurisdicciones y en todas las instancias judiciales;
- Y en materia de asistencia letrada al detenido.

(29) Se destaca la conveniencia de promover la política pública destinada a garantizar la asistencia técnico-jurídica de la persona vulnerable para la defensa de sus derechos en todos los órdenes jurisdiccionales: ya sea a través de la ampliación de funciones de la Defensoría Pública, no solamente en el orden penal sino también en otros órdenes jurisdiccionales; ya sea a través de la creación de mecanismos de asistencia letrada: consultorías jurídicas con la participación de las universidades, casas de justicia, intervención de colegios o barras de abogados...

Todo ello sin perjuicio de la revisión de los procedimientos y los requisitos procesales como forma de facilitar el acceso a la justicia, a la que se refiere la Sección 4ª del presente Capítulo. 2.- Asistencia de calidad, especializada y gratuita

(30) Se resalta la necesidad de garantizar una asistencia técnico-jurídica de calidad y especializada. A tal fin, se promoverán instrumentos destinados al control de la calidad de la asistencia.

(31) Se promoverán acciones destinadas a garantizar la gratuidad de la asistencia técnico-jurídica de calidad a aquellas personas que se encuentran en la imposibilidad de afrontar los gastos con sus propios recursos y condiciones.

Sección 3ª.- Derecho a intérprete

(32) Se garantizará el uso de intérprete cuando el extranjero que no conozca la lengua o lenguas oficiales ni, en su caso, la lengua oficial propia de la comunidad, hubiese de ser interrogado o prestar alguna declaración, o cuando fuere preciso darle a conocer personalmente alguna resolución.

Sección 4ª.- Revisión de los procedimientos y los requisitos procesales como forma de facilitar el acceso a la justicia

(33) Se revisarán las reglas de procedimiento para facilitar el acceso de las personas en condición de vulnerabilidad, adoptando aquellas medidas de organización y de gestión judicial que resulten conducentes a tal fin.

1.- Medidas procesales Dentro de esta categoría se incluyen aquellas actuaciones que afectan la regulación del procedimiento, tanto en lo relativo a su tramitación, como en relación con los requisitos exigidos para la práctica de los actos procesales.

(34) Requisitos de acceso al proceso y legitimación Se propiciarán medidas para la simplificación y divulgación de los requisitos exigidos por el ordenamiento para la práctica de determinados actos, a fin de favorecer el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, y sin perjuicio de la participación de otras instancias que puedan coadyuvar en el ejercicio de acciones en defensa de los derechos de estas personas.

(35) **Oralidad** Se promoverá la oralidad para mejorar las condiciones de celebración de las actuaciones judiciales contempladas en el Capítulo III de las presentes Reglas, y favorecer una mayor agilidad en la tramitación del proceso, disminuyendo los efectos del retraso de la resolución judicial sobre la situación de las personas en condición de vulnerabilidad. (Compatible con la 9040)

(36) Formularios Se promoverá la elaboración de formularios de fácil manejo para el ejercicio de determinadas acciones, estableciendo las condiciones para que los mismos sean accesibles y gratuitos para las personas usuarias, especialmente en aquellos supuestos en los que no sea preceptiva la asistencia letrada.

(37) **Anticipo jurisdiccional de la prueba** Se recomienda la adaptación de los procedimientos para permitir la práctica anticipada de la prueba en la que participe la persona en condición de vulnerabilidad, para evitar la reiteración de declaraciones, e incluso la práctica de la prueba antes del agravamiento de la discapacidad o de la enfermedad. A estos efectos, puede resultar necesaria la grabación en soporte audiovisual del acto procesal en el que participe la persona en condición de vulnerabilidad, de tal manera que pueda reproducirse en las sucesivas instancias judiciales.

2.- Medidas de organización y gestión judicial

Dentro de esta categoría cabe incluir aquellas políticas y medidas que afecten a la organización y modelos de gestión de los órganos del sistema judicial, de tal manera que la propia forma de organización del sistema de justicia facilite el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Estas políticas y medidas podrán resultar de aplicación tanto a jueces profesionales como a jueces no profesionales.

(38) **Agilidad y prioridad** Se adoptarán las medidas necesarias para evitar retrasos en la tramitación de las causas, garantizando la pronta resolución judicial, así como una ejecución rápida de lo resuelto.

Cuando las circunstancias de la situación de vulnerabilidad lo aconsejen, se otorgará prioridad en la atención, resolución y ejecución del caso por parte de los órganos del sistema de justicia.

(39) Coordinación Se establecerán mecanismos de coordinación intrainstitucionales e interinstitucionales, orgánicos y funcionales, destinados a gestionar las interdependencias de las actuaciones de los diferentes órganos y entidades, tanto públicas como privadas, que forman parte o participan en el sistema de justicia.

(40) Especialización Se adoptarán medidas destinadas a la especialización de los profesionales, operadores y servidores del sistema judicial para la atención de las personas en condición de vulnerabilidad.

En las materias en que se requiera, es conveniente la atribución de los asuntos a órganos especializados del sistema judicial.

(41) Actuación interdisciplinaria Se destaca la importancia de la actuación de equipos multidisciplinarios, conformados por profesionales de las distintas áreas, para mejorar la respuesta del sistema judicial ante la demanda de justicia de una persona en condición de vulnerabilidad.

(42) Proximidad Se promoverá la adopción de medidas de acercamiento de los servicios del sistema de justicia a aquellos grupos de población que, debido a las circunstancias propias de su situación de vulnerabilidad, se encuentran en lugares geográficamente lejanos o con especiales dificultades de comunicación.

Sección 5ª.- Medios alternativos de resolución de conflictos (relación con el art. 5 y 26 del CPP)

1.- Formas alternativas y personas en condición de vulnerabilidad

(43) Se impulsarán las formas alternativas de resolución de conflictos en aquellos supuestos en los que resulte apropiado, tanto antes del inicio del proceso como durante la tramitación del mismo. La mediación, la conciliación, el arbitraje y otros medios que no impliquen la resolución del conflicto por un tribunal, pueden contribuir a mejorar las condiciones de acceso a la justicia de determinados grupos de personas en condición de vulnerabilidad, así como a descongestionar el funcionamiento de los servicios formales de justicia. (

44) En todo caso, antes de iniciar la utilización de una forma alternativa en un conflicto concreto, se tomarán en consideración las circunstancias particulares de cada una de las personas afectadas, especialmente si se encuentran en alguna de las condiciones o situaciones de vulnerabilidad contempladas en estas Reglas. Se fomentará la capacitación de los mediadores, árbitros y otras personas que intervengan en la resolución del conflicto.

2.- Difusión e información

(45) Se deberá promover la difusión de la existencia y características de estos medios entre los grupos de población que resulten sus potenciales usuarios cuando la ley permita su utilización.

(46) Cualquier persona vulnerable que participe en la resolución de un conflicto mediante cualquiera de estos medios deberá ser informada, con carácter previo, sobre su contenido, forma y efectos. Dicha información se suministrará de conformidad con lo dispuesto por la Sección 1ª del Capítulo III de las presentes reglas.

3.- Participación de las personas en condición de vulnerabilidad en la Resolución Alternativa de Conflictos

(47) Se promoverá la adopción de medidas específicas que permitan la participación de las personas en condición de vulnerabilidad en el mecanismo elegido de Resolución Alternativa de Conflictos, tales como la asistencia de profesionales, participación de intérpretes, o la intervención de la autoridad parental para

los menores de edad cuando sea necesaria. La actividad de Resolución Alternativa de Conflictos debe llevarse a cabo en un ambiente seguro y adecuado a las circunstancias de las personas que participen.

Sección 6ª.- Sistema de resolución de conflictos dentro de las comunidades indígenas

(48) Con fundamento en los instrumentos internacionales en la materia, resulta conveniente estimular las formas propias de justicia en la resolución de conflictos surgidos en el ámbito de la comunidad indígena, así como propiciar la armonización de los sistemas de administración de justicia estatal e indígena basada en el principio de respeto mutuo y de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos. (49) Además serán de aplicación las restantes medidas previstas en estas Reglas en aquellos supuestos de resolución de conflictos fuera de la comunidad indígena por parte del sistema de administración de justicia estatal, donde resulta asimismo conveniente abordar los temas relativos al peritaje cultural y al derecho a expresarse en el propio idioma.

CAPÍTULO III: CELEBRACIÓN DE ACTOS JUDICIALES

El contenido del presente Capítulo resulta de aplicación a cualquier persona en condición de vulnerabilidad que participe en un acto judicial, ya sea como parte o en cualquier otra condición.

(50) Se velará para que en toda intervención en un acto judicial se respete la dignidad de la persona en condición de vulnerabilidad, otorgándole un trato específico adecuado a las circunstancias propias de su situación.

Sección 1ª.- Información procesal o jurisdiccional

(51) Se promoverán las condiciones destinadas a garantizar que la persona en condición de vulnerabilidad sea debidamente informada sobre los aspectos relevantes de su intervención en el proceso judicial, en forma adaptada a las circunstancias determinantes de su vulnerabilidad. 1.- Contenido de la información

(52) Cuando la persona vulnerable participe en una actuación judicial, en cualquier condición, será informada sobre los siguientes extremos: • La naturaleza de la actuación judicial en la que va a participar • Su papel dentro de dicha actuación • El tipo de apoyo que puede recibir en relación con la concreta actuación, así como la información de qué organismo o institución puede prestarlo

(53) Cuando sea parte en el proceso, o pueda llegar a serlo, tendrá derecho a recibir aquella información que resulte pertinente para la protección de sus intereses. Dicha información deberá incluir al menos: • El tipo de apoyo o asistencia que puede recibir en el marco de las actuaciones judiciales • Los derechos que puede ejercitar en el seno del proceso • La forma y condiciones en las que puede acceder a asesoramiento jurídico o a la asistencia técnico-jurídica gratuita en los casos en los que esta posibilidad sea contemplada por el ordenamiento existente • El tipo de servicios u organizaciones a las que puede dirigirse para recibir apoyo 2.- Tiempo de la información

(54) Se deberá prestar la información desde el inicio del proceso y durante toda su tramitación, incluso desde el primer contacto con las autoridades policiales cuando se trate de un procedimiento penal. 16

3.- Forma o medios para el suministro de la información

(55) La información se prestará de acuerdo a las circunstancias determinantes de la condición de vulnerabilidad, y de manera tal que se garantice que llegue a conocimiento de la persona destinataria. Se resalta la utilidad de crear o desarrollar oficinas de información u otras entidades creadas al efecto.

Asimismo resultan destacables las ventajas derivadas de la utilización de las nuevas tecnologías para posibilitar la adaptación a la concreta situación de vulnerabilidad. 4.- Disposiciones específicas relativas a la víctima

(56) Se promoverá que las víctimas reciban información sobre los siguientes elementos del proceso jurisdiccional: • Posibilidades de obtener la reparación del daño sufrido • Lugar y modo en que pueden presentar una denuncia o escrito en el que ejercite una acción • Curso dado a su denuncia o escrito • Fases relevantes del desarrollo del proceso • Resoluciones que dicte el órgano judicial

(57) Cuando exista riesgo para los bienes jurídicos de la víctima, se procurará informarle de todas las decisiones judiciales que puedan afectar a su seguridad y, en todo caso, de aquéllas que se refieran a la puesta en libertad de la persona inculpada o condenada, especialmente en los supuestos de violencia intrafamiliar.

Sección 2ª.- Comprensión de actuaciones judiciales

(58) Se adoptarán las medidas necesarias para reducir las dificultades de comunicación que afecten a la comprensión del acto judicial en el que participe una persona en condición de vulnerabilidad, garantizando que ésta pueda comprender su alcance y significado.

1.- Notificaciones y requerimientos

(59) En las notificaciones y requerimientos, se usarán términos y estructuras gramaticales simples y comprensibles, que respondan a las necesidades particulares de las personas en condición de vulnerabilidad incluidas en estas Reglas. Asimismo, se evitarán expresiones o elementos intimidatorios, sin perjuicio de las ocasiones en que resulte necesario el uso de expresiones conminatorias.

2.- Contenido de las resoluciones judiciales

LENGUAJE CLARO.

(60) En las resoluciones judiciales se emplearán términos y construcciones sintácticas sencillas, sin perjuicio de su rigor técnico.

3.- Comprensión de actuaciones orales

(61) Se fomentarán los mecanismos necesarios para que la persona en condición de vulnerabilidad comprenda los juicios, vistas, comparecencias y otras actuaciones judiciales orales en las que participe, teniéndose presente el contenido del apartado 3 de la Sección 3ª del presente Capítulo,

Sección 3ª.- Comparecencia en dependencias judiciales

(62) Se velará para que la comparecencia en actos judiciales de una persona en condición de vulnerabilidad se realice de manera adecuada a las circunstancias propias de dicha condición.

1.- Información sobre la comparecencia

(63) Con carácter previo al acto judicial, se procurará proporcionar a la persona en condición de vulnerabilidad información directamente relacionada con la forma de celebración y contenido de la comparecencia, ya sea sobre la descripción de la sala y de las personas que van a participar, ya sea destinada a la familiarización con los términos y conceptos legales, así como otros datos relevantes al efecto.

2.- Asistencia

(64) Previa a la celebración del acto Se procurará la prestación de asistencia por personal especializado (profesionales en Psicología, Trabajo Social, intérpretes, traductores u otros que se consideren necesarios) destinada a afrontar las preocupaciones y temores ligados a la celebración de la vista judicial. (65) Durante el acto judicial Cuando la concreta situación de vulnerabilidad lo aconseje, la declaración y demás actos procesales se llevarán a cabo con la presencia de un profesional, cuya función será la de contribuir a garantizar los derechos de la persona en condición de vulnerabilidad. También puede resultar conveniente

la presencia en el acto de una persona que se configure como referente emocional de quien se encuentra en condición de vulnerabilidad.

3.- Condiciones de la comparecencia

Lugar de la comparecencia

(66) Resulta conveniente que la comparecencia tenga lugar en un entorno cómodo, accesible, seguro y tranquilo.

(67) Para mitigar o evitar la tensión y angustia emocional, se procurará evitar en lo posible la coincidencia en dependencias judiciales de la víctima con el inculpado del delito; así como la confrontación de ambos durante la celebración de actos judiciales, procurando la protección visual de la víctima.

Tiempo de la comparecencia. TIEMPO EN LOS MENORES!!!

(68) Se procurará que la persona vulnerable espere el menor tiempo posible para la celebración del acto judicial. Los actos judiciales deben celebrarse puntualmente. Cuando esté justificado por las razones concurrentes, podrá otorgarse preferencia o prelación a la celebración del acto judicial en el que participe la persona en condición de vulnerabilidad.

(69) Es aconsejable evitar comparecencias innecesarias, de tal manera que solamente deberán comparecer cuando resulte estrictamente necesario conforme a la normativa jurídica. Se procurará asimismo la concentración en el mismo día de la práctica de las diversas actuaciones en las que deba participar la misma persona.

(70) Se recomienda analizar la posibilidad de preconstituir la prueba o anticipo jurisdiccional de la prueba, cuando sea posible de conformidad con el Derecho aplicable.

(71) En determinadas ocasiones podrá procederse a la grabación en soporte audiovisual del acto, cuando ello pueda evitar que se repita su celebración en sucesivas instancias judiciales.

Forma de comparecencia

(72) Se procurará adaptar el lenguaje utilizado a las condiciones de la persona en condición de vulnerabilidad, tales como la edad, el grado de madurez, el nivel educativo, la capacidad intelectual, el grado de discapacidad o las condiciones socioculturales. Se debe procurar formular preguntas claras, con una estructura sencilla

(73) Quienes participen en el acto de comparecencia deben evitar emitir juicios o críticas sobre el comportamiento de la persona, especialmente en los casos de víctimas del delito.

(74) Cuando sea necesario se protegerá a la persona en condición de vulnerabilidad de las consecuencias de prestar declaración en audiencia pública, podrá plantearse la posibilidad de que su participación en el acto judicial se lleve a cabo en condiciones que permitan alcanzar dicho objetivo, incluso excluyendo su presencia física en el lugar del juicio o de la vista, siempre que resulte compatible con el Derecho del país. A tal efecto, puede resultar de utilidad el uso del sistema de videoconferencia o del circuito cerrado de televisión.

4.- Seguridad de las víctimas en condición de vulnerabilidad

(75) Se recomienda adoptar las medidas necesarias para garantizar una protección efectiva de los bienes jurídicos de las personas en condición de vulnerabilidad que intervengan en el proceso judicial en calidad de víctimas o testigos; así como garantizar que la víctima sea oída en aquellos procesos penales en los que estén en juego sus intereses.

(76) Se prestará especial atención en aquellos supuestos en los que la persona está sometida a un peligro de victimización reiterada o repetida, tales como víctimas amenazadas en los casos de delincuencia

organizada, menores víctimas de abuso sexual o malos tratos, y mujeres víctimas de violencia dentro de la familia o de la pareja.

5.- Accesibilidad de las personas con discapacidad

(77) Se facilitará la accesibilidad de las personas con discapacidad a la celebración del acto judicial en el que deban intervenir, y se promoverá en particular la reducción de barreras arquitectónicas, facilitando tanto el acceso como la estancia en los edificios judiciales.

6.- Participación de niños, niñas y adolescentes en actos judiciales NIÑOS!!!

(78) En los actos judiciales en los que participen menores se debe tener en cuenta su edad y desarrollo integral, y en todo caso:

- Se deberán celebrar en una sala adecuada.
- Se deberá facilitar la comprensión, utilizando un lenguaje sencillo.
- Se deberán evitar todos los formalismos innecesarios, tales como la toga, la distancia física con el tribunal y otros similares.

7.- Integrantes de comunidades indígenas

(79) En la celebración de los actos judiciales se respetará la dignidad, las costumbres y las tradiciones culturales de las personas integrantes de comunidades indígenas, conforme a la legislación interna de cada país.

Sección 4ª.- Protección de la intimidad

1.- Reserva de las actuaciones judiciales

(80) Cuando el respeto de los derechos de la persona en condición de vulnerabilidad lo aconseje, podrá plantearse la posibilidad de que las actuaciones jurisdiccionales orales y escritas no sean públicas, de tal manera que solamente puedan acceder a su contenido las personas involucradas.

2.- Imagen

(81) Puede resultar conveniente la prohibición de la toma y difusión de imágenes, ya sea en fotografía o en vídeo, en aquellos supuestos en los que pueda afectar de forma grave a la dignidad, a la situación emocional o a la seguridad de la persona en condición de vulnerabilidad.

(82) En todo caso, no debe estar permitida la toma y difusión de imágenes en relación con los niños, niñas y adolescentes, por cuanto afecta de forma decisiva a su desarrollo como persona.

3.- Protección de datos personales

(83) En las situaciones de especial vulnerabilidad, se velará para evitar toda publicidad no deseada de los datos de carácter personal de los sujetos en condición de vulnerabilidad.

(84) Se prestará una especial atención en aquellos supuestos en los cuales los datos se encuentran en soporte digital o en otros soportes que permitan su tratamiento automatizado.

CAPÍTULO IV: EFICACIA DE LAS REGLAS

Este Capítulo contempla expresamente una serie de medidas destinadas a fomentar la efectividad de las Reglas, de tal manera que contribuyan de manera eficaz a la mejora de las condiciones de acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.

1.- Principio general de colaboración

(85) La eficacia de las presentes Reglas está directamente ligada al grado de colaboración entre sus destinatarios, tal y como vienen definidos en la Sección 3ª del Capítulo I. La determinación de los órganos y entidades llamadas a colaborar depende de las circunstancias propias de cada país, por lo que los

principales impulsores de las políticas públicas deben poner un especial cuidado tanto para identificarlos y recabar su participación, como para mantener su colaboración durante todo el proceso.

(86) Se propiciará la implementación de una instancia permanente en la que puedan participar los diferentes actores a los que se refiere el apartado anterior, y que podrá establecerse de forma sectorial.

(87) Se destaca la importancia de que el Poder Judicial colabore con los otros Poderes del Estado en la mejora del acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.

(88) Se promoverá la participación de las autoridades federales y centrales, de las entidades de gobierno autónomo y regional, así como de las entidades estatales en los estados federales, dado que frecuentemente el ámbito de sus competencias se encuentra más próximo a la gestión directa de la protección social de las personas más desfavorecidas.

(89) Cada país considerará la conveniencia de propiciar la participación de las entidades de la sociedad civil por su relevante papel en la cohesión social, y por su estrecha relación e implicación con los grupos de personas más desfavorecidas de la sociedad.

2.- Cooperación internacional

(90) Se promoverá la creación de espacios que permitan el intercambio de experiencias en esta materia entre los distintos países, analizando las causas del éxito o del fracaso en cada una de ellas o, incluso, fijando buenas prácticas. Estos espacios de participación pueden ser sectoriales. En estos espacios podrán participar representantes de las instancias permanentes que puedan crearse en cada uno de los Estados.

(91) Se insta a las Organizaciones Internacionales y Agencias de Cooperación para que:

- Continúen brindando su asistencia técnica y económica en el fortalecimiento y mejora del acceso a la justicia.
- Tengan en cuenta el contenido de estas Reglas en sus actividades, y lo incorporen, de forma transversal, en los distintos programas y proyectos de modernización del sistema judicial en que participen.
- Impulsen y colaboren en el desarrollo de los mencionados espacios de participación.

3.- Investigación y estudios

(92) Se promoverá la realización de estudios e investigaciones en esta materia, en colaboración con instituciones académicas y universitarias.

4.- Sensibilización y formación de profesionales

(93) Se desarrollarán actividades que promuevan una cultura organizacional orientada a la adecuada atención de las personas en condición de vulnerabilidad a partir de los contenidos de las presentes Reglas.

(94) Se adoptarán iniciativas destinadas a suministrar una adecuada formación a todas aquellas personas del sistema judicial que, con motivo de su intervención en el proceso, tienen un contacto con las personas en condición de vulnerabilidad. Se considera necesario integrar el contenido de estas Reglas en los distintos programas de formación y actualización dirigidos a las personas que trabajan en el sistema judicial.

5.- Nuevas tecnologías

(95) Se procurará el aprovechamiento de las posibilidades que ofrezca el progreso técnico para mejorar las condiciones de acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.

6.- Manuales de buenas prácticas sectoriales

(96) Se elaborarán instrumentos que recojan las mejores prácticas en cada uno de los sectores de vulnerabilidad, y que puedan desarrollar el contenido de las presentes Reglas adaptándolo a las circunstancias propias de cada grupo.

(97) Asimismo se elaborarán un catálogo de instrumentos internacionales referidos a cada uno de los sectores o grupos mencionados anteriormente.

7.- Difusión

(98) Se promoverá la difusión de estas Reglas entre los diferentes destinatarios de las mismas definidos en la Sección 3ª del Capítulo I.

(99) Se fomentarán actividades con los medios de comunicación para contribuir a configurar actitudes en relación con el contenido de las presentes Reglas.

8.- Comisión de seguimiento

(100) Se constituirá una Comisión de Seguimiento con las siguientes finalidades: • Elevar a cada Plenario de la Cumbre un informe sobre la aplicación de las presentes Reglas. • Proponer un Plan Marco de Actividades, a efectos de garantizar el seguimiento a las tareas de implementación del contenido de las presentes reglas en cada país. • A través de los órganos correspondientes de la Cumbre, promover ante los organismos internacionales hemisféricos y regionales, así como ante las Cumbres de Presidentes y Jefes de Estado de Iberoamérica, la definición, elaboración, adopción y fortalecimiento de políticas públicas que promuevan el mejoramiento de las condiciones de acceso a la justicia por parte de las personas en condición de vulnerabilidad. • Proponer modificaciones y actualizaciones al contenido de estas Reglas. La Comisión estará compuesta por cinco miembros designados por la Cumbre Judicial Iberoamericana. En la misma podrán integrarse representantes de las otras Redes Iberoamericanas del sistema judicial que asuman las presentes Reglas. En todo caso, la Comisión tendrá un número máximo de nueve miembros.

CDN. CONVENCION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO.

Ley Nº 23.849

Apruébase la Convención sobre los Derechos del Niño.

Sancionada: Setiembre 27 de 1990

Promulgada de hecho: Octubre 16 de 1990

El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina reunidos en Congreso, etc. sancionan con fuerza de Ley:

ARTICULO 1º — Apruébase la CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York (ESTADOS UNIDOS DE AMERICA) el 20 de noviembre de 1989, que consta de CINCUENTA Y CUATRO (54) artículos, cuya fotocopia autenticada en idioma español forma parte de la presente ley.

ARTICULO 2º — Al ratificar la convención, deberán formularse las siguientes reserva y declaraciones:

"La REPUBLICA ARGENTINA hace reserva de los incisos b), c), d) y e) del artículo 21 de la CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO y manifiesta que no regirán en su jurisdicción por entender que, para aplicarlos, debe contarse previamente con un riguroso mecanismo de protección legal del niño en materia de adopción internacional, a fin de impedir su tráfico y venta.

Con relación al artículo 1º de la CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, la REPUBLICA ARGENTINA declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad.

Con relación al artículo 24 inciso f) de la CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, la REPUBLICA ARGENTINA, considerando que las cuestiones vinculadas con la planificación familiar atañen a los padres de manera indelegable de acuerdo a principios éticos y morales, interpreta que es obligación de los Estados, en el marco de este artículo, adoptar las medidas apropiadas para la orientación a los padres y la educación para la paternidad responsable.

Con relación al artículo 38 de la CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, la REPUBLICA ARGENTINA declara que es su deseo que la Convención hubiese prohibido terminantemente la utilización de niños en los conflictos armados, tal como lo estipula su derecho interno el cual, en virtud del artículo 41, continuará aplicando en la materia.

ARTICULO 3º — Comuníquese al Poder Ejecutivo Nacional. — ALBERTO R. PIERRI. — EDUARDO MENEM. — Esther H. Pereyra Arandía de Pérez Pardo. — Hugo R. Flombaum.

DADA EN LA SALA DE SESIONE DEL CONGRESO ARGENTINO, EN BUENOS AIRES, A LOS VEINTISIETE DIAS DEL MES DE SETIEMBRE DEL AÑO MIL NOVECIENTOS NOVENTA.

Convención sobre los Derechos del Niño

PREAMBULO

Los Estados Partes en la presente Convención,

Considerando que, de conformidad con los principios proclamados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo se basan en el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana,

Teniendo presente que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre y en la dignidad y el valor de la persona humana, y que ha decidido promover el progreso social y elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad,

Reconociendo que las Naciones Unidas han proclamado y acordado en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los pactos internacionales de derechos humanos, que toda persona tiene todos los derechos y libertades enunciados en ellos, sin distinción alguna, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición,

Recordando que en la Declaración Universal de Derechos Humanos las Naciones Unidas proclamaron que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales,

Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad,

Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión,

Considerando que el niño debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad,

Teniendo presente que la necesidad de proporcionar al niño una protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño,

Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, "el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento".

Recordando lo dispuesto en la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional, las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing); y la Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado,

Reconociendo que en todos los países del mundo hay niños que viven en condiciones excepcionalmente difíciles y que esos niños necesitan especial consideración,

Teniendo debidamente en cuenta la importancia de las tradiciones y los valores culturales de cada pueblo para la protección y el desarrollo armonioso del niño,

Reconociendo la importancia de la cooperación internacional para el mejoramiento de las condiciones de vida de los niños en todos los países, en particular en los países en desarrollo,

Han convenido en lo siguiente:

PARTE I. (art. 1 a 41)

Artículo 1

Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

Artículo 2

1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

Artículo 3

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

Artículo 4

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.

Artículo 5

Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

Artículo 6

1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida.
2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.

Artículo 7

1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.
2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.

Artículo 8

1. Los Estados Partes se comprometen a respetar, el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

Artículo 9

1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.

3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase per judicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.

Artículo 10

1. De conformidad con la obligación que incumbe a los Estados Partes a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 9, toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados Partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva. Los Estados Partes garantizarán, además, que la presentación de tal petición no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares.

2. El niño cuyos padres residan en Estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos

padres. Con tal fin, y de conformidad con la obligación asumida por los Estados Partes en virtud del párrafo 2 del artículo 9, los Estados Partes respetarán el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido el propio, y de entrar en su propio país. El derecho de salir de cualquier país estará sujeto solamente a las restricciones estipuladas por ley y que sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de otras personas y que estén en consonancia con los demás derechos reconocidos por la presente Convención.

Artículo 11

1. Los Estados Partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero.
2. Para este fin, los Estados Partes promoverán la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes.

Artículo 12

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.
2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimientos de la ley nacional.

Artículo 13

1. El niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño.
2. El ejercicio de tal derecho podrá estar sujeto a ciertas restricciones, que serán únicamente las que la ley prevea y sean necesarias:
 - a) Para el respeto de los derechos o la reputación de los demás; o
 - b) Para la protección de la seguridad nacional o el orden público o para proteger la salud o la moral públicas.

Artículo 14

1. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.

2. Los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades.

3. La libertad de profesar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

Artículo 15

1. Los Estados Partes reconocen los derechos del niño a la libertad de asociación y a la libertad de celebrar reuniones pacíficas.

2. No se impondrán restricciones al ejercicio de estos derechos distintas de las establecidas de conformidad con la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional o pública, el orden público, la protección de la salud y la moral públicas o la protección de los derechos y libertades de los demás.

Artículo 16

1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación.

2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques.

Artículo 17

Los Estados Partes reconocen la importante función que desempeñan los medios de comunicación y velarán por que el niño tenga acceso a información y material procedentes de diversas fuentes nacionales e internacionales, en especial la información y el material que tengan por finalidad promover su bienestar social, espiritual y moral y su salud física y mental. Con tal objeto, los Estados Partes:

a) Alentarán a los medios de comunicación a difundir información y materiales de interés social y cultural para el niño, de conformidad con el espíritu del artículo 29;

b) Promoverán la cooperación internacional en la producción, el intercambio y la difusión de esa información y esos materiales procedentes de diversas fuentes culturales, nacionales e internacionales;

c) Alentarán la producción y difusión de libros para niños;

d) Alentarán a los medios de comunicación a que tengan particularmente en cuenta las necesidades lingüísticas del niño perteneciente a un grupo minoritario o que sea indígena;

e) Promoverán la elaboración de directrices apropiadas para proteger al niño contra toda información y material perjudicial para su bienestar, teniendo en cuenta las disposiciones de los artículos 13 y 18.

Artículo 18

1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.

2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.

3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas.

Artículo 19

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.

2. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial.

Artículo 20

1. Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado.

2. Los Estados Partes garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para esos niños.

3. Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción, o de ser necesario la colocación en instituciones adecuadas de

protección de menores. Al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.

Artículo 21

Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y:

- a) Velarán por que la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario;
- b) Reconocerán que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar del niño, en el caso de que éste no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen;
- c) Velarán por que el niño que haya de ser adoptado en otro país goce de salvaguardias y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen;
- d) Adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que, en el caso de adopción en otro país, la colocación no dé lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella;
- e) Promoverán, cuando corresponda, los objetivos del presente artículo mediante la concertación de arreglos o acuerdos bilaterales o multilaterales y se esforzarán, dentro de este marco, por garantizar que la colocación del niño en otro país se efectúe por medio de las autoridades u organismos competentes.

Artículo 22

1. Los Estados Partes adoptarán medidas adecuadas para lograr que el niño que trate de obtener el estatuto de refugiado o que sea considerado refugiado de conformidad con el derecho y los procedimientos internacionales o internos aplicables reciba, tanto si está solo como si está acompañado de sus padres o de cualquier otra persona, la protección y la asistencia humanitaria adecuadas para el disfrute de los derechos pertinentes enunciados en la presente Convención y en otros instrumentos internacionales de derechos humanos o de carácter humanitario en que dichos Estados sean partes.
2. A tal efecto los Estados Partes cooperarán, en la forma que estimen apropiada, en todos los esfuerzos de las Naciones Unidas y demás organizaciones intergubernamentales competentes u organizaciones no gubernamentales que cooperen con las Naciones Unidas por proteger y ayudar a todo niño refugiado y localizar a sus padres o a otros miembros de su familia, a fin de obtener la

información necesaria para que se reúna con su familia. En los casos en que no se pueda localizar a ninguno de los padres o miembros de la familia, se concederá al niño la misma protección que a cualquier otro niño privado permanente o temporalmente de su medio familiar, por cualquier motivo, como se dispone en la presente Convención.

Artículo 23

1. Los Estados Partes reconocen que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad.

2. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño impedido a recibir cuidados especiales y alentarán y asegurarán, con sujeción a los recursos disponibles, la prestación al niño que reúna las condiciones requeridas y a los responsables de su cuidado de la asistencia que se solicite y que sea adecuada al estado del niño y a las circunstancias de sus padres o de otras personas que cuiden de él.

3. En atención a las necesidades especiales del niño impedido, la asistencia que se preste conforme al párrafo 2 del presente artículo será gratuita siempre que sea posible, habida cuenta de la situación económica de los padres o de las otras personas que cuiden del niño, y estará destinada a asegurar que el niño impedido tenga un acceso efectivo a la educación, la capacitación, los servicios sanitarios, los servicios de rehabilitación, la preparación para el empleo y las oportunidades de esparcimiento y reciba tales servicios con el objeto de que el niño logre la integración social y el desarrollo individual, incluido su desarrollo cultural y espiritual, en la máxima medida posible.

4. Los Estados Partes promoverán, con espíritu de cooperación internacional, el intercambio de información adecuada en la esfera de la atención sanitaria preventiva y del tratamiento médico, psicológico y funcional de los niños impedidos, incluida la difusión de información sobre los métodos de rehabilitación y los servicios de enseñanza y formación profesional, así como el acceso a esa información a fin de que los Estados Partes puedan mejorar su capacidad y conocimientos y ampliar su experiencia en estas esferas. A este respecto, se tendrán especialmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

Artículo 24

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios.

2. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para:

a) Reducir la mortalidad infantil y en la niñez;

b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud;

c) Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente;

d) Asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres;

e) Asegurar que todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los niños, conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños, las ventajas de la lactancia materna, la higiene y el saneamiento ambiental y las medidas de prevención de accidentes, tengan acceso a la educación pertinente y reciban apoyo en la aplicación de esos conocimientos;

f) Desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia.

3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños.

4. Los Estados Partes se comprometen a promover y alentar la cooperación internacional con miras a lograr progresivamente la plena realización del derecho reconocido en el presente artículo. A este respecto, se tendrán plenamente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

Artículo 25

Los Estados Partes reconocen el derecho del niño que ha sido internado en un establecimiento por las autoridades competentes para los fines de atención, protección o tratamiento de su salud física o mental a un examen periódico del tratamiento a que esté sometido y de todas las demás circunstancias propias de su internación.

Artículo 26

1. Los Estados Partes reconocerán a todos los niños el derecho a beneficiarse de la seguridad social, incluso del seguro social, y adoptarán las medidas necesarias para lograr la plena realización de este derecho de conformidad con su legislación nacional.

2. Las prestaciones deberían concederse, cuando corresponda, teniendo en cuenta los recursos y la situación del niño y de las personas que sean responsables del mantenimiento del niño, así como cualquier otra consideración pertinente a una solicitud de prestaciones hecha por el niño o en su nombre.

Artículo 27

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.
2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.
3. Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.
4. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño, tanto si viven en el Estado Parte como si viven en el extranjero. En particular, cuando la persona que tenga la responsabilidad financiera por el niño resida en un Estado diferente de aquel en que resida el niño, los Estados Partes promoverán la adhesión a los convenios internacionales o la concertación de dichos convenios, as como la concertación de cualesquiera otros arreglos apropiados.

Artículo 28

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a la educación y, a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho, deberán en particular:
 - a) Implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos;
 - b) Fomentar el desarrollo, en sus distintas formas, de la enseñanza secundaria, incluida la enseñanza general y profesional, hacer que todos los niños dispongan de ella y tengan acceso a ella y adoptar medidas apropiadas tales como la implantación de la enseñanza gratuita y la concesión de asistencia financiera en caso de necesidad;
 - c) Hacer la enseñanza superior accesible a todos, sobre la base de la capacidad, por cuantos medios sean apropiados;
 - d) Hacer que todos los niños dispongan de información y orientación en cuestiones educacionales y profesionales y tengan acceso a ellas;
 - e) Adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir las tasas de deserción escolar.
2. Los Estados Partes adoptarán cuantas medidas sean adecuadas para velar por que la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad humana del niño y de conformidad con la presente Convención.

3. Los Estados Partes fomentarán y alentarán la cooperación internacional en cuestiones de educación, en particular a fin de contribuir a eliminar la ignorancia y el analfabetismo en todo el mundo y de facilitar el acceso a los conocimientos técnicos y a los métodos modernos de enseñanza. A este respecto, se tendrán especialmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

Artículo 29

1. Los Estados Partes convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a:

a) Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades;

b) Inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas;

c) Inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya;

d) Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena;

e) Inculcar al niño el respeto del medio ambiente natural.

2. Nada de lo dispuesto en el presente artículo o en el artículo 28 se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y de las entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 del presente artículo y de que la educación impartida en tales instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado.

Artículo 30

En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o personas de origen indígena, no se negará a un niño que pertenezca a tales minorías o que sea indígena el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma.

Artículo 31

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al descanso y el esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas propias de su edad y a participar libremente en la vida cultural y en las artes.

2. Los Estados Partes respetarán y promoverán el derecho del niño a participar plenamente en la vida cultural y artística y propiciarán oportunidades apropiadas, en condiciones de igualdad, de participar en la vida cultural, artística, recreativa y de esparcimiento.

Artículo 32

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social.

2. Los Estados Partes adoptarán medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas para garantizar la aplicación del presente artículo. Con ese propósito y teniendo en cuenta las disposiciones pertinentes de otros instrumentos internacionales, los Estados Partes, en particular:

- a) Fijarán una edad o edades mínimas para trabajar;
- b) Dispondrán la reglamentación apropiada de los honorarios y condiciones de trabajo;
- c) Estipularán las penalidades u otras sanciones apropiadas para asegurar la aplicación efectiva del presente artículo.

Artículo 33

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas, para proteger a los niños contra el uso ilícito de los estupefacientes y sustancias sicotrópicas enumeradas en los tratados internacionales pertinentes, y para impedir que se utilice a niños en la producción y el tráfico ilícitos de esas sustancias.

Artículo 34

Los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, los Estados Partes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir:

- a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal;
- b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales;
- c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos.

Artículo 35

Los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma.

Artículo 36

Los Estados Partes protegerán al niño contra todas las demás formas de explotación que sean perjudiciales para cualquier aspecto de su bienestar.

Artículo 37

Los Estados Partes velarán por que:

a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad;

b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda;

c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales;

d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción.

Artículo 38

1. Los Estados Partes se comprometen a respetar y velar por que se respeten las normas del derecho internacional humanitario que les sean aplicables en los conflictos armados y que sean pertinentes para el niño.

2. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para asegurar que las personas que aún no hayan cumplido los 15 años de edad no participen directamente en las hostilidades.

3. Los Estados Partes se abstendrán de reclutar en las fuerzas armadas a las personas que no hayan cumplido los 15 años de edad. Si reclutan personas que hayan cumplido 15 años, pero que sean menores de 18, los Estados Partes procurarán dar prioridad a los de más edad.

4. De conformidad con las obligaciones dimanadas del derecho internacional humanitario de proteger a la población civil durante los conflictos armados, los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para asegurar la protección y el cuidado de los niños afectados por un conflicto armado.

Artículo 39

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de: cualquier forma de abandono, explotación o abuso; tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; o conflictos armados. Esa recuperación y reintegración se llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño.

Artículo 40

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.

2. Con ese fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán, en particular:

a) Que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron;

b) Que todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente:

i) Que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley;

ii) Que será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa;

iii) Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considere que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales;

iv) Que no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se interroge a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad;

v) Si se considerare que ha infringido, en efecto, las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley;

vi) Que el niño contará con la asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado;

vii) Que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento.

3. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular:

a) El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales;

b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales.

4. Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción.

Artículo 41

Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y que puedan estar recogidas en:

a) El derecho de un Estado Parte; o

b) El derecho internacional vigente con respecto a dicho Estado.

PARTE II. (Art. 42 a 45)

Artículo 42

Los Estados Partes se comprometen a dar a conocer ampliamente los principios y disposiciones de la Convención por medios eficaces y apropiados, tanto a los adultos como a los niños.

Artículo 43

1. Con la finalidad de examinar los progresos realizados en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados Partes en la presente Convención, se establecerá un Comité de los Derechos del Niño que desempeñará las funciones que a continuación se estipulan.

2. El Comité estará integrado por diez expertos de gran integridad moral y reconocida competencia en las esferas reguladas por la presente Convención. Los miembros del Comité serán elegidos por

los Estados Partes entre sus nacionales y ejercerán sus funciones a título personal, teniéndose debidamente en cuenta la distribución geográfica, así como los principales sistemas jurídicos.

3. Los miembros del Comité serán elegidos, en votación secreta, de una lista de personas designadas por los Estados Partes. Cada Estado Parte podrá designar a una persona escogida entre sus propios nacionales.

4. La elección inicial se celebrará a más tardar seis meses después de la entrada en vigor de la presente Convención y ulteriormente cada dos años. Con cuatro meses, como mínimo, de antelación respecto de la fecha de cada elección, el Secretario General de las Naciones Unidas dirigirá una carta a los Estados Partes invitándolos a que presenten sus candidaturas en un plazo de dos meses. El Secretario General preparará después una lista en la que figurarán por orden alfabético todos los candidatos propuestos, con indicación de los Estados Partes que los hayan designado, y la comunicará a los Estados Partes en la presente Convención.

5. Las elecciones se celebrarán en una reunión de los Estados Partes convocada por el Secretario General en la Sede de las Naciones Unidas. En esa reunión, en la que la presencia de dos tercios de los Estados Partes constituirá quórum, las personas seleccionadas para formar parte del Comité serán aquellos candidatos que obtengan el mayor número de votos y una mayoría absoluta de los votos de los representantes de los Estados Partes presentes y votantes.

6. Los miembros del Comité serán elegidos por un período de cuatro años. Podrán ser reelegidos si se presenta de nuevo su candidatura. El mandato de cinco de los miembros elegidos en la primera elección expirará al cabo de dos años; inmediatamente después de efectuada la primera elección, el Presidente de la reunión en que ésta se celebre elegirá por sorteo los nombres de esos cinco miembros.

7. Si un miembro del Comité fallece o dimite o declara que por cualquier otra causa no puede seguir desempeñando sus funciones en el Comité, el Estado Parte que propuso a ese miembro designará entre sus propios nacionales a otro experto para ejercer el mandato hasta su término, a reserva de la aprobación del Comité.

8. El Comité adoptará su propio reglamento.

9. El Comité elegirá su Mesa por un período de dos años.

10. Las reuniones del Comité se celebrarán normalmente en la Sede de las Naciones Unidas o en cualquier otro lugar conveniente que determine el Comité. El Comité se reunirá normalmente todos los años. La duración de las reuniones del Comité será determinada y revisada, si procediera, por una reunión de los Estados Partes en la presente Convención, a reserva de la aprobación de la Asamblea General.

11. El Secretario General de las Naciones Unidas proporcionará el personal y los servicios necesarios para el desempeño eficaz de las funciones del Comité establecido en virtud de la presente Convención.

12. Previa aprobación de la Asamblea General, los miembros del Comité establecido en virtud de la presente Convención recibirán emolumentos con cargo a los fondos de las Naciones Unidas, según las condiciones que la Asamblea pueda establecer.

Artículo 44

1. Los Estados Partes se comprometen a presentar al Comité, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, informes sobre las medidas que hayan adoptado para dar efecto a los derechos reconocidos en la Convención y sobre el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de esos derechos:

a) En el plazo de dos años a partir de la fecha en la que para cada Estado Parte haya entrado en vigor la presente Convención;

b) En lo sucesivo, cada cinco años.

2. Los informes preparados en virtud del presente artículo deberán indicar las circunstancias y dificultades, si las hubiere, que afecten al grado de cumplimiento de las obligaciones derivadas de la presente Convención. Deberán asimismo, contener información suficiente para que el Comité tenga cabal comprensión de la aplicación de la Convención en el país de que se trate.

3. Los Estados Partes que hayan presentado un informe inicial completo al Comité no necesitan repetir, en sucesivos informes presentados de conformidad con lo dispuesto en el inciso b) del párrafo 1 del presente artículo, la información básica presentada anteriormente.

4. El Comité podrá pedir a los Estados Partes más información relativa a la aplicación de la Convención.

5. El Comité presentará cada dos años a la Asamblea General de las Naciones Unidas, por conducto del Consejo Económico y Social, informes sobre sus actividades.

6. Los Estados Partes darán a sus informes una amplia difusión entre el público de sus países respectivos.

Artículo 45

Con objeto de fomentar la aplicación efectiva de la Convención y de estimular la cooperación internacional en la esfera regulada por la Convención:

a) Los organismos especializados, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia y demás órganos de las Naciones Unidas tendrán derecho a estar representados en el examen de la aplicación de aquellas disposiciones de la presente Convención comprendidas en el ámbito de su mandato. El Comité podrá invitar a los organismos especializados, al Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia y a otros órganos competentes que considere apropiados a que proporcionen asesoramiento especializado sobre la aplicación de la Convención en los sectores que son de incumbencia de sus respectivos mandatos. El Comité podrá invitar a los organismos especializados,

al Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia y demás órganos de las Naciones Unidas a que presenten informes sobre la aplicación de aquellas disposiciones de la presente convención comprendidas en el ámbito de sus actividades;

b) El Comité transmitirá, según estime conveniente, a los organismos especializados, al Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia y a otros órganos competentes, los informes de los Estados Partes que contengan una solicitud de asesoramiento o de asistencia técnica, o en los que se indique esa necesidad, junto con las observaciones y sugerencias del Comité, si las hubiere, acerca de esas solicitudes o indicaciones;

c) El Comité podrá recomendar a la Asamblea General que pida al Secretario General que efectúe, en su nombre, estudios sobre cuestiones concretas relativas a los derechos del niño;

d) El Comité podrá formular sugerencias y recomendaciones generales basadas en la información recibida en virtud de los artículos 44 y 45 de la presente Convención. Dichas sugerencias y recomendaciones generales deberán transmitirse a los Estados Partes interesados y notificarse a la Asamblea General, junto con los comentarios, si los hubiere, de los Estados Partes.

PARTE III. (Art. 46 a 54)

Artículo 46

La presente Convención estará abierta a la firma de todos los Estados.

Artículo 47

La presente Convención está sujeta a ratificación. Los instrumentos de ratificación se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

Artículo 48

La presente Convención permanecerá abierta a la adhesión de cualquier Estado. Los instrumentos de adhesión se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

Artículo 49

1. La presente Convención entrará en vigor el trigésimo día siguiente a la fecha en que haya sido depositado el vigésimo instrumento de ratificación o de adhesión en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

2. Para cada Estado que ratifique la Convención o se adhiera a ella después de haber sido depositado el vigésimo instrumento de ratificación o de adhesión, la Convención entrará en vigor el trigésimo día después del depósito por tal Estado de su instrumento de ratificación o adhesión.

Artículo 50

1. Todo Estado Parte podrá proponer una enmienda y depositarla en poder del Secretario General de las Naciones Unidas. El Secretario General comunicará la enmienda propuesta a los Estados Partes, pidiéndoles que le notifiquen si desean que se convoque una conferencia de Estados Partes con el fin de examinar la propuesta y someterla a votación. Si dentro de los cuatro meses siguientes a la fecha de esa notificación un tercio, al menos, de los Estados Partes se declara en favor de tal conferencia, el Secretario General convocará una conferencia con el auspicio de las Naciones Unidas. Toda enmienda adoptada por la mayoría de Estados Partes, presentes y votantes en la conferencia, será sometida por el Secretario General a la Asamblea General para su aprobación.

2. Toda enmienda adoptada de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo entrará en vigor cuando haya sido aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas y aceptada por una mayoría de dos tercios de los Estados Partes.

3. Cuando las enmiendas entren en vigor serán obligatorias para los Estados Partes que las hayan aceptado, en tanto que los demás Estados Partes seguirán obligados por las disposiciones de la presente Convención y por las enmiendas anteriores que hayan aceptado.

Artículo 51

1. El Secretario General de las Naciones Unidas recibirá y comunicará a todos los Estados el texto de las reservas formuladas por los Estados en el momento de la ratificación o de la adhesión.

2. No se aceptará ninguna reserva incompatible con el objeto y el propósito de la presente Convención.

3. Toda reserva podrá ser retirada en cualquier momento por medio de una notificación hecha a ese efecto y dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas, quien informará a todos los Estados. Esa notificación surtirá efecto en la fecha de su recepción por el Secretario General.

Artículo 52

Todo Estado Parte podrá denunciar la presente Convención mediante notificación hecha por escrito al Secretario General de las Naciones Unidas. La denuncia surtirá efecto un año después de la fecha en que la notificación haya sido recibida por el Secretario General.

Artículo 53

Se designa depositario de la presente Convención al Secretario General de las Naciones Unidas.

Artículo 54

El original de la presente Convención, cuyos textos en árabe, chino, español, francés, inglés y ruso son igualmente auténticos, se depositará en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

En testimonio de lo cual, los infrascritos plenipotenciarios, debidamente autorizados para ello por sus respectivos gobiernos, han firmado la presente Convención.